

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 837

(Ano X)

(20/01/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF)** - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

**MARCELO FERNANDO BORSIO (MG)**: Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

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

**RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina)**: Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ)**: Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá)**: Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



15/01/2018 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Comunidades carentes, ausência do Estado e vassalagem: o medieval no Século XXI](#)

### ARTIGOS

19/01/2018 Francisco de Paulo Queiroz Bernardino Júnior

» [A análise da expressão "parentesco consanguíneo" na Lei 13.142/2015 sob o prisma do princípio da legalidade penal](#)

19/01/2018 Mariana Aquino Corcini Fernandez

» [A formação de uma sociedade de trabalhadores-consumidores e a vitória do animal laborans: reflexões arendtianas](#)

19/01/2018 Tatiana Costa de Figueiredo Amormino

» [A inconstitucionalidade da Lei Federal n. 9.055/95 e o banimento do amianto: uma exigência do princípio da precaução](#)

19/01/2018 Andre Queiroz Guimarães

» [Direito a Cidade - sob a perspectiva de resistência e luta democrática](#)

19/01/2018 Ricardo Miranda Barbosa

» [O ciclo orçamentário brasileiro](#)

18/01/2018 Andre Queiroz Guimarães

» [Debate sobre a teoria moral e política de Hobbes sob a perspectiva de Tonnies e o Direito a Cidade](#)

18/01/2018 Yanca de Cássia Lopes Sales

» [O processo de licenciamento ambiental e o direito a consulta prévia, livre, e informada aos povos tradicionais](#)

18/01/2018 Júlia Sória

» [A Teoria da Separação dos Poderes no Brasil Contemporâneo](#)

17/01/2018 Antonio Sérgio Blasquez de Sá Pereira

» [Da prescindibilidade da demonstração exaustiva das condições fáticas de hipossuficiência para os fins de que trata o artigo 98 do Código de Processo Civil](#)

17/01/2018 Luiza Prado Lima Santiago Rios Brito

» [Princípio da Ajenidad](#)

17/01/2018 Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

» [Entre indultos e insultos](#)

17/01/2018 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [Decreto-lei nº 2.848/1940 - Título V - Das penas](#)

16/01/2018 Olavo Moura Travassos de Medeiros

» [Análise da constitucionalidade do art. 62 do Novo Código Florestal à luz do princípio da vedação ao retrocesso ambiental](#)

16/01/2018 Hioman Imperiano de Souza

» [Legitimidade neoconstitucional ciberdemocrática e efetividade da iniciativa popular eletrônica de lei](#)

16/01/2018 Luiza Prado Lima Santiago Rios Brito

» [O direito à desconexão nas relações de trabalho](#)

16/01/2018 Izabella Christina Carolino de Souza

» [Princípios da Teoria Kantiana e visão jurídica](#)

15/01/2018 Guilherme de Andrade Antoniazzi

» [Educação ambiental nas escolas um ganho para a cidadania](#)

15/01/2018 Valquíria Maria Novaes Menezes

» [Usucapião e a insubsistência da hipoteca: um confronto na relação entre posse e propriedade](#)

15/01/2018 Igor Leite Brasileiro

» [Meio Ambiente do Trabalho: Acidentes na Construção Civil](#)

15/01/2018 Luiza Prado Lima Santiago Rios Brito

» [Indenização pela perda de uma chance nas relações de trabalho](#)

## **A ANÁLISE DA EXPRESSÃO "PARENTESCO CONSANGUÍNEO" NA LEI 13.142/2015 SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL**

**FRANCISCO DE PAULO QUEIROZ  
BERNARDINO JÚNIOR:** Advogado OAB/CE.  
Bacharel em Direito pela Estácio FIC - 2015.

**RESUMO:** O presente trabalho científico aborda aspectos dogmáticos e teleológicos da Lei Penal 13.142/2015, que alterou os Arts.121 e 129 do Código Penal brasileiro, bem como a lei dos crimes hediondos, acrescentando uma nova modalidade de homicídio qualificado e causa especial de aumento de pena no crime de lesão corporal, quando este for praticado contra agentes das Forças Armadas e da Segurança Pública, assim definidos nos Arts. 142 e 144 da Constituição Federal, assim como contra o cônjuge, companheiro e parente consanguíneo. O trabalho avaliou ainda aspectos criminológicos e o contexto sob o qual foi criada a lei, avaliando ainda sobre sua possível eficácia tendo como norte os trabalhos de Luigi Ferrajoli dentre outros autores que evidenciaram a falência do Direito Penal como mecanismo exclusivo capaz de promover a contenção da criminalidade. A pesquisa teve como cerne a análise da interpretação da " expressão parentesco consanguíneo", sob a ótica do princípio da legalidade penal estrita e seu embate com a proibição também Constitucional de se fazer distinção entre parentesco consanguíneo e civil, resultando numa possível inconstitucionalidade da norma.

**Palavras-chave:** Direito Penal, Lei 13.142/2015, Princípio da Legalidade Estrita.

**ABSTRACT:** This scientific work deals with dogmatic and teleological aspects of the Criminal Law 13,142 / 2015 which amended the Arts.121 and 129 of the Brazilian Penal Code and the law of heinous crimes, adding a new modality of aggravated homicide and special cause of increased feather in the crime of bodily injury when it is committed against officers of the Armed Forces and Public Security as defined below in Articles 142 and 144 of the Federal Constitution, as well as against the spouse, partner and blood relative. The study still evaluated the criminological aspects and the context under it was created the law, evaluating also about his possible

effectiveness taking as starting point the work of Luigi Ferrajoli among other authors who have highlighted the failure of the criminal law as the exclusive mechanism capable of promote the containment of crime. The research had as core to analyze the interpretation of "consanguineous parentage expression" from the perspective of the principle of strict penal legality and its confrontation with the prohibition also constitutional to distinguish between consanguineous and marital relationship, resulting in a possible unconstitutional standard.

Key words: Criminal Law, Law 13,142 / 2015, Principle of Legality Strict.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. ASPECTOS DOGMÁTICOS E TELEOLÓGICOS DA LEI 13.142/2015. 2.1 Aspectos dogmáticos gerais. 2.2 Aspectos teleológicos. 3. APLICAÇÃO DA LEI EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE, COMPANHEIRO E PARENTE CONSANGUÍNEO. 4. A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 13.142/2015 EM RELAÇÃO AO PARENTESCO CIVIL DIANTE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. 4.1 O princípio da legalidade penal – breve concepção histórica. 4.2 O princípio da legalidade no direito penal brasileiro. 4.3 A analogia e a interpretação extensiva. 5. A INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO PARENTESCO CONSANGUÍNEO NA LEI 13.142/2015. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico aborda questões que tem suscitado controvérsias doutrinárias desde a aprovação da Lei nº 13.142/2015, que acrescentou uma modalidade de homicídio qualificado e acrescentou uma causa especial de aumento de pena ao crime de lesão corporal quando praticado em face de agentes da segurança pública e das forças armadas, assim como contra seus familiares.

A edição de uma lei penal, pela sua natureza e em atenção aos princípios mais elementares do Direito Penal, tal como a intervenção mínima, a legalidade, dentre outros princípios e garantias que devem ser observadas, tem necessariamente de ser precedida de um debate



amadurecido, com dados aprofundados e analisados a respeito do índice de ocorrência do delito cuja reprimenda será criada ou agravada.

Ainda neste aspecto, toda a técnica legislativa que envolve a produção da norma penal deve se atentar as limitações estabelecidas pelos princípios do direito penal, sendo bastante clara e precisa.

Destaque-se então a relevância do presente estudo, que busca dar sua contribuição no recente debate que tem se estabelecido em torno da norma penal analisada, que ainda não foi sequer enfrentada pelos Tribunais.

Passamos então neste artigo a analisar a Lei 13.142/2015 sob um prisma técnico-científico, abordando inicialmente os aspectos dogmáticos básicos inerentes a norma, informando o núcleo do tipo penal apresentado, o seu sujeito passivo e as posições que começam a surgir do debate doutrinário envolvendo a temática da Lei 13.142/2015.

Prossegue-se a análise crítica da norma indicando seu aspecto teleológico, dentro do contexto em que foi produzida e confrontando estes objetivos com trabalhos consagrados de autores sobre política criminal, sem olvidar experiências legislativas passadas e que podem perfeitamente nortear, junto ao posicionamento dos mestres a crítica aqui dissertada.

Ponto central de discussão neste artigo científico, a interpretação a ser dada a expressão “parentesco consanguíneo”, contida na lei 13.142/2015 é minuciosamente analisada, observando-se desde os conceitos legais de parentesco até as questões penais inerentes a missão de interpretar a norma, fazendo então uma contextualização histórica do princípio da legalidade, e suas implicações, em especial na interpretação da norma penal.

A metodologia aqui empregada consistiu em uma extensa pesquisa bibliográfica, que buscou contextualizar os autores mais clássicos do direito Penal brasileiro e internacional, com os autores mais atuais e os primeiros artigos e manifestações sobre a lei 13.142/2015, trazendo assim

uma bagagem abrangente, mas que também consegue ser direcionada ao objeto de estudo.

O presente artigo cuidadosamente destaca a evolução do conceito e das consequências do Princípio da legalidade Penal de maneira universal, apontando de maneira minuciosa a presença deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro, o que permite ao final demonstrar que em virtude da impossibilidade de dar interpretação extensiva a expressão “parentesco consanguíneo”, por se tratar de uma norma penal, esta cria distinção com o parentesco civil, ofendendo o Art. 227, § 6º da Constituição Federal.

## **2. ASPECTOS DOGMÁTICOS E TELEOLÓGICOS DA LEI 13.142/2015<sup>[1]</sup>**

Analisar a situação do parentesco consanguíneo na Lei 13.142/2015 é uma tarefa que embora específica, exige um esforço de traçar embora que breves, parâmetros gerais onde indicaremos o contexto que a norma foi criada, assim como os aspectos mais elementares da norma em geral, indicando os sujeitos passivos que podem sofrer as condutas penais que referida lei alterou, em que circunstâncias se aplica e quais as consequências jurídicas mais relevante da Lei 13.142/2015 como um todo.

Não é objeto deste trabalho indicar com riqueza de detalhes eventuais discussões tratadas já no âmbito de quem são os agentes de segurança aos quais se refere a Lei 13.142/2015, porém seguindo a ótica legalista que norteia o trabalho, indicaremos os principais posicionamentos surgidos, dentro do aspecto da legalidade estrita.

Com a análise dos principais aspectos e elementos da norma, poderemos então verificar a discussão em torno da expressão “parentesco consanguíneo” nela contida, sob o prisma legalista-garantista de Ferrajoli.

### **2.1 Aspectos dogmáticos gerais**

Em meio a um cenário de efervescente crise política e econômica, e de intensa atividade legiferante, onde inserimos neste



contexto a problemática da segurança pública, que aflige todos os cidadãos, independentemente de sua condição social, econômica ou profissional, foi aprovada a Lei 13.142/2015, que acrescentou uma nova modalidade qualificada de homicídio, acrescentando o inciso VII ao art.121 do Código Penal, aplicado quando este for praticado contra Agente de Segurança Pública ou integrante das Forças Armadas, em razão de sua função, ou no exercício desta.

A alteração legislativa não se limitou ao Art.121 do Código Penal, tendo a legislação em análise alterado também disposições no crime de lesão corporal, tipificado ao teor do Art.129 do Código Penal, criando uma causa especial de aumento de pena de um a dois terços, no § 12 do referido Artigo, aplicada na mesma hipótese da novel qualificadora do homicídio, isto é, quando praticada contra os agentes de Segurança Pública, no exercício de suas atividades ou em razão de sua função.

A Lei também estabelece que dá mesma forma serão tratados os crimes de Homicídio e lesão corporal quando praticados contra cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo, em razão da condição de parentesco com o agente de segurança pública. Abra-se neste ponto destaque para a opção do legislador pelo termo ‘parente consanguíneo’, que será adiante discutida neste trabalho científico.

A lei traz então, atenção diferenciada para o crime de homicídio e lesão corporal, quando praticado contra os integrantes das Forças Armadas e Agentes de Segurança Pública descritos nos Arts. 142 e 144 da Constituição Federal, podendo então ser sujeitos passivos do delito que já vem sendo denominado “homicídio funcional” apenas os agentes literalmente descritos nos dispositivos constitucionais enunciados pela lei, assim observados seus parágrafos e incisos.

Portanto, delimita-se a aplicação da lei 13.142/2015 aos homicídios praticados contra os membros das forças armadas, assim descritas no art. 142 da Constituição Federal como Aeronáutica, Exército e Marinha, não havendo distinção entre integrantes do oficialato ou praças.

Seguindo ao art.144, observamos a aplicação da lei em relação aos agentes de segurança pública, polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares, conforme enumerou Cunha (2015), que conclui ainda pela aplicação da lei quando for a conduta praticada contra os guardas civis municipais, agentes da força nacional e agentes do sistema carcerário, posição também defendida por Cabette (2015), que analisando a aplicação em relação aos integrantes do sistema prisional elenca Diretores de Presídios, Secretários da Administração Penitenciária, Diretores de Centros de Detenção Provisória, Diretores de Cadeias Públicas, sem desvirtuar o objetivo da norma, tudo isto abrangido pelos arts.142 e 144 da Constituição Federal e seus parágrafos.

Quanto aos servidores aposentados, a regra geral é a não aplicação da lei, pois a aposentadoria põe termo à condição de " agente de segurança pública", que é protegida pela lei, posição já exposta por autores como Cunha(2015) e Bittencourt (2015), onde este vislumbra em sede de exceção a aplicação da hipótese qualificadora/causa de aumento de pena quando o delito efetivamente guardar relação com o anterior exercício da função, por represália, vingança ou outra motivação neste sentido.

Em manifestação isolada Barros (2015) aduz que podem ser ainda sujeitos passivos do delito Ministros do STF e STJ, membros da Magistratura e do Ministério Público, Estadual ou Federal, desta forma sustentando que ao trazer a lei a palavra " autoridades", poderíamos nela compreender as figuras mencionadas.

Ainda no plano dogmático, a legislação em comento alterou a Lei 8.072/90, a Lei dos crimes hediondos, onde acrescentou ao rol dos crimes considerados hediondos a nova modalidade de homicídio qualificado, seguindo o que já era estabelecido pela lei, que considera hediondo todas as modalidades qualificadas de homicídio e ainda acrescentou a lesão corporal gravíssima e a seguida de morte, praticada contra os agentes de segurança pública por razões ligadas à sua função, nos moldes já apresentados, onde, traz neste ponto o que pode ser considerado uma das alterações mais impactantes trazidas pela lei.

Ressalte-se que a lei exige para a aplicação da qualificadora no homicídio e na causa de aumento na lesão corporal, o especial fim agir, a motivação específica de o crime ter sido cometido contra o agente de segurança pública no exercício da função, ou em razão desta. Conforme observou Bitencourt (2015), o tratamento é dado à função, e não a pessoa, não podendo ser entendido como um privilégio pessoal.

A circunstância trazida pela lei tem então caráter claramente subjetivo, conforme anota Cunha (2015), que afirma ainda que caso o crime venha a ser praticado contra as pessoas descritas na Lei 13.142/2015, mas não haja relação com a função de agente de segurança pública, não se aplica a qualificadora no homicídio e tampouco a causa de aumento no crime de lesão corporal.

Portanto, não basta que o homicídio ou lesão corporal sejam praticados em face dos sujeitos passivos da lei 13.142/2015. É necessário ainda que se verifique o especial fim de agir do réu, que consiste em atentar contra a função de agente da segurança pública.

## **2.2 Aspectos teleológicos**

A lei tem portanto objetivo de dar uma “ resposta” aos crescentes índices de homicídios praticados contra agentes de segurança pública, em especial contra aqueles que atuam, conforme bem observou Cunha(2015) no “ front” de combate à criminalidade. O professor sustenta que a norma fortalece o Estado, na figura de deus agentes segurança, ao trazer norma penal que assegura punição mais severa a quem comete determinados crimes contra os agentes de segurança pública.

Assim, busca-se justificar a lei pelo maior risco ao qual os agentes de segurança pública estão expostos, além de buscar dar uma suposta proteção à função exercida, de notório interesse público. Destaque que não é o fato de o crime de homicídio ou lesão corporal ter sido praticado contra os agentes de segurança pública que irá automaticamente levar a aplicação da lei, e sim a motivação deste delito, que deverá necessariamente ser em razão da função ou no exercício desta, conforme observou Cunha(2015).

Por este motivo, a aprovação da lei gerou grande repercussão, principalmente entre os agentes de segurança, que comemoraram a lei como a vitória, embora seja de eficácia duvidosa em relação a real prevenção deste tipo de delitos, conforme bem observou Cabete(2015), que tece severas críticas a lei em análise, concluindo que as disposições que trouxe são inócuas, pois de por um lado não são capazes de efetivamente reduzir os índices de criminalidade, por outro o tratamento mais grave dado aos delitos já poderia ser observado com as qualificadoras e dispositivos já existentes no Código Penal.

A lei penal como forma de prevenção de delitos já vem ao longo do tempo sendo criticada, porém continua ao que nos parece sendo utilizada, principalmente pelos agentes políticos como forma de esconder a ineficiência do estado em promover políticas públicas e sociais que efetivamente tragam resultado concreto, visando exclusivamente atender ao clamor popular imediato, conforme observou de maneira brilhante Ripóles (2015).

Observa-se da obra de Ferrajoli (2006) que este já tecia críticas as correntes justificacionistas do Direito Penal, seja nas vertentes retributivistas ou ainda utilitaristas da prevenção especial, pois na sua crítica, constituem muitas vezes na escolha do legislador ao positivizar o direito penal, uma forma de legitimação ideológica que se aproxima com o direito penal máximo, profundamente criticado pelo autor garantista.

Esta legislação penal, cada vez mais simbólica e que busca atender a cada classe atingida por um determinado tipo de delito através de uma resposta penal, cria verdadeira inflação legislativa, que tem consequências nefastas para o próprio Estado Democrático de direito.

Em colocação bastante lúcida, Toledo(1991) já havia asseverado, que embora diversos doutrinadores clássicos proponham que a tarefa do direito penal é a luta contra o crime<sup>[2]</sup>, não se pode atribuir esta tarefa como exclusiva do direito penal. O autor, de maneira brilhante nos recorda que é tarefa não só do Estado, mas de toda a sociedade, família, educadores, órgãos de assistência e dentre outros promover a real prevenção à prática dos delitos.

A lição que vem desde Beccaria(1998) parece cada vez mais esquecida nos dias atuais, onde tem se privilegiado a expansão do poder punitivo e o Direito Penal meramente simbólico, em detrimento de políticas que efetivamente tragam a prevenção do delito.

Diversos autores tem se insurgido diante do que vem se denominando “ hipertrofia legislativa”, ou ainda “inflação legislativa, onde Greco(2010, p.17) analisa que a inflação legislativa possui efeitos idênticos que a inflação monetárias, isto é, ocasionam a perda do valor da norma, em raciocínio que nos cumpre aqui colacionar, em virtude de sua exatidão e didática:

“ Na verdade, o número excessivo de leis penais, que apregoam a promessa de maior punição para os delinquentes infratores, somente culmina por enfraquecer o próprio Direito Penal, que perde seu prestígio e valor, em razão da certeza, quase absoluta da impunidade.”

Podemos extrair do pensamento do autor, que claramente bebe na fonte de Beccaria(1999), que não é a produção da lei penal que efetivamente irá prevenir a prática do delito, e sim a integração de políticas sociais e públicas, com a otimização e aplicação das normais penais já existentes, preferindo-se antes de criar uma nova norma penal, aplicar efetivamente as que já existem.

No caso da lei 13.142/2015, a inclusão da modalidade qualificada de homicídio é notadamente simbólica, posto que não havia necessidade da qualificadora para agravar a conduta daqueles que praticassem crimes contra agentes de segurança pública em razão de sua função. Basta observar a qualificadora do motivo torpe, que na lição dos mestres Hungria e Fragozo (1979) “ é aquele que mais vivamente ofende a moralidade média ou o sentimento ético-social comum”.

Na observação desta qualificadora, certamente o crime praticado contra o agente de segurança pública em razão da sua função, pode ser perfeitamente configurado nesta hipótese de qualificadora, razão



pela qual se demonstra simbólica a lei 13.142/2015, conforme anotou Cabete(2015), que prossegue argumentando que igualmente nos crimes praticados no exercício da função, também podemos observar a qualificadora “ para assegurar vantagem ou impunidade em outro crime”.

Outra observação que se sobressalta é que a vingança, a represália também se enquadra neste contexto de torpeza, e de maneira contundente, o que já foi inclusive verificado na jurisprudência, muito antes da aprovação da lei 13.142/2015:

“Configura-se a agravante do homicídio cometido para assegurar a ocultação, impunidade ou vantagem de outros crimes, se o acusado, para forrar-se à confrontação com a autoridade pública a qual, pelo seus antecedentes criminais em investigação, sabia ser-lhe desvantajosa, resiste e atira mortalmente no policial que o detinha” (TJSP – Rec. – Rel. Acácio Rebouças – RT 446/387).

Desta forma, vislumbra-se que a lei 13.142/2015 tem seu sentido esvaziado na medida em que o tratamento mais grave ao crime contra a vida do agente de segurança no exercício de suas funções já existia no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo mais simbologia do que efetiva inovação no tratamento dado à conduta.

A única alteração efetiva fica por conta do agravamento do tratamento dado ao crime de lesão corporal, em todas as suas modalidades quando praticado em face dos sujeitos passivos “protegidos” pela lei 13.142/2015, onde chegou inclusive a incluir a lesão corporal gravíssima e a seguida de morte no rol dos crimes hediondos.

Neste ponto, voltamos a considerar as lições dos grandes mestres, que sempre alertaram para a parcimônia do uso do direito penal, contestando a ação do Estado que historicamente tenta solucionar tensões sociais através do “terrorismo penal”, como assevera Batista (2011) Apud Radbruch (1961).



Analisando esta evolução no recrudescimento das penas, a conclusão que podemos chegar diante da histórica ineficiência do Direito Penal, no âmbito da prevenção geral, em solucionar por si só as problemáticas que levam ao cometimento dos delitos é que poderíamos agravar as penas até o infinito, mas caso não se busque a real solução do problema, a criminalidade persistirá, conforme escreveu Ferrajoli (2006) Apud Bettiol (1945) “ existe um trágico ponto de chegada: a pena de morte para todos os crimes”.

Segundo Beccaria (1999), a persistência no aumento gradativo das penas vai a longo prazo tornando desproporcional a resposta penal dada ao cometimento dos delitos. A pena então vai aos poucos ganhando ares de vingança, perdendo credibilidade no aspecto da prevenção geral, sendo o inflacionamento punitivo, sendo maléfico ao próprio Direito Penal, distanciando-o de seus objetivos primordiais.

### **3.1 Aplicação da lei em relação ao cônjuge, companheiro e parente consanguíneo**

A lei em análise traz em sua redação a possibilidade de sua aplicação quando os crimes, acima estabelecidos fossem praticados contra o cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo do agente de segurança pública, estendendo assim essa suposta proteção buscada e analisada aos parentes mais próximos dos agentes de segurança, que estando na linha de frente do combate ao crime, estão mais vulneráveis à prática de delitos, especialmente contra a vida e a integridade física.

Aqui então o legislador entendeu que os parentes dos agentes de segurança estariam expostos à prática de delitos relacionados à função, havendo especialmente risco de represálias e ações por vingança, em razão das ações desempenhadas pelo parente que age em nome da segurança pública.

Neste ponto, a aplicação da Lei 13.142/2015 em relação ao cônjuge, companheiro e parente consanguíneo deve guardar estrita relação com a função, sendo de natureza subjetiva, conforme já anteriormente exposto, onde mais uma vez se destaca a lição de

Bitencourt (2015), sustentando que em nenhum momento a lei protege a pessoa da autoridade [tampouco seus parentes], e sim a função que por eles é exercida, e no caso dos parentes, o risco de represália e ataque à função pública dos agentes de segurança através de ataques a seus familiares.

Assim, através da proteção dos parentes, o legislador busca na *ratio essendi* da norma proteger a função e seu desempenho, que pode sofrer ataques diretos e através dos familiares dos agentes, buscando garantir uma atuação firme e isenta dos agentes de segurança, isto em tese jurídica.

A opção do legislador foi pela linha de parentesco mais próxima do agente de segurança pública, sendo aplicada a Lei 13.142/2015 em relação ao cônjuge, em razão da convivência e proximidade, que faz com estes possam ser alvos da ação delituosa, e toma o cuidado de incluir expressamente o companheiro, evitando assim distinção no tratamento entre o casamento e a união estável.

O Cônjuge é aquele que mediante o casamento civil constitui a sociedade conjugal, nos termos do Art. 226 da Constituição Federal, que também dita que a família tem proteção do Estado, o que inspira a legislação em análise. A união estável, ainda segundo a Constituição Federal deve ter tratamento semelhante ao casamento, e é entendida pela lei civil como a união contínua, pública e duradoura com o fim de constituir família.

Conforme analisa Bitencourt (2015), o fato de estar incluso o companheiro permite perfeitamente a aplicação da legislação em relação ao companheiro homoafetivo, não havendo motivo algum que justifique interpretação diversa, sendo tratado da mesma forma que a união heteroafetiva, prevenindo assim quaisquer conflitos de interpretação e constitucionalidade, tratando da mesma forma o casamento e a união estável.

Por fim, o legislador é taxativo ao indicar a aplicação da lei 13.142/2015 aos “ parentes consanguíneos até o terceiro grau”, aqui abrangidos os ascendentes, descendentes e também os colaterais, como

observa Bitencourt(2015), revelando o legislador seu objetivo de proteção ao núcleo familiar mais próximo. Aqui o legislador ao contrário do que fez com o casamento e a união estável, delimitou a aplicação ao parente consanguíneo.

Aqui, cumpre-se estabelecer uma breve distinção entre os tipos de parentesco, para fins de aplicação da lei 13.142/2015, tomando como base os critérios legalmente estabelecidos. Conforme dispõe o Art. 1593 do Código Civil, o parentesco pode ser natural ou civil, conforme seja oriundo de laços consanguíneos ou outra origem.

O parentesco natural, ou ainda consanguíneo é aquele de origem biológica, enquanto o civil decorre de quaisquer outras origens, e conforme leciona Gonçalves (2007), pode ser exemplificado na figura da adoção, que cria um laço de parentesco civil, assim com a inseminação artificial heteróloga. O renomado autor afirma, que diante do sistema legal e constitucional vigente não pode haver qualquer distinção entre o parentesco natural e o civil.

O parentesco natural ou consanguíneo pode ser ainda em linha reta ou colateral. Tanto o parentesco em linha reta como o colateral decorrem de laços biológicos, consanguíneos, tendo sido esta a opção do legislador, sendo todos sujeitos passivos da lei 13.142/2015, pois o legislador não fez esta distinção.

Na linha reta verificam-se os ascendentes e descendentes, estando até o 3º grau abrangidos pela lei 13.142/2015, verificando assim a aplicação, na linha descendente em relação aos filhos (1º grau), netos (2º grau) e bisnetos (3º grau). Na linha ascendente os pais (1º grau), avós (2º grau) e bisavós (3º grau), também são sujeitos passivos da lei 13.142/2015. Já na linha colateral, irmãos (1º grau), tios(2º grau) e sobrinhos ( 3º grau), também constam na esfera de aplicação da lei 13.142/2015.

Caso o primo de um agente de segurança pública seja vítima de algum delito estabelecido na lei 13.142/2015, em virtude da função do parente, não será aplicada a lei, por critério do legislador.

O parentesco por afinidade também não foi incluído pelo legislador na lei 13.142/2015, e encontramos sua definição no Art. 1595 do Código Civil, observando Gonçalves (2007) que este parentesco é aquele que se forma dos laços conjugais, segundo o autor tanto do casamento como da união estável, entre os cônjuges e companheiros e os parentes do outro consorte.

Por fim há ainda o parentesco sócio afetivo, que decorre de laço de afeto e convivência, conforme definem os estudiosos do direito de família, dentre os quais podemos citar Orlando Gomes (1987), que já sustentava o entendimento da formação de um núcleo familiar a partir de uma constituição de família de fato, onde os parentes sócio afetivos teriam os mesmos direitos e garantias.

Assim, observa-se de plano que a lei foi bastante clara, delimitando a aplicação ao Cônjuge, companheiro e parente consanguíneo. Neste aspecto, as demais espécies de parentesco, como os parentes por afinidade, e até mesmo os parentes socioafetivos, como bem observou Barros (2015), estão excluídos da aplicação da Lei 13.142/2015, por expressa opção do legislador.

Resta ainda analisar a situação do parentesco civil, que na definição da Lei, no Art. 1593 do Código Civil é aquele que decorrente de outra razão que não a consanguineidade. É o caso, como principal exemplo, do filho adotivo. Neste caso, Barros (2015) defendeu que pode ser interpretada extensivamente a lei, para não restar distinto o tratamento dado ao filho consanguíneo e ao filho adotivo na Lei 13.142/2015, posição esta não seguida por Cabete (2015), e que será adiante desenvolvida.

De toda forma, caso um homicídio venha a ser praticado contra estas pessoas não abarcadas pela Lei 13.142/2015, nada impede que eventual homicídio seja qualificado, por exemplo pelo motivo torpe, se cometido em razão do parentesco com agente de segurança pública, conforme já fora abordado, onde cabem aqui as mesmas críticas já argumentadas.

A problemática que envolve a segurança pública de um modo geral, e em especial em relação aos riscos sofridos por quem está

cotidianamente exposto a situações de tensão e risco em razão de sua função é bastante complexa, principalmente no que trata a extensão dessa suposta proteção a seus familiares. Observamos historicamente leis penais em momentos de tensão e clamor popular, que serviram tão somente conforme anota Ripóles (2015) para atender ao clamor popular.

A lei 13.142/2015, que adquire os contornos de populismo legislativo destacado por Ripóles (2015), tem nela as características apontadas pelo autor, como ausência de um debate amadurecido sobre a questão, falta de dados precisos e uma análise sociológica mais aprofundada sobre a modalidade delitiva em questão, principalmente em relação aos parentes dos agentes de segurança.

Ainda na lição de Ripóles (2015), este tipo de política criminal afasta a análise técnica e os especialistas no assunto em detrimento do atendimento de um clamor popular, ou ainda no caso apresentado de uma classe específica, gerando um empobrecimento do conteúdo das normas, inclusive na sua parte técnica em detrimento na tentativa, por parte de segmentos do legislativo de aparentarem ser mais rigorosos no “combate” a criminalidade.

O mais correto, nesta linha de raciocínio seria um estudo mais profundo sobre os índices de crimes cometidos em face destes agentes, suas motivações e quais ações poderiam prevenir esta prática, assim como proteger seus familiares.

A questão que se sobressalta ao analisarmos sobre a possível ineficácia da norma, é que o indivíduo que não comete ilícitos penais, dificilmente mantém esta conduta em razão do fato estar descrito como crime, mas sim em virtude de questões morais do indivíduo; por outro lado, dificilmente o criminoso reflete sobre praticar ou não um ato delituoso em razão da pena cominada, conforme aduz Elena Laurrari (2000, p. 174): *A prevenção geral funciona para os que não precisam, para os que precisam não funciona, porque, (...) pensamos que “eles”, os outros, vão desistir por medo da pena”.*



Não se defende que não haja punição, mas sim a alteração no foco do debate, pois a legislação já existente dava plenas condições de punir o indivíduo que comete este tipo de delito, inclusive os cometidos contra os parentes dos agentes de segurança Pública, e ainda assim não foi solucionada a problemática.

Anote-se ainda que a Lei 13.142/2015 traz problemas de ordem técnica, pois o legislador ao promover a aplicação em relação ao Cônjuge, companheiro e parente consanguíneo acaba aqui deixando uma lacuna que diante dos princípios próprios do Direito Penal, é de difícil solução.

A lei além de excluir de sua esfera de aplicação os parentes por afinidade e sócio-afetivos, faz também uma distinção entre o parentesco civil e consanguíneo, pois o legislador expressa claramente a opção pela proteção ao Cônjuge e companheiro, assim como protege o parentesco consanguíneo, deixando em aberto a questão do parentesco civil, onde se inclui por exemplo, o filho adotivo.

A finalidade da lei é de proteção ao núcleo familiar do agente de segurança pública, porém a opção do legislador em delimitar especificadamente os sujeitos passivos não pode ser analisada somente sob a ótica da finalidade da lei, mas precisa ser confrontada com os princípios basilares do direito penal, que também possuem raízes constitucionais.

Daí a necessidade de se fazer uma leitura aprofundada dos institutos básicos de direito penal para se adotar uma posição adequada em relação a interpretação da norma, em especial o princípio da legalidade, principal núcleo axiológico das garantias penais, conforme nos ensina com maestria Ferrajoli (2006).

#### **4. A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 13.142/2015 EM RELAÇÃO AO PARENTESCO CIVIL DIANTE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA**

Traçados os principais aspectos dogmáticos e teleológicos da lei 13.142/2015, poderemos então adentrar no objeto principal da pesquisa,



qual seja a dimensão da expressão parentesco consanguíneo estabelecida na norma e a situação do parentesco civil, que por ordem constitucional não deve ser tratado de maneira distinta.

Diagnosticaremos esta situação se valendo do princípio da Legalidade como núcleo axiológico do Direito Penal, onde se faz então necessário compreender com maior profundidade este princípio, sua importância histórica e como se dá sua aplicabilidade no sistema jurídico penal.

A partir do amadurecimento do conceito deste princípio, é possível caminhar no sentido da orientação que este traz em relação a interpretação da norma penal, o que será fundamental na análise da Lei 13.142/2015.

#### **4.1 O princípio da legalidade penal – breve concepção histórica**

O direito penal, como arma mais forte do estado contra os cidadãos, embora tenha como princípio clássica garantir o combate a criminalidade, conforme já apresentado, foi sofrendo ao longo do tempo inúmeras discussões sobre a sua aplicação, posto que é a maneira mais incisiva que o estado tem para interferir sobre os indivíduos e um de seus bens mais preciosos, qual seja a liberdade.

Um dos principais mecanismos para conter o arbítrio do estado e seu poder punitivo é o Princípio da legalidade, por trazer através da limitação formal aos crimes e penas, se converte em segurança jurídica, essencial no Direito Penal.

Existe um grande desdobramento do princípio da legalidade, observado de forma bastante clara por Barros (1999), qual seja a reserva legal, que não se confunde com o princípio da legalidade e se materializa na exigência de lei em sentido estrito para tipificar condutas e cominar penas, enquanto a legalidade em sentido amplo é exigência de conteúdo normativo prévio para que o estado interfira nas liberdades individuais dos cidadãos.

Nos dias de hoje, é praticamente inimaginável vislumbrar a tipificação de crime sem uma lei o definindo, porém nem sempre foi desta forma. No Direito Romano, como nos rememora Schmidt (2001), não havia necessidade de lei para tipificar crimes, havendo possibilidade de punir ações ao arbítrio dos chamados Tribunais populares, embora Mazini em sua obra destaque que durante um período houve exigência de expressa incriminação da conduta, esta situação não durou muito tempo, sendo novamente expandidas as fontes materiais do direito penal.

O autor prossegue na evolução histórica do conceito de legalidade penal, expondo que na Idade Média, houve pequeno avanço neste sentido, com a adoção de leis escritas, mas ainda havia prevalência dos costumes, sendo ainda comum até o Século XVIII a permissão de analogia em matéria penal, o que era permitido pelas codificações dentre as quais Schmidt(2001) exemplifica o *Codex Juris Bavarici Criminalis* (1751), o Código Criminal de Carlos V (1523), dentre outros no período.

Durante o avançar das civilizações, foram surgindo documentos que trouxeram, ainda que de forma tímida o Princípio da legalidade, conforme observou Batista (2011), indicando a *Magna Charta*, que contudo apenas dava a garantia aos ditos "homens livres", ainda bastante distante da concepção atual do princípio.

O princípio da legalidade, ainda segundo Schmidt (2001) foi desenvolvido de maneira mais contundente pelos teóricos iluministas, com suas ideias liberais e de limitação no poder viam como fundamental a existência de lei, em face da arbitrariedade estatal, limitando assim a atuação do estado contra as liberdades individuais, com forte influência dos jusnaturalistas, tendo Beccaria (1999) em posição vanguardista, no Século XVIII estabelecido que somente as leis poderiam decretar penas e delitos, sendo reservado ao legislador, que representaria a sociedade reunida no contrato social.

Retomando a análise profunda de Schmidt (2001), este assevera que foi um filósofo eminentemente ligado ao jusnaturalismo, Alselm von Feuerbach que trouxe uma definição mais precisa do princípio

da legalidade e suas implicações, de forma bastante próxima da concebida atualmente.

Neste contexto, a presença da garantia com a edição da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão, passou a figurar expressamente no texto normativo, e conforme anota Schmidt (2001), este princípio foi incorporado pelas Constituições Francesas de 1771 e 1773, sendo ele insculpido em moldes idênticos aos atuais. Neste sentido, Batista(2011) exemplifica a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e a Constituição Americana.

Após este contexto, o que se viu foi uma espécie de alternância entre a afirmação do princípio da legalidade, e mitigações do mesmo, acompanhando as tensões que sobrevieram na história da humanidade, onde vimos severas distorções no princípio da legalidade, como retroatividade de leis penais, para alcançar condutas praticadas antes da lei, criação de juízos de exceção, dentre outros mecanismos que sustentaram atrocidades históricas, como o holocausto dos judeus.

Exemplificando este diálogo entre o direito e a sociedade, Schmidt (2001) demonstra na história contemporânea ataques ao princípio da legalidade na Rússia Soviética, onde em fissura ao princípio da legalidade se permitiu a analogia, dentre outras violações as garantias individuais, assim como na Alemanha nazista, que também recorreu a analogia para expandir o poder punitivo estatal, regimes estes manifestamente autoritários e cujas ações catastróficas resultaram em milhares de mortes, o que causou uma pausa histórica na ruptura do diálogo com a legalidade estrita no direito penal, o sedimentando como base do direito criminal até os dias de hoje.

Passado o período de rupturas, Schmidt(2001) aponta que o princípio da legalidade alcançou então, aprendendo a severa lição do desrespeito as garantias, passando a tipicidade a desempenhar instrumento de combate a insegurança jurídica, posto que a partir de então, se fortaleceu a ideia de que não há crime sem tipo penal estabelecido.

O autor nos traz ainda como último avanço histórico do princípio a concepção da reserva legal, restringindo a possibilidade de criação destes tipos penais as leis em sentido estrito e através do devido processo legislativo, deflagrado por autoridade competente. Esta forma de conceber o princípio da legalidade tem raízes no garantismo penal de Ferrajoli(2006), que através de seu sistema de garantias estende a aplicação do princípio da legalidade desde a criação da norma, a análise da legitimidade na proibição das condutas até seu intérprete final, com a vedação de interpretação analógica, dentre outras garantias.

#### **4.2 O princípio da legalidade no direito penal brasileiro**

No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, em especial no que se refere ao Direito Penal, Schmidt(2001) assevera que o Princípio da legalidade e da reserva legal figurou em praticamente todas as constituições, embora tenha sofrido também mitigações, como por exemplo na Constituição outorgada por Getúlio Vargas em 1937.

Na legislação penal infraconstitucional, podemos observar a presença histórica do princípio de legalidade desde o Código Criminal de 1830, conforme nos anota Pierangelli ( 2001), analisando a evolução deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro, passando pelo Código Penal de 1890, Código Penal de 1940, até a concepção atual, estabelecida pela reforma de 1984 e que manteve o princípio da legalidade intacto[3].

Então, a reserva legal ou legalidade estrita, como é concebido o Princípio da legalidade no âmbito penal, limita ainda mais a atuação do estado sobre as liberdades individuais. Se o princípio da legalidade em seu sentido amplo nos garante que não somos obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei(onde esta lei é entendido em sentido amplo, podendo advir estas limitações de outras espécies normativas), quando falamos sobre legalidade penal, estrita, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, estamos afirmando que somente a lei formal em sentido estrito, através do devido processo legislativo pode estabelecer crimes e cominar penas.

O princípio da legalidade estrita é exaltado por Ferrajoli (2006) como centro do sistema de garantias, de onde ainda segundo o

autor, procedem todas as demais garantias elencadas em seu sistema. Sem dúvidas, as garantias penais em sua essência decorrem, em uma análise mais profunda, invariavelmente do princípio de legalidade. Na valiosa lição de Nilo Batista (2011) “O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica”.

Não poderia ser expressa da melhor forma a importância do princípio da legalidade no direito penal, pois toda e qualquer aplicação ou interpretação deste deve ser feita, como se depreende da lição dos mestres mencionados, tomando por ponto de partida o princípio da estrita legalidade, forma de assegurar o sistema de garantias penais de Ferrajoli.

No direito brasileiro o Princípio da legalidade tem papel de destaque no âmbito penal, e encontra-se disposto logo no Art. 1º do Código Penal: Art.1º “ Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. O Princípio também está encartado na Constituição Federal, no Art.5º, XXXIX: “ não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Já a reserva legal se materializa na competência privativa atribuída pela Constituição Federal à União para legislar sobre Direito penal, seguindo o devido processo legislativo formal e material. Tal disposição se encontra estabelecida no Art. 22, I da Constituição Federal de 1988.

Podemos estabelecer quanto a acepção atual do princípio da legalidade, segundo Batista (2011) quatro implicações principais no nosso ordenamento, sendo a primeira a vedação da retroação de lei penal incriminadora (*nullum crimen nulla poena sine lege previa*). Esta garantia, conforme nos relembra Batista, e conforme foi abordado na análise histórica do princípio, busca evitar episódios lastimáveis como ocorreu em Nuremberg durante a Alemanha nazista, com a aplicação retroativa de lei penal como fundamento de atrocidades.

Prosseguindo, o autor nos traz como segunda grande implicação a proibição da criação de crimes pelo costume ( *nullum crimen*



*nulla pena sine lege scripta* ), aqui em evidente afirmação da reserva legal, como fonte exclusiva da produção de normas penais, sendo no direito brasileiro monopólio do legislativo a criação de tipos penais e cominação de sanções desta natureza, sendo vedado, por exemplo a edição de medida provisória em matéria penal, ainda segundo Batista ( 1983).

O terceiro postulado, continuando nas lições de Batista (2011) se refere a proibição da analogia em matéria penal ( *nullun crimem nulla poena sine lege scricta* ), no que se refere a tipificação de condutas, agravamento destas, enfim, qualquer aspecto que possa ser prejudicial ao indivíduo.

A analogia, permitida de forma genérica no direito brasileiro, quando for omissa a lei<sup>[4]</sup> é um procedimento, segundo Batista (2015) de aplicação de uma norma singular em outra situação semelhante, que não a originalmente descrita, porém sem previsão legal, aplicando-se assim a norma em virtude da semelhança.

No direito brasileiro portanto, é inadmissível o uso da analogia em desfavor do réu, sendo entretanto admissível quando favorável a condição do indivíduo, posição amplamente destacada na doutrina.<sup>[5]</sup> É a afirmação da legalidade estrita, da reserva de lei como única fonte do direito penal brasileiro no que se refere a tipificação de crimes e cominação de penas.

Neste ponto, é vedada também a interpretação extensiva, pois ao dar um alcance à norma penal maior do que estabeleceu o legislador, estaríamos praticando uma espécie de analogia, conforme nos ensina Bobbio (2014), que esclarece que a interpretação extensiva nada mais é que um raciocínio analógico. Como a proibição da analogia é um dos postulados fundamentais sobre o princípio da legalidade, igualmente não se deve conceber a possibilidade de interpretação extensiva, posto que em última verificação esta é analógica.

O último desdobramento se refere a proibição de leis penais que criem tipos vagos e indeterminados ( *nullum crimem nulla poena sine lege certa* ). Neste ponto, Batista destaca a ofensa ao princípio da



legalidade com a criação de tipos penais abertos, que permitem alto grau de discricionariedade e subjetivismo por parte do julgador.

Todos estes aspectos principais sobre o princípio da legalidade comportam múltiplos desdobramentos, no sentido de garantir ao indivíduo a proteção em face do arbítrio e do poder punitivo estatal. As garantias que se apresentam não podem ser concebidas como meros obstáculos a aplicação da lei penal, seja qual objetivo desta lei, mas devem ser sempre entendidas como mecanismos de promover a segurança jurídica e a garantia das liberdades individuais.

#### **4.3 A analogia e a interpretação extensiva**

Observando a vedação da analogia em normas penais incriminadoras, durante bastante tempo foi debatido, ainda havendo até os dias de hoje, quem sustente a diferença de tratamento entre a analogia e interpretação analógica ou extensiva, sustentando a possibilidade de admissão desta.

Esta diferenciação entre analogia e interpretação analógica remonta a autores clássicos, onde se argumentava que diferente da analogia, a interpretação extensiva valeria para dar a norma o sentido buscado pelo legislador, conforme sustentou Battaglini (1973).

No direito brasileiro, doutrinadores clássicos como Fragoso (1978), também defendiam o emprego da interpretação extensiva sustenta que “ A analogia distingue-se da interpretação, porque constitui um processo de integração da ordem legal, e não meio de esclarecer o conteúdo da norma”.

No mesmo sentido, Hungria (1978) também admitia a interpretação extensiva como forma de extrair o conteúdo da norma penal incriminadora, posição também adotada por Toledo (1991), contudo de maneira mais ponderada, reconhecendo que na maioria das hipóteses, deve vigorar o princípio do *favor rei*, afastando a possibilidade de extensão na maioria dos casos, contudo admitindo o autor a interpretação extensiva quando adequado em conjunto com critérios teleológicos e sistemáticos.

A questão central defendida pelos que sustentavam a possibilidade de interpretação analógica ou ainda interpretação extensiva (cabe destacar que alguns autores fazem distinção entre interpretação extensiva e analógica, dentre os quais podemos citar Assis Toledo, Frederico Marques, Greco), é de que a extensão é justificada na falta de expressão verbal na lei que corresponda ao objetivo da norma, admitindo assim um viés teleológico.

Contudo, atualmente cresce a vertente de afirmação do Princípio da legalidade estrita, onde Schmidt (2001) de maneira brilhante, destaca que a admissão da interpretação extensiva em matéria penal é perigosa, principalmente em virtude da linha tênue que separa a analogia da interpretação extensiva e da interpretação analógica, e todas as espécies desrespeitam a exigência de lei prévia e estrita no âmbito penal incriminador.

O autor aponta que o texto contido na norma pode se aproximar de maneira mais contundente aos fatos, onde se dizia que o aplicador da lei estaria interpretando, ou quando mais distante, estaria o julgador se utilizando de interpretação analógica, e por fim, somente onde houvesse total ausência da norma e não apenas uma lacuna desta, e neste contexto fosse criado tipo penal utilizando outro por semelhança estaríamos diante da analogia.

A crítica de Schmidt(2001) se fundamenta na dificuldade, ou real impossibilidade de se estabelecer uma distinção segura entre analogia e interpretação analógica (extensiva), pois as próprias definições soam bastante imprecisas, sustentando que ambos institutos estão ligados a uma raiz comum, a semântica da linguagem jurídica, assim, toda interpretação extensiva se convola em analogia, devendo ser extirpada do âmbito penal (incriminador).

Até mesmo uma posição aparentemente mais equilibrada, como a de Toledo foi refutado na obra de Schmidt (2001), que advoga a impossibilidade de interpretação-teleológico extensiva, pois a legalidade estrita e a reserva legal são garantias máximas do indivíduo, e o autor em passagem que se destaca afirma:

“Tendo em vista que a restrição da liberdade, mediante a proibição penal, é uma exceção (posto que a liberdade é a regra), a única interpretação teleológica que poderá ser admitida é a restritiva”

A obra de Schmidt (2001), que aprofunda com bastante riqueza o princípio da legalidade e todos os seus desdobramentos nos traz com precisão que a admissão da interpretação extensiva é caminho perigoso e que deve ser combatido, não se admitindo em hipótese alguma, nem a analogia, nem interpretação analógica e nem mesmo extensiva, pois o conjunto de limitações decorrentes do princípio da legalidade convergem para o tolhimento do ordenamento jurídico de tipos penais que ocasionem insegurança jurídica e que sejam interpretados ao arbítrio do julgador.

## **5. A INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO PARENTESCO CONSANGUÍNEO NA LEI 13.142/2015**

Retornando a análise da lei 13.142/2015, um dos pontos que mais vem sendo alvo de críticas é a expressão “parentesco consanguíneo”, contida na lei ao dispor sobre a ampliação de sua esfera de aplicação em relação aos parentes dos agentes de segurança.

Neste sentido, nomes como GOMES, BIANCHINI e MAGGIO (2015) e Bittencourt (2015) já se posicionaram inclusive pela inconstitucionalidade desta expressão na norma, assim como defenderam a impossibilidade de interpretação extensiva da mesma, posição também seguida por Cabete (2015).

Esta opção do legislador se revela inadequada a partir do momento que delimita a aplicação das sanções previstas na lei 13.142/2015 ao crime praticado contra o parente consanguíneo, o que conforme já exposto, não abrange o parentesco civil, modalidade de parentesco onde se insere o filho adotivo, que não pode ser tratado de maneira distinta do filho biológico, ao teor da disposição do Art. 227, § 6º da Constituição Federal.

Diante da legalidade estrita, e da proibição da analogia e interpretação extensiva, não haveria como entender pela aplicação da Lei 13.142/2015 em relação ao filho adotivo, posição defendida de maneira bastante precisa por Bitencourt (2015) e Cabete (2015). Em sentido diverso, Barros (2015) sustenta que não se trata de analogia, e sim de uma interpretação conforme a Constituição, mesma posição sustentada por Reis (2015).

Encontramos na obra de Greco (2010) posição do autor sustentando que como exemplo de interpretação extensiva válida, teríamos o exemplo do crime de Bigamia, encartado no Art. 235 do Código Penal vigente, onde referido tipo abrangeria, por interpretação extensiva também a poligamia.

Ocorre que analisando os elementos do tipo penal, não se faz necessário tal raciocínio de modo a tipificar a conduta daquele que contraia não dois, mas vários casamentos simultâneos. É que a consumação do delito ocorre a partir do momento que é contraído o segundo casamento, já sendo o agente casado, a partir daí pouco importando para fim de tipificação penal se foram dois ou mais os matrimônios em desconformidade com a lei, posto que a partir do segundo já estariam presentes todas as elementares do tipo, o que não ocorre quando se trata da análise da situação do parentesco consanguíneo na Lei 13.142/2015, onde esta define a aplicação em relação ao parente consanguíneo, o que conforme já exaustivamente apresentado, embora deva ter tratamento semelhante, é diferente do parentesco civil

Verificam-se então barreiras sistemáticas inerentes aos princípios mais elementares do Direito Penal e seus mecanismos de interpretação, que conduzem invariavelmente ao entendimento da impossibilidade de se estender a aplicação da Lei 13.142/2015 ao parentesco civil, e aqui se inclui por exemplo, o filho adotivo, o que certamente só aumenta a celeuma em torno de uma possível adequação do texto a sua finalidade como argumento para subsidiar uma flexibilização da estrita legalidade penal.

Ocorre que até mesmo a maneira como o legislador articulou o seu texto dificulta a interpretação extensiva-teleológica, pois o mesmo precisamente estabeleceu a aplicação da norma em relação ao cônjuge e ao companheiro, acrescentando o parentesco consanguíneo, de maneira bastante clara e precisa, não havendo margem de dúvidas que permita interpretação.

Observe-se neste aspecto, que o legislador delimita especificadamente a aplicação da norma em relação ao cônjuge e ao companheiro, não criando aqui distinções e os tratando isonomicamente, de maneira expressa, já antevendo os problemas que eventual omissão ( da expressão companheiro, por exemplo ) causaria, em virtude da legalidade penal estrita, diligência que faltou ao legislativo ao tratar da aplicação da Lei 13.142/2015 em relação ao parentesco.

Se o legislador tivesse apenas se utilizado de parentesco, haveria aqui margem larga para que o julgador definisse até onde poderia ser aplicada a norma, podendo neste aspecto o judiciário estabelecer os parâmetros de acordo com o espírito da lei, porém ao delimitar a uma espécie, não cabe ao julgador ampliar este significado.

Ao analisar o conteúdo da lei 13.142/2015, Bittencourt (2015) fala em “tipicidade estrita”, o que nos faz refletir sobre a importância da interpretação dada a norma, principalmente ao tipificar um crime, delimitando seu sujeito passivo, o que deve ser feito sempre tomando como norte a legalidade penal.

Isto porque, não há matéria que deve ser tratada com mais cautela pelos legisladores, órgãos julgadores e operadores do direito em geral como o Direito Penal, especialmente quando se fala na tipificação de condutas e agravação de penas. A segurança jurídica ganha papel de primazia na seara criminal, e tem como seu maior guardião o Princípio da legalidade. Relativizar este princípio é enfraquecer a segurança jurídica no campo Penal, atingindo o arcabouço de garantias como um todo, sistemático que é, conforme perfeita análise de Ferrajoli (2006) que trata as garantias não isoladamente, mas como um sistema onde as normas se completam entre si,



Assim, não há como se falar em interpretação extensiva na Lei 13.142/2015, em especial no que se refere a expressão “parente consanguíneo”, não cabendo ao julgador corrigir a imperfeição legislativa ampliando o sentido da norma.

Também não é adequado admitir a distinção que se estabelece entre o filho consanguíneo e o filho adotivo, o que ofende a Constituição Federal, que proíbe o tratamento diferenciado entre filhos adotivos e biológicos, sendo a solução a declaração de inconstitucionalidade desta expressão na norma, em razão da ofensa direta ao Art.227§ 6º da Constituição Federal.

Não é adequada, seguindo a posição de Schdmit (2001), uma “interpretação conforme a constituição” que faz na verdade uma analogia, e dá aplicação mais abrangente do que a prevista na lei, pois o texto do legislador é preciso na delimitação dos sujeitos passivos. Ademais a garantia da legalidade estrita também tem natureza constitucional, conforme já foi exposto, e inclusive integra o núcleo imutável da Constituição, que dispõe sobre as garantias fundamentais.

Ao analisar o choque entre a proibição na distinção entre o parentesco civil e consanguíneo, estabelecido no Código Civil, a proibição na distinção entre o filho natural e o adotivo estabelecida na Constituição Federal e o Princípio da legalidade, que também tem natureza Constitucional, Bittencourt (2015) afirma com propriedade que o respeito ao *nullum crimen, nulla poena sine lege* deve prevalecer, pois está na raiz do próprio Estado Democrático de Direito.

Tal problema não pode jamais ser entendido como preciosismo daqueles que adotam posturas garantistas, nem pode ser concebido como uma falha na aplicação do princípio da legalidade, não devendo jamais ser admitida flexibilização destas garantias.

Todo o embate demonstrado se operou em virtude de falha do legislador, que poderia através da simples supressão da expressão “consanguíneo” solucionar o problema. Conforme anota Schdmit (2001), em casos extremos o próprio poder legislativo pode reformar sua lei, adequando sua aplicação a finalidade buscada.



Não é através do arbítrio do judiciário que poderia ser solucionada a questão, o que nos traria um precedente perigoso e nos levaria a caminhar rumo a insegurança jurídica e ao Direito Penal máximo, que em outras oportunidades deixou consequências severas na história da humanidade.

Contudo, conforme observa Cabete (2015), a discussão perde fôlego quando se observa que a qualificadora do motivo torpe já solucionaria a questão, sendo a própria lei 13.142/2015 desnecessária neste aspecto, conforme já foi avaliado anteriormente.

Assim, a permanência ou não no ordenamento jurídico desta disposição, ainda que somente resida a discussão em torno da expressão “parente consanguíneo”, não terá reflexo notável no que se refere ao tratamento dos delitos praticados contra os familiares dos agentes de segurança, que podem ser igualmente reprimidos pela legislação anterior, exceto nas hipóteses do crime de lesão corporal, onde a elevação do crime de lesão corporal ao rol dos hediondos embora questionável não faz parte do objeto desta pesquisa.

A inconstitucionalidade da expressão “parente consanguíneo” na lei 13.142/2015 é reflexo da garantia estabelecida pelo princípio da legalidade, que não admite que seja dada interpretação além do que estipulou o legislador, que distinguiu o parentesco civil do parentesco consanguíneo, de maneira que somente o legislador poderá, através do devido processo legislativo adequar o texto da norma à Constituição, não cabendo ao julgador esta tarefa.

## **6. CONCLUSÃO**

Da análise realizada, concluímos apoiados nas lições dos grandes mestres que a Lei 13.142/2015 foi concebida desde a sua publicação com problemas estruturais e conjunturais, devidamente apresentados durante a exposição dos resultados da pesquisa bibliográfica aplicada a verificação científica da Lei 13.142/2015.

A problemática conjuntural da norma se relaciona com a baixíssima probabilidade de a edição da lei atingir uma efetiva redução dos índices de crimes praticados contra agentes da segurança pública, onde pode se observar que a lei na verdade não trouxe muitas alterações, tendo em vista a possibilidade de dar o mesmo tratamento mais gravoso trazido pela Lei 13.142/2015 aos crimes praticados contra os agentes de segurança e seus parentes através dos institutos penais já estabelecidos.

Outro ponto de destaque observado foi a falência do utilitarismo penal, lição apresentada por Ferrajoli ( 2006 ) e que norteou a análise da falta de efetividade deste tipo de norma, onde podemos concluir que não é tarefa da lei penal, em especial a analisada lei 13.142/2015 ser o mecanismo para concretamente reduzir o índice da prática do delito abarcado pela lei.

A principal conclusão do trabalho pode ser considerada a violação da Lei 13.142/2015 ao Art. 227 § 6º, no momento em que por uma má redação especifica sua esfera de atuação em relação ao parentesco consanguíneo, criando aqui distinção de tratamento com o parentesco civil, que embora sejam distintos juridicamente, não podem por imposição Constitucional serem tratados de maneira diversa pela norma.

O estudo que atingiu esta conclusão foi dirigido pela ótica garantista do Direito Penal, o que permitiu seguir esta linha durante toda a pesquisa, chegando ao entendimento final pela impossibilidade de se ampliar o sentido da expressão “ parentesco consanguíneo” contido na Lei 13.142/2015, posto que o Princípio da legalidade Penal proíbe de maneira firme que seja adotada analogia ou mesmo interpretação extensiva como forma de integrar norma penal incriminadora.

Assim, em virtude da impossibilidade de uma correção por parte do judiciário da falha legislativa, a expressão “ parentesco consanguíneo” deve ser extirpada da Lei 13.142/2015, sob pena de ofensa à Constituição, situação que somente pode ser reformada pelo legislativo, sendo vedado ao judiciário ampliar o sentido de norma penal incriminadora.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROS, Francisco Dirceu. Os sujeitos passivos do homicídio funcional: Lei nº 13.142/2015. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4418, 6 ago. 2015. Disponível em: . Acesso em: 23 Set. 2015.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: REVAN, 2011.

BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal – Parte Geral**. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Arminda Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, 1973.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, 11ª Ed. São Paulo: HEMUS, 1998.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; MAGGIO, Vicente. 3ª Atualização da Coleção de Direito Penal. In: **Direito Penal Ao Vivo**, São Paulo, Ao vivo pelo Portal Atualidades do Direito, em 28 de Julho de 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Homicídio cometido contra integrantes de órgãos da Segurança Pública e seus familiares**. JusBrasil, 2015. Disponível em: < <http://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/213908244/> > Acesso em: 10 Set. 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon, 2ª Ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Homicídio e lesões corporais contra agentes de segurança pública e forças armadas**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4399, 18 jul. 2015. Disponível em: . Acesso em: 18 Ago. 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Nova Lei 13.142/15: Breves comentários.** JusBrasil, 2015. Disponível em: <  
<http://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/2063057>>. Acesso em:  
20 Ago. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal.** 2ª Ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de Direito Penal – Parte Geral.** 3ª Ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1978.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Orlando. **Direito de Família,** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família,** 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.2.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio – Uma Visão Minimalista do Direito Penal.** 5ª Ed. Niterói: Impetus, 2010.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal.** Rio de Janeiro:Forense,1958.v.1, t I.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal.** 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v.5.

LARRAURI, Elena. **La Herencia de la Criminología Crítica.** 2ª Edición. Madrid: Siglo XXI Editores, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica.** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REIS, Marco Antônio Santos, **Comentários sobre a Lei 13.142/2015: uma nova qualificadora para o crime de homicídio**, 2015. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/40866>> Acesso em 13 Out. 2015.

RIPOLLÉS, José Luiz Díez. **A Política Criminal na Encruzilhada**. Tradução de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. 1ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

#### **NOTAS:**

[1] BRASIL. Lei n. 13.142, de 06 de Julho 2015. Altera os arts. 121 e 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos)..

[2] Neste Sentido, BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal**. Trad. Paulo José da Costa Júnior, Arminda Bergamini Miotto e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo, Saraiva, 1973; BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1967; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, Rio de Janeiro, 5ª ED., Forense, 1979.

[3] **Art. 1º**. "Não haverá crime ou delicto (palavras sinonimas neste código) sem uma lei anterior que o qualifique" (BRASIL, Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Fonte [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm). Acesso em 12 de Outubro de 2015). **Art. 1º** "Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva, por analogia ou por paridade, não é admissível para qualificar crimes ou aplicar-lhes penas" (BRASIL, Decreto nº 847 ? de 11 de Outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Fonte: [legis.senado.gov.br/Legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049](http://legis.senado.gov.br/Legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049). Acesso em 12 de Outubro de 2015). **Art.1º** "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal". (BRASIL, Decreto-Lei 2.848, de 07 de Setembro de 1940. Código Penal. Fonte:



[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm). Acesso em 12 de Outubro de 2015. **Art.1º** “ Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, Lei 7.209, de 11 de Julho de 1984. Altera os dispositivos do Decreto Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art1). Acesso em 12 de Outubro de 2015.

[4] **Art. 4º** Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL, Decreto-Lei 4.657 de 04 de Setembro de 1942. Lei de Introdução as normas do Direito Brasileiro.) Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm) Acesso em 13 de Outubro de 2015.

[5] Neste sentido, TOLEDO (1991), FRAGOSO (1978), NUCCI (2008), GRECO (2010), BATISTA (2011). Discordou de maneira isolada HUNGRIA (1979).

## A FORMAÇÃO DE UMA SOCIEDADE DE TRABALHADORES-CONSUMIDORES E A VITÓRIA DO ANIMAL LABORANS: REFLEXÕES ARENDTIANAS

**MARIANA AQUINO CORCINI FERNANDEZ:** Advogada. Mestranda em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto Excelência. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

**RESUMO:** A partir da visão traçada acerca da condição humana por Hanna Arendt, almeja-se demonstrar a evolução da relação humana com as três atividades básicas, notadamente o trabalho humano na Idade Moderna. Depois, passa-se a analisar o desenvolvimento do trabalhador como mero *animal laborans*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hanna Arendt, A Condição Humana, Ideologia, Era Moderna, *Animal Laborans*, Pessoa Humana.

**ABSTRACT:** Based on Hanna Arendt's view of the human condition, it is intended to demonstrate the evolution of the human relationship with the three basic activities, notably human work in the Modern Age. Then, we analyze the worker's development like a simple *animal laborans*.

**KEYWORDS:** Hannah Arendt, The Human Condition, Ideology, Modern Era, Animal Laborans, Human Person.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO 2. HANNA ARENDT: VIDA E CONTEXTO 3 A CONDIÇÃO HUMANA. 3.1 A AÇÃO, A OBRA E O TRABALHO NA VITA ACTIVA. 3.2 VITA ACTIVA NA HISTÓRIA OCIDENTAL. 3.3 SOBRE O EMPREGADO MODERNO: O DESPERTENCIMENTO E A IDEIA DE SUPERIORIDADE DO "TRABALHO". 3.4 .O ANIMAL LABORANS NO BRASIL: FORMAÇÃO DO SISTEMA TRINÔMICO E DA SOCIEDADE DE EMPREGADOS-CONSUMIDORES.

---

### 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende demonstrar como a organização histórico-social do Ocidente, lido a partir do olhar de Hannah Arendt, consubstanciado no livro “A condição humana”, revela o caminho percorrido para alcançar a sociedade de empregados-consumidores da atualidade que vive para sobreviver.

A ideologia moderna, que apregou a superioridade do trabalho no sentido arendtiano e esmoreceu o fogo do homo faber e do animal político abriu espaço para uma anestesiação social e uma aceitação do trabalhador como mero *animal laborans*.

## **2. HANNA ARENDT: VIDA E CONTEXTO**

Um breve relato sobre a trajetória de vida de Hannah Arendt ajudará o leitor a compreender algumas de suas ideias, nas quais o ineditismo e a heterodoxia são notas sempre presentes.

Nesse sentido, destaca o Doutor em Filosofia, Adriano Correia<sup>[1]</sup>, que a pensadora alemã nasceu em Hannover, 1906, e iniciou seus estudos acadêmicos na Universidade de Berlim, voltados para a teologia cristã. Em 1924 teve contato com o filósofo Martin Heidegger e com a Fenomenologia ao entrar na Universidade de Marburg. Em 1926 foi para Heidelberg, onde doutorou-se em 1929 escrevendo sobre teologia cristã, ainda.

A partir de então, Hannah envolveu-se com questões judaicas, especialmente com o Sionismo. Perseguida no período nazista, chegou a ser levada para campo de internamento; fugiu para Paris e, por fim, em 1941, mudou-se para os Estados Unidos da América, onde, depois de muitos anos, conseguiu naturalizar-se.

Interessante destacar que a produção da filósofa alemã é divisível em três fases distintas: uma primeira, que abarca o totalitarismo e o imperialismo, levando-a a obras como “As Origens do Totalitarismo” e “Eichmann em Jerusalém: um Relato sobre a Banalidade do Mal”. Após, passa por um período que enfatiza o estudo do homem, em que produziu o livro “A condição Humana”; por fim, passou por um período de reflexão que resultou nas obras como “Entre o Passado e o Futuro”, “Da Violência” e “Crises da República”<sup>[2]</sup>.

Destaca-se<sup>[3]</sup> ainda que a vivência de perseguição e sofrimento sob a égide nazista influenciaram diretamente as obras “As Origens do Totalitarismo”, (que equipara o stalinismo ao nazismo); e “Ideologia e Terror” (1953), uma espécie de continuação da primeira. “Eichmann em

Jerusalém: um Relato sobre a Banalidade do Mal” teve repercussão controversa e até negativa, inclusive entre grupos judaicos..

Na década de 1970, voltou-se à continuidade do tema da vida do espírito (que já constava em “A Condição Humana”, de 1958), mas falece em 1975 sem concluir o terceiro volume da obra. O livro “A condição humana” que toma-se por referência metodológica para o presente obra, destaca as influências judaicas, cristãs, fenomenológicas e marxistas de Arendt, feliz mistura que fez da autora uma grande pensadora do século XX.

Segundo a própria filósofa, não se almeja encontrar solitariamente a solução para os problemas da sociedade moderna. Isso, aliás, é impossível. Na verdade, a obra “trata-se de pensar o que estamos fazendo”<sup>[4]</sup>. Uma saudável reflexão em tempos de vivência autômata.

### **3 A CONDIÇÃO HUMANA**

A autora alemã propugna que o viver humano, aquilo que seria a *vita activa*, se manifesta sob três tipos de atividades, que se dividem em: a) ação, b) obra e c) trabalho.

Minunciosamente, agregando ponderações dos mais diversos e opostos pensadores da História humana, Hannah Arendt de certo modo didatiza uma apresentação panorâmica de como as civilizações ocidentais organizaram-se a partir do exercício da *vita activa*. “A Condição Humana” representa, portanto, uma ótica brilhante e lúcida sobre o caminhar da humanidade ocidental ao longo da História através da sobrevivência, do pertencimento ao mundo e da pluralidade.

E nesse trabalho, Hanna trabalha com conceitos essenciais para compreensão da relação atual do homem com o trabalho, conceitos estes que serão esmiuçados mais abaixo.

#### **3.1 A AÇÃO, A OBRA E O TRABALHO NA *VITA ACTIVA***

Não será possível entender o trabalhador moderno, incluindo o brasileiro, sem entender a as atividades da *vita activa*, a saber, a ação, a obra e o trabalho. Em outras palavras, destacar-se-á, sempre de modo concentrado e mais eficiente possível, os principais pontos da obra “A condição humana”, notadamente os conceitos e suas características correlatas, sem os quais não será possível entender a questão do empregado moderno.

Inicia-se com o mais básico de todo atuar humano - o trabalho . É tudo aquilo que se faz para a própria sobrevivência, relacionado aos processos biológico e metabólico vitais do corpo. O que condiciona o homem ao trabalho é a premência de manter a própria vida, a existência.

É, portanto, o que há de mais primitivo no homem a ser suprido – eis o homem enquanto animal laborans. Todo trabalho é efêmero, pois é feito e logo precisa ser repetido, numa roda-viva tendente ao infinito: é comer, banhar-se, fazer necessidades biológicas, dormir: enfim, é tudo aquilo que finda em si mesmo.

A obra, por sua vez, extrapola as atividades que servem à mera sobrevivência.

Ela é resultado do labor e da criatividade humanos, antinatural, pois trata da violência da transformação da natureza bruta em bem manufaturado (fabricado pela mão) pelo homem. A obra não é consumível; é concebida para ser usada e tem como marca a durabilidade, podendo ultrapassar a longevidade de seu criador.

A obra resulta do humano enquanto o homo faber, a criatura divina que é criadora de criações. Criações estas que nascem e existem no mundo, num mundo artificial de coisas que modificam o ambiente natural - na mundanidade (worldliness).

Aqui, como já deve ter sido possível perceber, a mundanidade é expressão empregada pela autora não no sentido comum que é dado ao termo em português corrente, como se fosse uma oposição ao “sagrado” e similar à “profanidade”.

Muito pelo contrário.

A atividade humana da criação da obra que ocupa lugar na mundanidade nada tem de profana. E a escritora desse artigo ousa avançar no sentido de acreditar que ocupar a mundanidade com a obra humana é parte da projeção do divino no homem.

É que a obra molda o mundo ao redor; é a obra-prima humana, concebida à imagem e semelhança da engenhosidade do homem, assim como Criador pôde moldar a obra-prima da criação à sua imagem e semelhança<sup>[5]</sup>.

Assim, as artes, os arranha-céus, o avião e as invenções, o remédio que cura um mal, uma casa – todas são obras que manifestam o poder



criador do homem, assim como a lua, as aves, as colinas e o mar manifestam o poder criador divinal.

Sem mais delongas, passa-se ao que a filósofa alemã destaca como ação.

Na hierarquia de atividades humanas, essa é, sem dúvida, a mais prestigiosa. Enquanto o trabalho e a obra são atuações próprias de uma esfera privada e constituem uma relação do homem com um objeto, a ação dá-se no domínio público, pela relação entre indivíduos, sem qualquer coisa ou obra como intermediário, senão os atos entre humanos.

Daí que a condição para a ação é a pluralidade, pois um alguém dialoga com, legisla sobre, cobra impostos de, julga, consola, conspira contra... outrem. Há aí, sempre, uma relação entre duas ou mais pessoas.

A ação é o diálogo, o gesto e toda atuação humana que se volta para interagir com os outros com objetivo de construir algo em pluralidade. É a vida da cidade e dos cidadãos. É fazer para a imortalidade. É a manifestação do homem que atua na polis, como ocorria entre os gregos e, principalmente, entre os romanos.

Mas como desenvolveram-se essas atividades ao longo da história humana ocidental? Essa pergunta será o mote do próximo ponto a ser abordado.

### 3.2 VITA ACTIVA NA HISTÓRIA OCIDENTAL

Explicando detidamente em que consiste cada elemento da *vita activa* [6], a escritora demonstra como a organização em níveis sociais, justificadas pelas ideias vigentes em cada período histórico, contribuíram para (des)privilegiar uma ou outra atividade da *vita activa* [7]

Gregos e romanos empregavam escravos para exercerem as funções do trabalho, que eram tidas como mais desprezíveis, pois repetitivas e consumíveis, enquanto a obra ocupava um prestígio variável a depender de que ramo tratava.

A mais importante atividade, própria apenas para o homem, adulto e cidadão, era o de poder participar da política pela ação. O grau de importância pré-cristã de cada atividade muito se vinculava à própria durabilidade, pois a perenidade de uma obra e imortalidade da ação demonstravam o prestígio do feito de seus exercentes.

O Cristianismo, porém, alastrou-se de modo avassalador sobre o já decadente sistema romano e introduziu revolucionárias ideias à tradição

romana até então em voga: valorizou a vida como uma possibilidade eterna e como dom supremo dado por Deus único e universal, além de relacional e redentor.

Através da visão central da fé e da salvação como dons, ao fim e ao cabo, individuais, minou-se, pouco a pouco, o prestígio da ação através das realizações plurais na polis, visando algum tipo de imortalidade terrena memorial.

De fato, a imortalidade possível por meio de feitos grandiosos dos cidadãos é substituída pela importância da ligação transcendental do indivíduo na filiação com o Todo-Poderoso, em que as castas sociais pouco importam, já que todas as pessoas são, diante de Deus, igualmente importantes[8].

Destaca-se, a essa altura, a superação do império romano e a entrada no período medieval, em que a teologia católica subjuga a vida activa pela valoração da vida contemplativa. A efemeridade da vida terrena aponta que os cristãos estão na Terra de passagem, peregrinando para uma pátria superior e eterna[9], rumo à cidadania celeste.

A consequência da interpretação milenar católica das assertivas bíblicas foi, logo, de que a política e os feitos na Terra não são importantes. O ideal de vida contemplativa[10], sozinha e silenciosa, abriu caminho para a exaltação da inação, desembarançando-se das coisas dessa vida. Assim, houve, conseqüentemente, a preterição da ação e da obra – e da visão do trabalho como uma punição divina pelo pecado original, sendo um mal necessário.

Findo o Medievo e iniciada a Era Moderna, a humanidade depara-se com um rio de novidades. Surge uma nova fé (a partir da reforma protestante), novas descobertas, novos continentes, novos métodos, novos materiais, novas formas de obter energia. O Iluminismo traz o homem para o centro de todas as coisas – o antropocentrismo.

Abre-se espaço, novamente, para a reavaliação da vida activa. Sobretudo pela obra e pelo trabalho, a era das invenções e das descobertas abre espaço para um evento divisor de águas – a Revolução Industrial.

A Revolução Industrial é um fenômeno que aumenta em progressão geométrica a produção em escala de bens, tornando-os mais acessíveis. Porém, o artífice livre e independente (homo faber), que domina o modo de

produção e detém suas ferramentas, perde espaço para a indústria de massa que, por sua vez, contrata operários que não precisam dominar a técnica de fabricar (ao invés daqueles artistas ou artesãos). Esses trabalhadores apenas precisam subordinar-se às ordens emanadas. Os empregados exercem atividades fracionadas em linhas de produção, com as ferramentas que pertencem ao empregador.

Sem conhecimento e sem ferramentas próprias, o trabalhador vive no epicentro do capitalismo, ignorando o que esteja, de fato, produzindo e isolado do pertencimento a qualquer grupo.

Verifica-se a expropriação de tudo que cerca o indivíduo ao longo dos séculos: a proteção greco-romana da família e da cidade; expropriação da terra para viver e laborar e, por fim, a expropriação da técnica do obreiro e de suas próprias ferramentas.

Surge o humano que não faz ação ou obra, alijado que está da pluralidade da polis e do pertencimento à mundanidade. Agora, restou-lhe tão somente o trabalho, já que só tem sua energia do corpo para vender – troca ele o seu processo metabólico corporal que resulta em energia vital por um salário para sobreviver.

Segue-se, pois, a seguinte lógica: o trabalho biometabólico - comer, excretar, manter-se limpo, dormir, beber etc. serão atividades que, agora, segundo a visão arendtiana, objetiva tão-somente produzir a energia para a finalidade de vendê-la em troca de salário!

E isso é feito sem muitas reflexões. Pois vende-se a energia em troca do salário e este prontamente será usado para consumir elementos necessários (e também supérfluos) à manutenção do ciclo. Tudo com o fim de sobreviver e novamente vender a energia do corpo em troca do salário!

Em resumo, esse é o ciclo de vida do animal laborans, aspecto da vita activa em que está inserida a maioria dos trabalhadores, no momento posterior à Revolução Industrial.

O século XIX e XX, portanto, transformam-se na era da massa de empregados que, em seu tempo livre, são consumidores, e consomem seus salários para novamente vender sua energia. São trabalhadores-consumidores.

Já não tem ação na cidade pois não há animal político; não se produz obra porque quase extinguiram o homo faber. Todos empregados trabalham em massa para consumirem em massa, em um ciclo

aparentemente sem fim. E os trabalhos voltados à sobrevivência, antes de aspecto eminentemente privado, ocupa o lugar do público. Eis a vitória do animal laborans.

Tudo isso, porém, impensável num período romano, só foi alcançado através da ideologia da superioridade do trabalho, após um longo processo de despertencimento. É o que se abordará no tópico a seguir

### 3.3 SOBRE O EMPREGADO MODERNO: O DESPERTENCIMENTO E A IDEIA DE SUPERIORIDADE DO “TRABALHO”

O homem moderno é caracterizado pelo despertencimento[11]. Ele não pertence à família, à *polis*, ao clã, ao feudo ou a uma corporação. A decadência da religião tirou-lhe a esperança de pertencimento a uma filiação divina e a uma pátria celeste. Também já não pertence à mundanidade, pois ele já não usufrui a obra de suas mãos. Perdido, sem um lastro, o homem moderno não tem um sentido de vida que o transcenda. E não tendo algo maior pelo qual viver, trabalha para consumir, consome para viver e vive para trabalhar.

E assim, a Modernidade inverteu a hierarquia da *vita activa* com o triunfo da mera sobrevivência individual consumista, revestida no manto utilitarista[12] da felicidade universal, ilusão inalcançável[13].

Pela primeira vez na História, quase reduziu-se a atividade humana ao denominador comum de assegurar as coisas necessárias à vida[14], já que vige o retroalimentável trinômio: vida-trabalho-consumo.

E a humanidade chegou a esse resultado porque o capitalismo moderno apoiou-se economicamente na divisão do trabalho para abundar a produtividade e, ideologicamente, introjetou ao paradigma ocidental a crença na superioridade do trabalho. Sim, na superioridade do trabalho no sentido arendtiano, que é voltado para a sobrevivência.

Sem descambar para o marxismo ou qualquer outra opção de teoria para confronto com o capitalismo, nem esgotar as crenças arraigadas do Modernismo que prevalecem até que se estabeleça um paradigma pós-moderno[15] (objetivos esses que extrapolariam o fim desejado para o presente trabalho), deseja-se passar em revista, ainda que brevemente, os fundamentos que moldaram sociedade arenditiana de empregados que acreditam na superioridade e suficiência do trabalho – essa sociedade que possivelmente inclui você, prezado leitor, que vende a sua força de trabalho em troca de um soldo mensal.

Pois bem.

Lembre-se dos eventos que formaram a Modernidade e já foram objeto de comentários no tópico três deste artigo: novidades tecnológicas, religiosas, inventivas, geográficas, metódicas dos séculos XVI, XVII e XVIII.

Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, os séculos XVII e XVIII levam os pensadores modernos a estimularem a tolerância religiosa e a liberdade privada (Grócio, Locke). O capitalismo expande-se pelo uso das trocas, destacando os grandes comerciantes dos pequenos produtores. O mercado desenvolvido conhece mais do que nunca a autonomia da vontade e a individualização do contrato (Pufendorf, Domat, Pothier)[16]. Nesse contexto individualista nasce o Jusnaturalismo, com o surgimento, outrossim, de uma nova antropologia:

opondo-se ao homem animal político da tradição aristotélica, e ao conceito organicista da sociedade da civilização corporativa da Baixa Idade Média, o individualismo impõe-se pouco a pouco. A sociedade passa gradativamente a ser encarada como a soma de indivíduos isolados (...) O comunitarismo clássico e a natural sociabilidade dos homens já não são mais os pressupostos da filosofia política e jurídica[17]

Está aí, pois, exposta a transformação social histórica que molda o trabalhador moderno. O animal político, plural, foi rebaixado e a coletividade abandonada. O individual, em tudo, passa a ser presente: no mercado, no contrato, no direito, na política. Some pouco a pouco a relevância do homem enquanto animal político (que exerce a ação arendtiana) e destaca-se aquele que faz a riqueza das nações[18], através do incremento da produção: o animal laborans.

O animal político não tem prazer em despender tempo com as atividades vitais no ciclo sem fim da construção e do consumo com o fito da mera existência. Mas, se as pessoas passam a acreditar na exaltação do trabalho em cada humano, da posição privilegiada dessa atividade em detrimento das outras, então ter-se-á a mão de obra que, engrenada na indústria, fará parte da divisão do trabalho e aumentará a produção para o consumo.



Assim, repete-se à exaustão e de várias maneiras a ideia de que a dignificação do ser humano está no trabalho, até que ele se transforme na crença que move a ideologia na Modernidade.

#### 3.4 .O ANIMAL LABORANS NO BRASIL: FORMAÇÃO DO SISTEMA TRINÔMICO E DA SOCIEDADE DE EMPREGADOS-CONSUMIDORES

O Brasil, naturalmente, não está de fora do sistema capitalista industrial da era Moderna. Segundo Antônio Carlos Wolkmer,

(...) No percurso de um longo processo de colonização portuguesa consolidou-se a singularidade de uma cultura jurídica que reproduziu historicamente as condições contraditórias da retórica formalista liberal e do conservadorismo de práticas burgueso-patrimonialistas(...) [19]

Assim, as ondas do capitalismo moderno europeu chegaram ao Brasil. Fizeram-no, porém, com algum atraso em relação às metrópoles europeias, dadas às privações que o Brasil sofreu em termos de liberdade econômica por sua condição de colônia.

O voltar-se para qualquer movimento protoindustrial só foi realidade para essas bandas quando se deu um tímido sinal de mudança, com a abertura dos portos às nações amigas, após a chegada da família imperial para o Brasil em 1808, fugida da expansão napoleônica. Depois, libertação de Portugal através da independência de 1822, culminada com a República, deram ao País a autonomia para traçar suas diretrizes econômicas e políticas.

Como era de se esperar, a Constituição de 1891 deteve-se a apresentar arcabouço ideológico próprio de uma democracia republicana burguesa e formal, formulada a partir dos “princípios do clássico liberalismo individualista[20]”.

Ou seja, escolheu-se acolher tudo o que até então a Europa teve a oferecer de ideologia liberal e individualista. O Brasil do fim do século XIX ainda era um país agrário, com uma indústria engatinhante em seu desenvolvimento e não tinha passado por todas as etapas históricas de confronto de ideias e de guerras que amadureceram o Velho Continente. Simplesmente importou o “pacote” pronto.

Destarte, o País tornou-se uma espécie de criança vestida em trajes de adulto. Sem tempo de maturação e reflexão, mas numa intensa corrida

para industrializar-se e ficar mais parecido com os antigos exploradores, o Brasil entra para o meio industrial, com grande êxodo rural em meados do século XX, sem ter estrutura política e econômica solidificada e quase nenhuma consciência de classe entre os trabalhadores.

Nesse sentido, destaca-se que contexto em que Hannah Arendt refletiu e escreveu foi um pouco diferente do brasileiro nesse ponto (talvez menos grave), mesmo quando se fala de uma sociedade de empregados-consumidores que exaltam o trabalho como meio e fim de suas vidas.

Ela escreveu a partir da realidade que conheceu - a europeia e a americana. Nesses locais, embora predominando a estrutura trinômica já muito repetida, houve algum tempo hábil para que exploração dos trabalhadores-consumidores, embora bastante difundida, pudesse ser pontualmente objeto de contestação por eles mesmos, incluindo a resistência por através de associações e sindicatos, a fim de lutar pela melhoria da qualidade de trabalho e de vida. Ainda vivendo para o trabalho, a ação, latente em cada homem e mulher, conseguiu voltar a manifestar-se, mesmo que setorialmente.

No Brasil, porém, a história é um pouco diferente.

A influência da imigração europeia no País, sobretudo italiana, no século XIX (inicialmente rural e depois urbana), até despertou questionamentos acerca de quanto o ser humano devia ser um domesticado animal laborans.

Todavia, o Brasil, era imaturo enquanto nação em sua autonomia econômica e política e tinha uma incipiente e frágil organização coletiva de empregados. Nesse contexto, com setores sociais dominantes muito interessados na exploração da energia vital do empregado, aos brasileiros foi concedida de pronto um “presente” para manter os ânimos acalmados - a festejada Consolidação das Leis do Trabalho.

A Consolidação trouxe muita coisa boa aos trabalhadores, de fato; porém, trouxe a reboque uma organização sindical engessada, inspirada no Corporativismo italiano criada, controlada e sustentada para e pelo Estado. Assim, numa “canetada”, os sindicatos passaram a existir legalmente no Brasil mas sem espaço para movimentar-se. Destarte, a consciência de classe do trabalhador pouco avançou desde então e ficou adstrita a alguns arroubos históricos ou setoriais. E assim se formou a

sociedade de empregados e de consumidores brasileiros que é encontrada até a atualidade..

Basta ver os dados da última Pesquisa por Amostra de Domicílios (PNAD) realizada pelo IBGE em 2015. Do total de obreiros (agrícolas e não-agrícolas), 76,9% disseram-se satisfeitos ou muito satisfeitos com as condições de trabalho encontradas diante do que foi previamente acordado[21]. Entretanto, o país permanece com Índice de Desenvolvimento Humano estagnado desde 2014, sendo o 79º colocado de 188 países[22].

Difícil concluir, depois de todo o histórico apontado, que os trabalhadores estão muito satisfeitos porque, conscientes do seu papel na sociedade e na polis, vivam em plenitude a *vita activa*[23].

E foi assim que se moldou o homem trabalhador-consumidor como um sinônimo de animal laborans no Brasil – possivelmente de modo mais confortável que na própria Europa que Arendt testemunhou.

Agora, passa-se a pensar na formação do valor desse trabalhador não só na história brasileira, mas no direito pátrio... pode ele aceitar a tarifação de indenização diante de afronta à personalidade humana? Para tentar responder essa pergunta, passa-se à responsabilidade civil.

#### **4 CONCLUSÕES**

O que se pode concluir com todas as ilações até então traçadas é que:

a) A *vita activa* humana é dividida em trabalho, ação e obra, sendo que o trabalho foi tido por desprezível na Antiguidade, minorado na idade média e exaltado numa cultura capitalista interessada em trabalhadores-consumidores.

b) que essa ideologia posterior À Revolução Industrial foi importada para o Brasil sem o devido amadurecimento histórico, gerando a situação de aparelhamento do Estado para com as organizações coletivas e impedindo um saudável desenvolvimento e questionamento por parte dos trabalhadores acerca de como conduz a *vita activa*.

#### **REFERÊNCIAS:**

ARENDRT. Hanna. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. Rev. e apres. Adriano Correia. 13. ed. rev. Rio de Janeiro, Forese universitária, 2016

BÍBLIA SAGRADA. Gênesis 1:27; Hebreus 11:8-16; Romanos 8:18.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE PESQUISA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: sínteses de indicadores 2015**. Coordenação de Trabalho e Rendimento: Rio de Janeiro, 2016, Disponível em :. Acesso em 04 set. 2017.

BRASIL, Luciano Gomes. **O tema do despertencimento a partir de uma fala de Heidegger..** Disponível em: . Acesso em 04 set. 2017

CORREIA. Adriano. Hannah Arendt. **Revista Ética & Filosofia Política**. Volume 9, Número 1, junho/2006.. Disponível em: [http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/03/9\\_2\\_adriano.pdf.pdf](http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/03/9_2_adriano.pdf.pdf), Acesso: 4 set. 2017

FIORATI. Jete Jane Fiorati Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999 , p.53-54, Disponível em :<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/475/r142-07.PDF?sequence=4>. Acesso: 4 set. 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na Historia: lições introdutórias**. 5ª ed. São Paulo,: Atlas, 2014.

MILL, Stuart John. **El Utilitarismo**. Disponível em : . Acesso em: 04 set. 2017.

NAÇÕES UNIDAS. PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Relatório do PNUD destaca grupos sociais que não se beneficiam do desenvolvimento humano. 21 de marco de 2017**. Disponível em: Acesso em 04 set. 2017

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil..** 9ª.ed. eev e atual. Rio de Jnaeiro: Forense.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez,2008.

SMITH, Adam. **Riqueza das Nações**: investigação sobre sua natureza e sua causas. Volume I. Trad. Luis João Baraúna. Nova Cultural: São Paulo. 1996, p. 66. (Obra digitalizada). Disponível em . Acesso em 4 set. 2017.

#### NOTAS:

[1] CORREIA. Adriano. Hannah Arendt. **Revista Ética & Filosofia Política**(Volume 9, Número 1, junho/2006), p.1-2 . Disponível em: [http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/03/9\\_2\\_adriano.pdf.pdf](http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/03/9_2_adriano.pdf.pdf),

[2] FIORATI. Jete Jane Fiorati Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999 , p.53-54, Disponível em :<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/475/r142-07.PDF?sequence=4>. Acesso: 4 set. 2017.

[3] CORREIA. Adriano. **Revista Ética & Filosofia Política** (Volume 9, Número 1, junho/2006) “Hannah Arendt (1906-1975) “Adriano Correia . [http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/03/9\\_2\\_adriano.pdf.pdf](http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/03/9_2_adriano.pdf.pdf), p.1-2

[4] ARENDT. Hanna. **A condição Humana**. Rev. e apres. Adriano Correia, 13ªed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária; 2016. p.6

[5] Bíblia Sagrada - Gênesis 1:27

[6] ARENDT. Hanna. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. Rev. e apres. Adriano Correia. 13. ed. rev. Rio de Janeiro, Forense universitária, 2016. p 9-26.

[7] Como desejou-se trazer uma visão total da obra em análise, não é possível indicar página a página o conteúdo de cada trecho, pois sintetizou-se centenas de páginas em um só parágrafo. Destarte, sem fugir do ônus de apresentar em que parte do livro encontra-se cada ideia, far-se-á sempre que possível, a partir da especialidade do pensamento.

[8] O Apóstolo dos gentios (não-judeus), Paulo de Tarso, é claro ao declarar que para o Cristianismo já não importava se alguém era grego ou judeu, mulher ou homem, escravo ou livre (Bíblia Sagrada, Carta aos Gálatas 3:28) – uma declaração muito ousada nas sociedades greco-romana e judaica, apegadas e orgulhosas de sua divisão e exclusão social.

[9] Bíblia Sagrada. Hebreus 11:8-16; Romanos 8:18;

[10] Segundo Harendt, Aristóteles já traçava em seu pensamento que o ato voluntário e individual para buscar a virtude – o Bem - desencadeava a felicidade, porém esta só se completa na cidade, no coletivo, na ação entre os homens. Escolas Helenísticas apontaram a individualidade ao pensar



no indivíduo-fora-do-mundo. O cristianismo trabalha com este conceito transcendentalizando a individualidade filial entre o homem e Deus. É a individualidade absoluta. Em Santo Agostinho, a vida ativa não é mais a política e deve ser submetida (mas não estirpada) da vida contemplativa.

[11] Arendt foi diretamente influenciada pelo pensamento heideggeriano, o que permite verificar interseções em seus trabalhos. Quanto ao despertamento, embora não seja terminologia adotada necessariamente por Hannah ou Heidegger, é, porém, comum no pensamento de ambos quando se olha para a relação do humano com a modernidade e o vazio de sentido que é causado pela inconstância. Nesse sentido, Luis Gomes Brazil, mestrando pela UFRJ, esclareceu o pensamento de Heidegger com as seguintes palavras: *“É bem verdade então que o que Heidegger se atenta em mostrar com relação ao futuro é o esfacelamento do lar (...) [que] se dá na medida em que a comunidade global conquista o chamado avanço tecnológico. Nesta instância de avanço do aparato tecnológico, a cultura se encontra em um estado de constante impermanência, atraído sempre pela mesma possibilidade de o mais novo superar o novo tecnicamente”*. BRASIL, Luciano Gomes. **O tema do despertamento a partir de uma fala de Heidegger.. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/ltaca/article/view/191/182>>**. Acesso em 04 set. 2017

[12] O Utilitarismo foi uma teoria que teve como grandes representantes Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Este último explicita o Utilitarismo nos seguintes termos: *“credo que acepta la Utilidad o Principio de la Mayor Felicidad como fundamento de la moral, sostiene que las acciones son justas en la proporción con que tienden a promover la felicidad; e injustas en cuanto tienden a producir lo contrario de la felicidad. Se entiende por felicidad el placer, y la usencia de dolor; por infelicidad, el dolor y la ausencia de placer.”*. (MILL, Stuart John. **El Utilitarismo**. Disponível em : <<https://pt.scribd.com/doc/6903845/John-Stuart-Mill-El-Utilitarismo>>. Acesso em: 04 set. 2017). Embora ele defenda que o Princípio da Maior Felicidade objetiva, ao fim, a busca da felicidade de todos, fica claro que o encontro da tal felicidade é um empreendimento e compromisso individual.

[13] ARENDT. *Ibidem*, p.157, 311-317.

[14] ARENDT, *Idem*, p.156- 167. A ideologia, como um conjunto de ideias ou crenças aceitas socialmente que conforma um paradigma dominante naquele dado grupo social, sempre estará presente.

[15] Pontua Boaventura de Sousa Santos defensor otimista do novo paradigma emergente, que *“Nenhum de nós pode neste momento visualizar projectos concretos de investigação que correspondam inteiramente ao paradigma emergente que aqui delineeii. E isso é assim precisamente por estarmos numa fase de transição”*(**Um discurso sobre**

**as ciências.** 5. ed. São Paulo: Cortez,2008, p.90.). Enquanto passamos pela crise paradigmática, ainda persistem os modelos concedidos pela Modernidade, mesmo que com novas roupagens no andar do tempo.

[16] LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições introdutórias.** 5ª ed. São Paulo,: Atlas, 2014 ,p; 167-170.

[17] Idem, p.170

[18] Já apregoava o clássico economista Adam Smith os benefícios da divisão do trabalho: *“A divisão do trabalho, na medida em que pode ser introduzida, gera, em cada ofício, um aumento proporcional das forças produtivas do trabalho. A diferenciação das ocupações e empregos parece haver-se efetuado em decorrência dessa vantagem. Essa diferenciação, aliás, geralmente atinge o máximo nos países que se caracterizam pelo mais alto grau da evolução, no tocante ao trabalho e aprimoramento; o que, em uma sociedade em estágio primitivo, é o trabalho de uma única pessoa, é o de várias em uma sociedade mais evoluída”.* (**A Riqueza das Nações:** investigação sobre sua natureza e suas causas. Volume I. Trad.Luis João Baraúna. Nova Cultural: São Paulo. 1996, p. 66. (Obra digitalizada). Disponível em . Acesso em 4 set. 2017.

[19] WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil..** 9ª.ed. eev e atual. Rio de Janeiro: Forense 2015, p.121.

[20] Idem, p.125

[21] BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE PESQUISA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: sínteses de indicadores 2015.** Coordenação de Trabalho e Rendimento: Rio de Janeiro, 2016, p.33. Disponível em :<<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf>>. Acesso em 04 set. 2017

[22] Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório do PNUD destaca grupos sociais que não se beneficiam do desenvolvimento humano. 21 de marco de 2017.** Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2017/03/21/relat-rio-do-pnud-destaca-grupos-sociais-que-n-o-se-beneficiam-do-desenvolvimento-humano.htm>> Acesso em 04 set. 2017

[23] Apenas para complementar o tópico, interessante ver que, quando se fala em sindicalização, sinal de algum movimento concreto em direção a um modo de manifestar **ação**, baixa é a adesão no Brasil; em 2015, menos de um quinto dos trabalhadores eram sindicalizados (19,5%). Os não associados, por sua vez, não se filiam porque não sabem que sindicato o representa (26,4%), falta-lhes serviços de interesse (23,6%) ou falta representatividade da entidade (16,6%). Mais um dado que comprova que

a consciência de classe no Brasil é baixa. BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE PESQUISA E ESTATÍSTICA. *Ibidem*, p.62

## **A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FEDERAL N. 9.055/95 E O BANIMENTO DO AMIANTO: UMA EXIGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO**

**TATIANA COSTA DE FIGUEIREDO AMORMINO:**  
Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes.

**Resumo:** O presente artigo tem por problemática aferir a constitucionalidade do art. 2º da Lei Federal n. 9.055/95, à luz do princípio da precaução, tendo em vista que referido dispositivo permite a extração e a comercialização do amianto crisotila, desde que de forma controlada. Dessa forma, este estudo intenta contribuir para a discussão da questão, sobretudo em razão de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido da constitucionalidade de Leis Estaduais com previsão de banimento do amianto e declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal n. 9.055/95.

**Palavras-Chaves:** Amianto. Controle de Constitucionalidade. Princípio da precaução.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. 3. O amianto crisotila. 4. A necessidade de banimento do amianto crisotila. 5. O princípio da precaução. 6. A inconstitucionalidade da Lei Federal n. 9.055/95

---

### **1 Introdução**

O Supremo Tribunal Federal (STF), em decisões proferidas no segundo semestre de 2017, pronunciou a constitucionalidade de Leis Estaduais com previsão de banimento do amianto, especialmente, do amianto crisotila ou amianto branco e a inconstitucionalidade incidental do art. 2º da Lei Federal n. 9.055/95. O princípio do Direito Ambiental da precaução, previsto no princípio 15 da Declaração do Rio de 1992, foi invocado nas decisões do STF.

O presente artigo tem por objetivo analisar a necessidade do banimento do amianto crisotila ou amianto branco à luz do referido princípio, especialmente em razão da violação ao direito ao meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado e à saúde física e mental dos trabalhadores que mantêm contato com a substância (arts. 6º, 200, VIII, e 225 da Constituição da República Federativa do Brasil).

## **2 Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe, no art. 225, *caput*, que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”;

O fato de o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não ter sido elencado expressamente no capítulo referente aos direitos fundamentais, conforme Daniela Vasconcelos Gomes, “não altera em nada a sua fudamentalidade, pois tal caracterização não se dá de maneira simplesmente formal, e sim em razão de seu conteúdo.”<sup>[1]</sup>

Tal direito não deve ser vislumbrado em uma concepção reducionista, vinculado apenas à proteção dos recursos naturais. Ao contrário, deve ser, nas palavras de Roxana Cardoso Brasileiro Gomes, “entendido como mais um estágio na evolução dos direitos, um nível mais alto de valorização da pessoa, traduzido como dignidade humana”<sup>[2]</sup>.

Nesse teor, a proteção ambiental deve ser entendida, como ensina José Afonso da Silva, compreendendo a “preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico”<sup>[3]</sup>, de forma que é um meio indispensável à concretização de direitos fundamentais, como a vida, a saúde e o bem-estar.

Nesse contexto, o meio ambiente compreende, dentre as suas vertentes, o meio ambiente do trabalho (arts. 225 e 200, VIII da CRFB). O direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado e à saúde mental e física



do trabalhador são indisponíveis e integram o núcleo mínimo do trabalho decente, impondo a minimização dos riscos ambientais (princípios da prevenção e precaução), pela observância de normas de saúde e segurança, com cumprimento pelo empregador de medidas coletivas e individuais protetivas à integridade física e psíquica do trabalhador.

O respeito a referido direito por parte do empregador decorre da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ("drittwirkung") de dimensão objetiva (art. 5º, §1º, da CR, Opinião Consultiva 18/2003 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, RE 158.215 RS, RE 161.243 DF, RE 201.819-8 RJ), como exigência da harmonização dos princípios da ordem econômica com os direitos fundamentais decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, eixo axiológico da Carta de 1988 (arts. 1º, III e IV, 6º, 170, 193, 196, 200, VIII, 225 da CR; 154 e ss. CLT; art. 19, §1º, Lei 8.213/91 e Lei 6.938/81; NRs do MT).

### **3 O amianto crisotila**

O amianto é uma fibra encontrada no meio ambiente e tem como características a resistência, a durabilidade, a incombustibilidade, tendo, por isso, grande utilização prática. Diversos setores da economia utilizam o amianto, como na fabricação de cimento, telhas, produtos têxteis, isolantes térmicos, peças automotivas e roupas resistentes ao fogo.

O problema não está no contato direto com o amianto, mas na inalação das fibras de amianto, podendo ser apontadas diversas patologias relacionadas à exposição à substância, como asbestose, fibrose pulmonar progressiva, placas pleurais, câncer de pulmão, de laringe e de peritônio, mesotelioma de pleura, além de transtornos depressivos advindos desse processo de adoecimento.

As patologias decorrentes do amianto não se manifestam imediatamente, havendo período de latência. Por isso, a NR 15 do Ministério do Trabalho, no Anexo 12, prevê um controle da saúde de trabalhadores, ainda que findo o contato com o amianto, por pelo menos 30 anos.

A legislação previdenciária (Decreto n. 3.048/99) reconhece o nexo de causalidade entre exposição ocupacional ao amianto e neoplasia, asbestose e mesoteliomas.

A Organização Mundial da Saúde<sup>[4]</sup> aponta que cerca de 125 milhões de pessoas se encontram em exposição ocupacional ao amianto e 90 mil mortes ano por câncer de pulmão.

A proximidade da extração ou fabricação das peças acarreta na exposição de toda uma comunidade, bem como de consumidores, pois há o risco do descarte das peças com amianto, que são jogadas no lixo e quando quebradas ou esmagadas liberam fibras.

O Dossiê Amianto Brasil<sup>[5]</sup> aponta que não somente os homens que trabalham com o amianto são expostos às doenças. As mulheres desses trabalhadores também podem ser contaminadas, mesmo sem terem contato com o local de trabalho, pois a exposição doméstica indireta, em decorrência de atividades como a de lavar roupa de trabalhador que teve contato com o produto, pode trazer prejuízos à saúde dos familiares.

Trata-se, assim, não apenas de um problema ambiental, mas também de saúde pública.

#### **4 A necessidade de banimento do amianto crisotila**

A Lei Federal n. 9.055/95 permitiu a extração e a comercialização do amianto crisotila (arts. 2º e 3º), desde que de forma controlada, o que, em tese, para os que defendem a utilização comercial do amianto, não acarretaria maiores danos aos trabalhadores.

Nesse teor, argumenta-se que não existem provas científicas da nocividade do amianto crisotila, de forma que o banimento acarretaria violação ao direito à propriedade (art. 5, XXII, da CRFB), com ameaça de perda de empregos e receita ao Estado.

Dessa forma, o uso controlado na forma permitida em lei e com observância dos limites de tolerância, obrigações e disposições sobre o

controle da saúde do trabalho, impostos no Anexo 12 da NR 15 do Ministério do Trabalho, deveria ser tolerado.

Todavia, há significativa literatura médica nacional e internacional com comprovações científicas da inexistência de níveis seguros de exposição humana ao amianto e, ademais, a própria Lei Federal afirma, no parágrafo único, do art. 2º em “fibras naturais e artificiais **as comprovadamente nocivas à saúde humana**” (negrito acrescido).

O Brasil ratificou a Convenção 162 da OIT, que, nos arts. 9º e 10, impõe a necessidade de substituição progressiva do amianto por outras substâncias alternativas já existentes, tais quais o filamento vitroso contínuo e a lã de vidro, prevendo a Recomendação 172 da OIT o uso controlado da substância.

De acordo com a OMS<sup>[6]</sup>, não existem níveis seguros de exposição humana ao amianto crisotila ou amianto branco, espécie do amianto, razão pela qual mais de sessenta países em todo o mundo, incluindo os países da União Europeia e o Japão, já aboliram o seu uso.

De acordo com a Convenção 139 da OIT (art. 2º)<sup>[7]</sup>, membros da OIT devem procurar formas de substituir substâncias e agentes cancerígenos:

Art. 2 — 1. Todo Membro que ratifique a presente Convenção deverá procurar de todas as formas substituir as substâncias e agentes cancerígenos a que possam estar expostos os trabalhadores durante seu trabalho por substâncias ou agentes não cancerígenos ou por substâncias ou agentes menos nocivos. Na escolha das substâncias ou agentes de substituição deve-se levar em conta suas propriedades cancerígenas, tóxicas e outras.

2. O número de trabalhadores expostos às substâncias ou agentes cancerígenos e a duração e

os níveis dessa exposição devem ser reduzidos ao mínimo compatível com a segurança.

Por sua vez, a Convenção 155 da OIT, no art. 4º<sup>[8]</sup>, estabelece a obrigatoriedade dos Estado-Membros em adotar política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e MAT:

Art. 4 — 1. Todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho.

2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio-ambiente de trabalho.

## **5 O Princípio da Precaução**

Risco pode ser definido como “probabilidade de perigo ou ameaça para o homem e /ou para o meio ambiente”<sup>[9]</sup>. As inovações tecnológicas, a massificação da produção industrial passaram a criar e a expor as pessoas a riscos antes não concebidos pelos operadores do Direito.

O princípio da precaução, de origem alemã, exige que eliminemos os possíveis impactos danosos ao meio ambiente antes de sua concretização ou evidência científica absoluta. O princípio da precaução pode ser identificado, implicitamente, no disposto no art. 225, da Constituição da República de 1988. Ademais, é previsto expressamente no Princípio 15 da Declaração do Rio (ECO/92).

Ou seja, se determinado empreendimento puder causar danos ambientais sérios ou irreversíveis, contudo inexistente certeza científica quanto aos efetivos danos e a sua extensão, mas há base científica razoável fundada em juízo de probabilidade não remoto da sua potencial ocorrência, o empreendedor deverá ser compelido a adotar medidas de precaução para elidir ou reduzir os riscos ambientais para a população.<sup>[10]</sup>

A política ambiental brasileira privilegiou a prevenção dos danos. Nosso país conta com uma legislação moderna, mais avançada do que a de muitos países ditos do primeiro mundo. Atualmente, contamos com muitos instrumentos administrativos voltados para a prevenção do dano ambiental.

Um bom exemplo da aplicação do Princípio da Precaução no âmbito ambiental administrativo é o procedimento de avaliação de riscos relativamente a atividades que envolvam Organismos Geneticamente Modificados instituído pela Lei nº 11.105 de 2005.

Por outro lado, devemos considerar que todo e qualquer decisão envolve a assunção de um risco. Da mesma forma, é impossível conceber a vida moderna, com todos os benefícios que ela nos proporciona, sem qualquer interferência no meio natural.

Diante do princípio da precaução, ainda que se pudesse entender questionáveis os danos causados pelo contato com o amianto, ante a dúvida, deve-se aplicar a lógica do *in dubio pro ambiente*, corolário desse princípio regente do direito ambiental, incluindo o meio ambiente do trabalho.

Ademais, os direitos à saúde (art. 6º e 196 da CRFB), ao meio ambiente equilibrado (art. 225 da CRFB), à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho (art. 1º, III e IV da CRFB) e à função social da propriedade (art. 5º, XXIII da CRFB) prevalecem à luz do subfiltro da necessidade, em contraponto ao direito à livre iniciativa, pois há várias alternativas ao uso do amianto, como a escória gerada nos altos-fornos



das indústrias siderúrgicas durante a produção de fibras cerâmicas, bem como compostos de fibras sintéticas inspiradas nas fibras de bambu ou fibras de eucalipto, substituições que não implicam ônus excessivo.

## **6 A Inconstitucionalidade da Lei Federal n. 9.055/95**

No dia 24 de agosto de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF)[11], no julgamento histórico da ADI 4066, proposta pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), com objetivo de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal n. 9.055/95, pronunciou-se, por maioria, pela procedência da ação, mas não declarou a inconstitucionalidade por falta de quórum (art. 97 da CRFB). A Procuradoria Geral da República[12] (PGR) havia se posicionado a favor do pedido de inconstitucionalidade da Lei 9.055/95.

Assim, não houve a pronúncia solene da inconstitucionalidade, razão pela qual não foi o dispositivo expurgado do ordenamento jurídico.

Em seguida, o STF julgou a ADI 3937, cujo objeto é a lei estadual nº 12.687/2007 do estado de São Paulo, que proibia, no estado, a exploração comercial do asbesto branco. Nesse caso, por seis votos, houve declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal n. 9.055/95, concluindo-se pela improcedência da ação direta e declarada a constitucionalidade da lei estadual.

Na referida ADI 3937, questionava-se, diante de lei federal permissiva, a proibição em lei estadual, uma vez que, no âmbito da competência concorrente, em razão da existência de normas gerais da União, a competência dos Estados é apenas suplementar (art. 24, §§1º, 2º e 3º da CRFB/88).

Em decorrência da declaração incidental da inconstitucionalidade da Lei Federal n. 9.055/95, o STF concluiu pela inexistência de impedimento para o estado de São Paulo legislar, considerando que não havia norma federal regulamentando o assunto.

O Supremo, em novo julgamento, em 29 de novembro de 2017<sup>[13]</sup>, desta vez das ADIs 3406 e 3470, propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI) contra a Lei n. 3.579/2001, do estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a substituição progressiva dos produtos contendo a variedade asbesto (amianto branco), reafirmou a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal n. 9.055/95, com pronúncia de efeito vinculante e *erga omnes* à decisão.

O princípio da precaução foi invocado, expressamente, pela Ministra Relatora Rosa Weber, de acordo com a qual, em voto vencedor proferido neste último julgamento, “A lei fluminense se pauta pelo princípio da precaução, demonstrando a preocupação do legislador com o meio ambiente e a saúde humana e não cria uma regulamentação paralela à federal, apenas regula aspectos relacionados à produção e consumo do amianto”.

## **7 Conclusão**

O Supremo Tribunal Federal (STF), fazendo expresso uso do princípio da precaução, em voto da Ministra Relatora Rosa Weber, reafirmou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal 9.055/95, que disciplina a extração, industrialização, comercialização, distribuição e o uso do amianto no país, assentando a validade da normas que proíbem o uso de qualquer tipo.

Em tal julgamento, prevaleceu o consenso acerca da natureza cancerígena do amianto e a inviabilidade de seu uso seguro, o que, em razão do princípio da precaução, consagrado no Princípio 15 da Declaração do Rio (ECO/92), acarreta a necessidade, ainda que não exista base científica razoável fundada em juízo de probabilidade não remoto da sua potencial ocorrência, do banimento do amianto e da sua substituição por outras substâncias que não acarretem riscos ao meio ambiente, em especial, ao meio ambiente do trabalho, à saúde e à integridade física dos trabalhadores (arts. 6º, 200, V, e 225, da CRFB/88).

## **8 Referências bibliográficas**

GOMES, Daniela Vasconcelos. Considerações acerca do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. In: **Revista de Direito Ambiental**. Ano 14, n. 55, jul-set/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito ambiental e teoria jurídica no final do século XX. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (orgs.). **O novo em direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. p. 58.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). Eliminación de las enfermedades relacionadas con el amianto. Disponível em . Acesso em 15 de janeiro de 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Dossiê Amianto Brasil. Disponível em . Acesso em 15 de janeiro de 2018.

SENADO FEDERAL. Disponível em . Acesso em 15 de janeiro de 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 139 da OIT. Disponível em: [http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235873/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235873/lang--pt/index.htm). Acesso em 15 de janeiro de 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 155 da OIT. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/504>. Acesso em 15/01/2018.

Dicionário Houaiss, disponível em , acesso em 10/01/2018.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquemático**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 57.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF declara inconstitucionalidade de dispositivo federal que disciplina uso do amianto crisotila. Disponível em: "<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353599>. Acesso em: 10/01/2018.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Disponível em . Acesso em 15 de janeiro de 2018

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF reafirma inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363263>. Consulta em: 10/01/2018.

#### Notas:

[1] GOMES, Daniela Vasconcelos. *Considerações acerca do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado*. In: Revista de Direito Ambiental. Ano 14, n. 55, jul-set/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 p. 42

[2] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito ambiental e teoria jurídica no final do século XX*. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 27

[3] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. p. 58.

[4] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). *Eliminación de las enfermedades relacionadas con el amianto*. Disponível em . Acesso em 15 de janeiro de 2018.

[5] CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Dossiê Amianto Brasil**. Disponível em . Acesso em 15 de janeiro de 2018.

[6] SENADO FEDERAL. Disponível em . Acesso em 15 de janeiro de 2018.

[7] Convenção 139 da OIT. Disponível em: [http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_235873/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235873/lang--pt/index.htm). Acesso em 15 de janeiro de 2018.

[8] Convenção 155 da OIT. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/504>. Acesso em 15/01/2018.

[9] Dicionário Houaiss, disponível em <[www.houaiss.uol.com.br](http://www.houaiss.uol.com.br)>, acesso em 10/01/2018.

[10] AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquemático**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 57.

[11] Notícia “STF declara inconstitucionalidade de dispositivo federal que disciplina uso do amianto crisotila”. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353599>”. Acesso em: 10/01/2018.

[12] PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Disponível em . Acesso em 15 de janeiro de 2018

[13] Notícia “STF reafirma inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363263>. Consulta em: 10/01/2018.



## **DIREITO A CIDADE - SOB A PERSPECTIVA DE RESISTÊNCIA E LUTA DEMOCRÁTICA**

**ANDRE QUEIROZ GUIMARÃES:** advogado, graduado em direito pela Faculdade Politécnica de Jundiaí (Grupo Anhanguera Educacional), cursando o mestrado junto ao núcleo de pesquisa de Direito Urbanístico vinculado ao programa na linha de pesquisa da Efetividade do Direito Público e Limitações da Intervenção Estatal.

**Resumo:** A atual conjuntura de nossas cidades confronta o Estado Democrático de Direito quanto a sua realização. Tal estágio, exige necessariamente, uma efetivação daqueles direitos fundamentais, inscritos nas constituições de cada Estado-Nação, e também daqueles direitos humanos consignados nos Tratados e Convenções do Direito Internacional. Foi, a partir, da edição do Estatuto da Cidade, que a noção política e cultural do direito à cidade transformou-se em marco referencial legal e institucional para as experiências existentes nas cidades brasileiras, e como centralidade da pauta da reforma urbana.<sup>[1]</sup> Como, bem observa, Nelson Saule Junior, a experiência brasileira é inovadora e permite o reconhecimento da proteção jurídica do direito à cidade no nosso sistema jurídico. Também, enfatiza, que a novidade, inaugura, na instituição de um direito à cidade, com objetivos e elementos próprios, divergindo com a tradição da tutela individual de direitos, configurando-o como um novo direito humano.<sup>[2]</sup>

**Palavras Chave:** Estado. Democracia. Cidadania. Direitos Humanos. Direito a Cidade.

**Summary:** The current status of our cities disputes the Democratic State governed by the Rule of Law for its existence. Such state demands necessarily that those fundamental rights, written on the constitution of each State-Nation he democratic State become effective. And also those human rights assigned in The Treaties and Conventions of International Law. Only Eversince the Statute of Cities was issued, that it become a legal and institutional stone reference for the existing experiences within the brazilian cities, and the center of the agenda in urban reform.As Nelson Saule Junior points, the brazilian experience is innovative and allows for the

recognition of Legal protection of the Cities' Rights within our Legal system. And it also emphasizes that the news, is the start point, in the institution of a City's Right, with it's own purposes and elements diverting from the traditional individual Law Authority, depicting it as new Human Right

**Key words** : State. Democracy. Citizenship. Human Rights. City Law.

**Sumário:** Introdução. 1.Perspectiva de resistência e luta a partir da gestão democrática das cidades. 2.Estatuto da Cidade e a positivação do direito a cidade. 3.A necessidade de implementação deste novo direito sob a perspectiva da democracia participativa. Conclusão.

---

## Introdução

*“ (1)Vivemos em uma época em que ideais de direitos humanos se deslocaram do centro da cena tanto política como eticamente. Uma considerável energia é gasta na promoção do seu significado para a construção de um mundo melhor. Mas, para a maioria, os conceitos em circulação não desafiam a hegemonia liberal e a lógica de mercado neoliberal ou o modo dominante de legalidade e ação estatal.*

*(2) Apesar de tudo, vivemos num mundo onde os direitos de propriedade privada e a taxa de lucro se sobrepõem a todas as outras noções de direito. Aqui, procuro explorar um outro tipo de direito humano, o direito à cidade.*

*(3) O compasso e a escala, surpreendentes, de urbanização dos últimos cem anos contribuíram para o bem-estar humano? (4) A cidade, nas palavras do sociólogo Robert Park, é “a tentativa mais bem-sucedida do homem de reconstruir o mundo em que vive o mais próximo do seu desejo. Mas, se a cidade é o mundo que o homem criou, doravante ela é o mundo onde ele está condenado a viver. Assim, indiretamente, e sem qualquer percepção clara da natureza da sua tarefa, ao construir a cidade o homem reconstruiu a si mesmo.” David Harvey, O direito a cidade - Traduzido do original em inglês “The right to the city”, por Jair Pinheiro, professor da FFC/UNESP/ Marília. Esta versão foi cotejada com a*

publicada na *New Left Review*, n. 53, 2008. *Lutas Sociais agradece ao autor pela autorização de publicar o artigo.* [3]

*“En este artículo pretendemos plantear la tesis de la ciudad como derecho, como contrapoder de las contradicciones de la globalización económica. La acción pública local puede desafiar, y de hecho desafía, al sistema neoliberal económico a través de la acción a favor de los derechos humanos, a través de la reivindicación de la ciudad como derecho humano, más concretamente como derecho humano emergente.” Aida Guillén Lanzarote. - Directora gerente del Institut de Drets Humans de Catalunya (IDHC) - El derecho a la ciudad, un derecho humano emergente”*[4]

*Mais da metade da população brasileira e mundial vivem hoje nos centros urbanos, ou seja, nas cidades. De acordo com números das Nações Unidas o grau de urbanização, no mundo, já ultrapassou os 50 %. Em 2005 a população vivendo em cidades já era de 3,2 bilhões de pessoas e outras 3,2 bilhões vivendo nas áreas rurais. Calcula-se que, em 2050, este percentual chegará a 65% das pessoas no mundo vivendo em aglomerações urbanas, sendo que 45 a 50 % desta parcela viverão na pobreza.*[5]

*(1)Vivemos em uma época em que ideais de direitos humanos se deslocaram do centro da cena tanto política como eticamente. Uma considerável energia é gasta na promoção do seu significado para a construção de um mundo melhor. Mas, para a maioria, os conceitos em circulação não desafiam a hegemonia liberal e a lógica de mercado neoliberal ou o modo dominante de legalidade e ação estatal.*

*A atual conjuntura de nossas cidades confronta o Estado Democrático de Direito quanto a sua realização. Tal estágio, exige necessariamente, uma efetivação daqueles direitos fundamentais, inscritos nas constituições de cada Estado-Nação, e também daqueles direitos humanos consignados nos Tratados e Convenções do Direito Internacional.*

*Mas, um breve olhar, nos centros urbanos, em cidades de grande ou pequeno tamanho, demonstram, que por maior que sejam os esforços, principalmente em se tratando dos países em desenvolvimento (emergentes), ainda estamos presos a velhas práticas do Estado Liberal.*

*O ideário revolucionário, insculpido no lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, e força motriz das dimensões de direito, ainda não se concretizaram frente o caos urbano que presenciamos na atualidade.*

*As promessas de um mundo melhor, que adviria, da ciência e da tecnologia, engendradas pela razão humana, não passaram de uma promessa, a quase totalidade da humanidade, senão para uma parte ínfima que detém o poder econômico e conseqüentemente o poder político estatal.*

*Como conta, Paulo Bonavides, em sua obra, Estado Liberal ao Estado Social, fundamental para a compreensão do direito e da ciência política:*

*“Os que viveram a época do liberalismo - os nossos ditosos antepassados - podiam romanticamente considerar o problema do Estado com a presunção otimista de haver criado um mundo melhor e mais solido, baseado na utopia revolucionaria dos direitos do homem.”<sup>[6]</sup>*

*O Estado de uma classe, como vaticinado pelo grande constitucionalista:*

*“O Estado liberal humanizou a ideia estatal, democratizando-a teoricamente, pela primeira vez, na Idade Moderna. Estado de uma classe - a burguesia -, viu-se ele, porém, condenado a morte, desde que começou o declínio do capitalismo.”<sup>[7]</sup>*

*Estado Burguês, que se reengendra, e com novas roupagens, teima em persistir e se auto reproduzir, em nossas cidades, em nosso sistema legal.*

*(2) “Apesar de tudo, vivemos num mundo onde os direitos de propriedade privada e a taxa de lucro se sobrepõem a todas as outras noções de direito. Aqui, procuro explorar um outro tipo de direito humano, o direito à cidade.”*

## **1.Perspectiva de resistência e luta a partir da gestão democrática das cidades**

Nelson Saule Junior, sobre o tema, conduz a percepção de resistência e luta, através da gestão democrática, de territórios, ricos em diversidade econômica, política, ambiental e cultural, onde oportunidades e condições equitativas, permitam a realização dos direitos *fundamentais de seus habitantes – ou melhor de seus cidadãos (ãs)!*<sup>[8]</sup>

*Entretanto, mesmos sob condições desfavoráveis, tem surgido movimentos sociais urbanos, que procuram superar as situações adversas e propor novas formas de urbanização diferente do modelo hegemônico defendido pelo capital.*

*Portanto produzindo modificações na forma de governar, planejar e desenvolver as cidades através de diversas forma, preconizando a cidadania e a participação para transformação da sociedade.*

*No Brasil, a emergências desses movimentos sociais, compostos por movimentos populares, organizações não governamentais, associações de profissionais, sindicatos, organizações religiosas, organizaram-se através de plataforma de reforma urbana, a partir da redemocratização do país, em 1980, com pauta na reforma urbana, no combate às desigualdades sócio territoriais e de qualquer forma de discriminação nas cidades brasileiras.*<sup>[9]</sup>

*Diante os cenários de ausência de políticas públicas, da omissão dos poderes públicos frente os problemas urbanos o Movimento Nacional de Reforma Urbana apresenta o conceito da reforma urbana “como uma nova ética social” e assumido desta forma “ a crítica e a denúncia do quadro de desigualdade social, considerando a dualidade em uma mesma cidade: cidade dos ricos e cidades dos pobres; a cidade legal e a cidade ilegal”. (Saule Junior, Nelson e Uzzo, Karina – A Trajetória da reforma Urbana no Brasil)*

No campo institucional, a participação do movimento, junto a Assembleia Constituinte foi decisiva quanto ao texto aprovado do capítulo da Política Urbana.

## **2.Estatuto da Cidade e a positivação do direito a cidade**



Após o processo constituinte o movimento se organizou através do Fórum Nacional de Reforma Urbana e participou ativamente do processo de elaboração e discussão da *regulamentação dos arts. 182 e 183 da CF – 88. Depois de 12 anos de discussão foi aprovado a Lei Federal n. 10257, de 2001, conhecido como Estatuto da Cidade.*

*Foi, a partir, da edição do Estatuto da Cidade, que a noção política e cultural do direito à cidade transformou-se em marco referencial legal e institucional para as experiências existentes nas cidades brasileiras, e como centralidade da pauta da reforma urbana.* [\[10\]](#)

*Importante ressaltar, que a positivação do direito à cidade, pelo ordenamento pátrio, coloca o novo instituto no mesmo patamar dos demais direitos difusos e coletivos, como aqueles de ordem ambiental, do consumidor, do patrimônio histórico e cultural, dentre outros.* [\[11\]](#)

*Como, bem observa, Nelson Saule Junior, a experiência brasileira é inovadora e permite o reconhecimento da proteção jurídica do direito à cidade no nosso sistema jurídico. Também, enfatiza, que a novidade, inaugura, na instituição de um direito à cidade, com objetivos e elementos próprios, divergindo com a tradição da tutela individual de direitos, configurando-o como um novo direito humano.* [\[12\]](#)

### **3.A necessidade de implementação deste novo direito sob a perspectiva da democracia participativa**

(3) *“O compasso e a escala, surpreendentes, de urbanização dos últimos cem anos contribuíram para o bem-estar humano?”*

*Nas últimas décadas os centros urbanos têm concentrado a maior parte da população. Este processo se fortalece na década de 1960.*

*Hoje, mais de 80 % dos habitantes de nosso país vivem em cidades. As regiões metropolitanas atingem 94 % da população vivendo nas áreas urbanas dos municípios que a compõe.*

*Tal processo ocasionou a degradação ambiental e exclusão social e a segregação territorial na maioria das cidades brasileiras.*

*Edesio Fernandes assim descreve este fenômeno: “Na maioria dos casos, a exclusão social tem correspondido também a um processo de segregação territorial, já que os indivíduos e grupos excluídos da economia urbana formal são forçados a viver nas precárias periferias das grandes cidades, ou mesmo em áreas centrais que não são devidamente urbanizadas. Dentre outros indicadores da poderosa combinação entre exclusão social e segregação territorial – mortalidade infantil; incidência de doenças; grau de escolaridade; acesso a serviços, infraestrutura urbana e equipamentos coletivos; existência de áreas verdes, etc. -, dados recentes indicam que cerca de 600 milhões de pessoas nos países em desenvolvimento vivem atualmente em situações insalubres e perigosa. Exclusão social e segregação territorial têm determinado a baixa qualidade de vida nas cidades, bem como contribuído diretamente para a degradação ambiental e para o aumento da pobreza na sociedade urbana.” (Prestes, Vanêscia Buzelato - A Função Social da Propriedade nas cidades: das limitações administrativas ao conteúdo da propriedade in: artigo publicado na Revista Interesse Público, ano 11 n. 53, jan/fev 2009. Belo Horizonte: Editora Forum)*

*Para Harvey, estamos progressivamente vivendo em áreas urbanas divididas e conflituosas. Para ele, “a cidade está se dividindo em diferentes partes separadas com aparente formação de muitos “micro-estados”. Vizinhanças riquíssimas providas de todos os tipos de serviços (...) e outras onde os medidores entrelaçados com instalações ilegais, onde a água é disponível apenas em fontes públicas, sem sistemas de saneamento, a eletricidade é pirateada por poucos privilegiados, as estradas se tornam lamaçais sempre que chove e onde as casas compartilhadas é a norma. Cada fragmento parece viver e funcionar autonomamente, fixando firmemente ao que for possível na luta diária pela sobrevivência. (Balbo, 1993)*

*E continua, sob tais condições, ideais de identidade urbana, cidadania e pertencimento – já ameaçados pela propagação do mal-estar da ética neoliberal – tornam-se mais difíceis de se sustentar.*

*“En este artículo pretendemos plantear la tesis de la ciudad como derecho, como contrapoder de las contradicciones de la globalización*

*económica. La acción pública local puede desafiar, y de hecho desafía, al sistema neoliberal económico a través de la acción a favor de los derechos humanos, a través de la reivindicación de la ciudad como derecho humano, más concretamente como derecho humano emergente.” Aida Guillén Lanzarote. - Directora gerente del Institut de Drets Humans de Catalunya (IDHC) - El derecho a la ciudad, un derecho humano emergente”*

*Na obra, Teoria Constitucional da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência Por uma Nova Hermenêutica Por uma repolitização da legitimidade), defende dentre as teses apresentadas durante o transcurso da obra, estratégia de bloqueios para manutenção do “status quo” das elites conservadoras.*

*De forma esclarecedora desvenda a (des)construção do conceito de “soberania popular” nas cartas constitucionais. Na construção do conceito jurídico do que é o povo e que é o povo, demonstrará sua carga ideológica, tanto para reprodução do modelo dominante, como povo vivo, concreto e real de Miller, em sua dimensão de sua eficácia participativa. [\[13\]](#)*

*Portanto, o autor, adentra a construção ideológico do povo-ícone, na conjunção do conceito de soberania popular, positivado nas cartas constitucionais das monarquias, como “povo soberano”, apartado do poder, povo da abstração e do mito, “reduzido ao denominador mínimo da veracidade de sua participação, tão pouca, tão minada, tão sabotada, tão pervertida no processo político contemporâneo ” (28), como forma de bloqueio, utilizado como escora legitimam-te de políticas adversas a democracia participativa.*

*“O povo e, paradoxalmente, nas leis, no discurso do poder, nos atos executivos, na política desnacionalizadora, nas privatizações irresponsáveis e nos canais da mídia, um dos bloqueios a democracia de libertação. Bem demonstrou Muller que este “povo” (entre aspas) valeu de escora legitimam-te a política dos interesses conservadores mais adversos a concretização democrática das instituições. ” [\[14\]](#)*

### Conclusão

*Voltamos ao título da obra de Paulo Bonavides, Teoria Constitucional da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência Por uma Nova Hermenêutica Por uma repolitização da legitimidade), para antever, em sua análise crítica da realidade brasileira, dos países em desenvolvimento, e do sistema neoliberal, objetivos e elementos próximos deste direito à cidade, elevado a direito humano emergente propugnado por autores contemporâneos.*

*O ordenamento jurídico pátrio, inseriu o direito à cidade, no diploma legal conhecido como Estatuto da Cidade, lei federal n. 10.257/01, o qual define o direito às cidades sustentáveis como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações que se realiza na gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, (art. 2º, I e II).*

*Nos termos da Carta Mundial, o direito à cidade é*

*“o usufruto eqüitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia e justiça social; é um direito que confere legitimidade à ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito a um padrão de vida adequado. O Direito à Cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente e inclui os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais Inclui também o direito a liberdade de reunião e organização, o respeito às minorias e à pluralidade ética, racial, sexual e cultural; o respeito aos imigrantes e a garantia da preservação e herança histórica e cultural.”<sup>[15]</sup>*

*Para Aida Guilén Lanzarote, o direito à cidade como o direito de toda a pessoa a viver num espaço coletivo, urbano ou rural, com uma administração eleita democraticamente, que tenha como centro de suas políticas públicas o respeito aos direitos humanos de todos os seus habitantes, assegurando, assim, a plena realização de sua vida política, social, econômica e ambiental.<sup>[16]</sup>*



*(4) “A cidade, nas palavras do sociólogo Robert Park, é “a tentativa mais bem-sucedida do homem de reconstruir o mundo em que vive o mais próximo do seu desejo. Mas, se a cidade é o mundo que o homem criou, doravante ela é o mundo onde ele está condenado a viver. Assim, indiretamente, e sem qualquer percepção clara da natureza da sua tarefa, ao construir a cidade o homem reconstruiu a si mesmo.”*

*Através dos conceitos apresentados sobre o direito à cidade, poderíamos, a título, preliminar, de um direito de luta e resistência, baseado na democracia participativa, na consecução de uma sociedade aberta (diálogo que respeite a pluralidade e diversidade em todas as suas dimensões), fundado no respeito e na realização dos direitos e garantias fundamentais.*

*Concluindo, através dos conceitos apresentados sobre o direito à cidade, poderíamos, a título, preliminar, conceitua-lo como um direito de luta e resistência, baseado na democracia participativa, na consecução de uma sociedade aberta (diálogo que respeite a pluralidade e diversidade em todas as suas dimensões), fundado no respeito e na realização dos direitos e garantias fundamentais (dignidade da pessoa humana).*

#### **Referências:**

*AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal, Parcelamento do Solo em áreas de Proteção Ecológica: a tentativa de burla à legislação urbanística, através da instituição do condomínio ordinário, In Tema de Direito Urbanístico, Coordenação Geral, José Carlos de Freitas, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Ministério Público, 1999 – págs. 150/151.*

*BONAVIDES, Paulo - Teoria constitucional da democracia participativa. São Paulo: Malheiros, 2001*

*CAMBI, Eduardo – Função Social da Posse e Ações Possessórias (releitura do art. 927, I, do CPC – 1973 e perspectiva de interpretação para o art. 561, I, do NCCP), Revista de Processo, vol. 247 – 2015, p. 387 – 407, set – 2015, Revista dos Tribunais.*



*FERNANDES, Edésio. Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil: uma introdução. In Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.*

*GUERRA FILHO, Willis Santiago, Teoria Processual da Constituição, 3ª ed., São Paulo: RCS Editora, 2007.*

*GUERRA FILHO, Willis Santiago, Teoria da Ciência Jurídica, willis Santiago Guerra Filho, Henrique Garbellini Carnio, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.*

*HARVEY, David – tradução Jair Pinheiro, New Left Review, n. 53, 2008.*

*LEFEBVRE, Henri – 1901-1991, O Direito à Cidade, tradução Rubens Eduardo Frias, São Paulo: editora Centauro, 2001.*

*MACHADO, Paulo Afonso Leme, Direito Ambiental Brasileiro, 12-edição, revista, atualizada e ampliada São Paulo, Malheiros Editores, 2004..*

*PINTO, Vitor Carvalho – O Plano Diretor; Instrumento Básico da Política Urbana, artigo publicado na Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental. Rio de Janeiro, ano 1, n. 2, p. 27 – 49, OUT. – NOV. 2005.*

*POZZEBON, Gustavo R. Chaim, Plano Diretor, Prazo, Conteúdo e Participação Popular, disponível: [http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao\\_urbanismo\\_e\\_meio\\_ambiente/biblioteca\\_virtual/bv\\_teses\\_congressos/Dr%20Gustavo%20R.%20Chaim%20Pozzebon.htm](http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/biblioteca_virtual/bv_teses_congressos/Dr%20Gustavo%20R.%20Chaim%20Pozzebon.htm)*

*PRESTES, Vanêsa Buzelato - A Função Social da Propriedade nas cidades: das limitações administrativas ao conteúdo da propriedade in: artigo publicado na Revista Interesse Público, ano 11 n. 53, jan/fev 2009. Belo Horizonte: Editora Forum.*

SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos e MONTANDON, Daniel Todtmann (orgs.) *Os Planos Diretores municipais pós estatuto da cidade: balanço crítico e perspectivas - Orlando Alves dos Santos Junior e Daniel Todtmann Montandon (orgs.). – Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Cidades: IPPUR/UFRJ, 2011.*

SAULE JUNIOR, Nelson e UZZO, Karina – *A Trajetória da reforma Urbana no Brasil*

SAULE JUNIOR, Nelson (org.), *Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.*

SILVA, José Afonso – *Direito Urbanístico Brasileiro, 6ª ed., São Paulo: editora Malheiros.*

SCHAUSBERG , Benny, *Introdução ao Planejamento Urbano,- Apostila Curso Instrumentos do Estatuto da Cidade, Programa de Capacitação as Cidades-Ministério das Cidades 2013.*

#### **NOTAS:**

[1] SAULE JUNIOR, Nelson (org.), *Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.*

[2] SAULE JUNIOR, Nelson (org.), *Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.*

[3] HARVEY, David – tradução Jair Pinheiro, *New Left Review*, n. 53, 2008.

[4] LANZAROTE, Aina Guillen, diretora gerente del institut de drets humans de catalunya – IDHC) – *El derecho a la ciudad, um derecho humano emergente;*

[5] SAULE JUNIOR, Nelson (org.), *Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.*

[6] BONAVIDES, Paulo - *Teoria constitucional da democracia participativa.* São Paulo: Malheiros, 2001.

[7] BONAVIDES, Paulo - *Teoria constitucional da democracia participativa.* São Paulo: Malheiros, 2001.

[8] SAULE JUNIOR, Nelson (org.), *Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

[9] SAULE JUNIOR, Nelson (org.), *Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. E, SAULE JUNIOR, Nelson e UZZO, Karina – *A Trajetória da reforma Urbana no Brasil*;

[10] SAULE JUNIOR, Nelson (org.), *Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

[11] SAULE JUNIOR, Nelson (org.), *Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

[12] SAULE JUNIOR, Nelson (org.), *Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

[13] BONAVIDES, Paulo - *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

[14] BONAVIDES, Paulo - *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

[15] Carta Mundial pelo Direito à Cidade Publicado em: 12/06/2006 Documento produzido a partir do Fórum Social Mundial Policêntrico de 2006, art. 1, inciso 2.

[16] LANZAROTE, Aina Guillen, diretora gerente del institut de drets humans de catalunya – IDHC) – *El derecho a la ciudad, um derecho humano emergente*;

## O CICLO ORÇAMENTÁRIO BRASILEIRO

**RICARDO MIRANDA BARBOSA:**  
Advogado. Bacharel em Direito pela  
Universidade Federal de Pernambuco -  
UFPE.

**RESUMO:** O presente trabalho consiste em estudo sobre o ciclo orçamentário brasileiro, com análise das leis orçamentárias nacionais e da situação de anomia orçamentária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Orçamento. Leis Orçamentárias. Ciclo Orçamentário. Anomia Orçamentária.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução, 2. Características do Orçamento; 2.1. Natureza Jurídica do Orçamento, 3. Leis Orçamentárias; 3.1. Plano Plurianual, 3.2. Lei de Diretrizes orçamentárias; 3.3. Lei Orçamentária Anual; 4. Ciclo Orçamentário; 4.1. Elaboração da proposta orçamentária; 4.2. Execução da proposta orçamentária; 4.3. Controle da proposta orçamentária; 5. Anomia Orçamentária. 6. Conclusão.

---

### 1. Introdução

O estudo do ciclo orçamentário nacional é fundamental para entender como é realizado o planejamento, a execução e o controle das finanças públicas atualmente. A fim de atingir esse objetivo, faz-se necessário, primeiramente, conhecer no que consiste o orçamento, qual sua natureza jurídica e as características de cada lei orçamentária.

### 2. Características do Orçamento

O orçamento da administração representa um dos mais antigos instrumentos de planejamento e execução das finanças públicas. Classicamente, o orçamento é conhecido como um dispositivo que contém a aprovação prévia da despesa e da receita para um período determinado. Hoje, contudo, ele não se resume a um simples documento de caráter contábil administrativo, se constituindo como o planejamento da realização dos programas de governo e aplicação das finanças públicas. A melhor

doutrina costuma seguir os ensinamentos do clássico autor Eliomar Baleeiro<sup>[1]</sup>, para quem orçamento é:

*“o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei”.*

Vale analisar, como lembra Kiyoshi Harada<sup>[2]</sup>, que a expressão final “arrecadação das receitas já criadas em lei” não veda a arrecadação de tributo, legalmente criado, sem prévia inclusão orçamentária, porque no Brasil não mais vige o princípio da anualidade tributária, revogado pela EC 18/65, que determinava que um tributo, para ser instituído, precisava de prévia autorização orçamentária.

Elaborar o orçamento, destarte, significa planejar, e planejamento é a primeira forma de intervenção do Estado no domínio econômico, político e administrativo da nação. A importância do orçamento para a nação fica clara ao analisar a lição de Lourival Vilanova<sup>[3]</sup>, para quem: *“Sem norma – lei constitucional ou sem lei ordinária, sem decreto executivo – seja qualquer a espécie exigida, sem ela, plano nenhum de governo, programa nenhum de desenvolvimento econômico ou social passaria para o campo concreto da realização”.* José Matias Pereira<sup>[4]</sup> chegou a afirmar que *“o orçamento, depois da Constituição, apresenta-se como o ato mais importante da vida de qualquer nação”*, opinião que foi seguida pelo ex-ministro Ayres Britto (ADI-MC 4048-1/DF, j. 14.5.2008, p. 38).

É importante analisar que o orçamento é resolvido a partir de um compromisso com a sociedade, ou seja, é um instrumento de democracia. Ele é aprovado por nossos representantes, portanto, indiretamente, somos nós quem o aprovamos. Na teoria, quando escolhemos os candidatos a chefe do executivo e do legislativo, votamos nas suas ideias em relação ao plano de governo e a ideologia posta no poder, além das áreas de investimento imediato e aqueles em longo prazo.



Vale lembrar, também, que, além da União, cada Estado e Município têm seu próprio orçamento. Além disso, é necessário esclarecer que o orçamento não esgota as autorizações para todas as receitas e todas as despesas dentro de um determinado período, embora vá abarcá-las tanto quanto seja previsível.

### **2.1. Natureza Jurídica do Orçamento**

A Natureza Jurídica do Orçamento, segundo a doutrina majoritária e conferido pela própria Constituição, é de lei formal, pois emana do poder competente para legislar. Nas palavras de Lafayete<sup>[5]</sup>: *“a lei orçamentária é lei no sentido formal, sem sê-lo no sentido material, pois lei material é ato normativo genérico, abstrato e permanente, enquanto que lei orçamentária é lei de efeitos concretos, particulares, destinada a vigorar por um só exercício”*.

Assim, por não ser lei material, o orçamento se configura como lei apenas autorizativa, não gerando um direito subjetivo para as pessoas, ou seja, a previsão de uma despesa em lei orçamentária não gera direito possível de ser exigido judicialmente por terceiros.

No entanto, há uma corrente doutrinária, capitaneada pela autora Lucia Valle Figueiredo, que vem ganhando força: ela afirma que se o particular abandona a atividade que está fazendo, estimulado pelo fomento do poder público, encampa o Plano Plurianual, passa a investir nas atividades econômicas estimuladas pelo governo, mas, de repente, sem qualquer contrapartida, o poder público altera sua programação, este particular, se provar ter sofrido prejuízos, pode pleitear indenização do poder público. Esse direito do particular teria como base o princípio da proteção da confiança do administrado, o valor segurança jurídica. Essa teoria, contudo, nunca foi posta em prática e é muito difícil que seja, pois o particular sempre vai ter dificuldades para provar a falta de motivos da administração em mudar o PPA.

### **3. Leis Orçamentárias**

O orçamento, apesar de apresentar uma ideia de unidade, se espalha por três documentos distintos: Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA). As leis

orçamentárias se integram finalisticamente e de forma harmônica, de forma que não pode a LDO discordar da PPA, que é o “grande norte do orçamento”, nem a LOA da LDO.

### **3.1. Plano Plurianual**

O Plano Plurianual (PPA) se configura como o planejamento conjuntural de longo prazo com vistas à promoção do desenvolvimento econômico, da estabilidade econômica e do equilíbrio entre as diversas regiões do país. Conforme ensina José Afonso da Silva<sup>[6]</sup>, o PPA “é um plano de investimentos, com o qual deverão estar em consonância todos os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição (arts. 48, IV e 165, § 4.º)”.

O PPA está previsto no §1º do artigo 165 da Constituição Federal, que determina:

Art. 165 §1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

Assim, o Plano Plurianual corresponde ao planejamento de médio a longo prazo em que são estabelecidos os objetivos e metas da Administração Pública para um período de quatro anos, sendo elaborado no primeiro ano do mandato do chefe do executivo para vigência até o primeiro ano do mandato seguinte.

Pode-se dizer que o plano plurianual começa na eleição, quando nós escolhemos o nosso PPA por meio da votação. Isso porque os representantes eleitos devem elaborar o PPA de acordo com suas propostas da época política, pois foram elas que o povo escolheu. O PPA, vale lembrar, pode sofrer modificação, mas somente se a conjuntura econômico-social e política tenha sofrido alterações por algum motivo. O plano que sofrer alterações ou estiver em desacordo com os ideais de campanha do candidato, pode, inclusive, ser declarado inconstitucional, por violação ao princípio do planejamento.

Por último, o PPA funciona como um guia para a iniciativa privada, que vai procurar investir nas áreas econômicas estimuladas pelo governo.

Este, por outro lado, vai incentivar os particulares, para que seus planos de metas realmente sejam efetivados.

### **3.2. Lei de Diretrizes orçamentárias**

O plano plurianual, por outro lado, não sai do papel a não ser pela Lei de Diretrizes orçamentárias (LDO). A LDO possui a função política de direcionar a elaboração da LOA. Todos os anos, LDO vai “pinçar” do PPA aquilo que se revela mais importante (prioritário), e vai, com isso, orientar a elaboração do orçamento.

Conforme dispõe o § 2.º do Art. 165 da CR /88:

§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

A LDO possui o anexo de metas fiscais (trienais – metas de médio prazo) e o anexo de riscos fiscais (reserva de contingência criada para suportar gastos oriundos de toda sorte de imprevistos). É realizado anualmente pelo chefe do executivo.

Lafayette<sup>[7]</sup> afirma que se trata de uma lei de caráter formal, nas quais ficam estabelecidas as orientações para a confecção do orçamento e que deve ser elaborada no primeiro semestre. Contudo, além de não criar direitos para terceiros, não tem eficácia fora da relação entre os Poderes do Estado, caracterizando-se mais como um plano prévio, fundado em considerações sociais e econômicas. O autor lembra, ainda, que a LRF deu conformação de planejamento trienal para a LDO.

### **3.3. Lei Orçamentária Anual**

A Lei Orçamentária Anual (LOA), também feita anualmente pelo chefe do executivo - devendo ser enviada para análise e aprovação do Poder Legislativo - vai, todos os anos, tirar um quarto do PPA do papel, sob as orientações da LDO. Segundo Deusvaldo Carvalho<sup>[8]</sup> “a LOA, conforme previsto no art. 2.º, da Lei 4.320/64, conterá a discriminação da receita e

*despesa de forma a evidenciar a política econômica e financeira e o programa de governo, obedecidos aos princípios de unidade, universalidade e anualidade”.*

Ela está regulada no §5º do mesmo art. 165 da CF, e compreende 3 tipos de orçamentos: o fiscal, o de investimentos e o da seguridade social:

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

#### **4. Ciclo Orçamentário**

Ciclo Orçamentário é o processo através do qual se elabora, aprova, executa e controla os gastos do Estado.

##### **4.1. Elaboração da proposta orçamentária**

A primeira etapa do ciclo orçamentário é a elaboração da proposta orçamentária, que começa com a iniciativa da lei orçamentária pelo chefe do executivo – no âmbito federal, pelo Presidente da República. Aqui é importante lembrar que os Municípios e Estados também elaboram orçamentos. Ademais, além dos orçamentos elaborados pelos poderes executivo e legislativo, os órgãos do Poder Judiciário (art. 99 da CF[9]), da Defensoria Pública (art. 134, §2º[10]) e do Ministério Público (art. 127, §3º[11]) fazem o orçamento deles independentemente, mas todos vão ser avaliados pelo Poder Executivo e, mais tarde, juntados ao orçamento nacional, como é regulado pelo art. 168 da CF[12].

Após a criação pelo executivo, o orçamento vai para o Poder Legislativo. Lá, ele vai ser discutido pela Comissão Mista de Orçamento (CMO), composta por deputados e senadores. A CMO é composta por quarenta membros titulares, dos quais 30 são Deputados e 10 são Senadores, com igual número de suplentes (art. 5º, Resolução CN 1/2006[13]). O parlamentar, quando emenda o orçamento, não pode aumentar despesas e deve indicar de onde tirará recursos que vão municiar suas emendas, de modo que se for investir mais na educação, por exemplo, deve indicar de onde vai tirar o dinheiro para tal. Além disso, há três classes de recursos que o parlamentar não poderá tocar: transferências constitucionais obrigatórias, recursos destinados ao pagamento de pessoal e recursos destinados ao pagamento da dívida pública. Após o legislativo aprovar, a lei orçamentária volta para o Presidente, que irá sancioná-la e executá-la.

Conclusivamente, a elaboração da proposta orçamentária deve constar as metas e prioridades da Administração Pública Federal para o exercício, as orientações para os orçamentos anuais da União, incluindo os objetivos que se pretende atingir com a ação, as metas e os trabalhos necessários para a consecução do programa, os limites para elaboração das propostas orçamentárias de cada Poder e a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

#### **4.2. Execução da proposta orçamentária**

A execução é a segunda fase do ciclo orçamentário, que inicia depois de publicada a Lei Orçamentária. Segundo Ernesto José da Silva[14]: *“a execução pode ser definida como a atividade e procedimento desenvolvidos pela Administração Pública, para concretizar as metas estabelecidas e aprovadas quando do planejamento e implica na mobilização de recursos humanos, materiais e financeiros”*.

Nesta fase os ministérios ou órgãos executam os programas governamentais contemplados na Lei Orçamentária. A execução orçamentária constitui uma atribuição do Executivo e seu procedimento molda e influencia a tomada de decisões e desenvolve-se de acordo com distribuição de poder dentro do governo.

#### **4.3. Controle da proposta orçamentária**



O controle constitui a última fase do ciclo orçamentário e se divide em interno e externo. A importância desse instrumento é tão grande que, consoante o art. 6º do Decreto-Lei nº 200/67, o controle constitui um dos cinco princípios fundamentais que norteiam a Administração Pública Federal.

O controle interno, previsto no artigo 70 da Carta Magna<sup>[15]</sup>, se caracteriza por ser praticado pela própria administração, ou seja, é exercido pelos próprios Poderes - Legislativo, Executivo e Judiciário - por meio de seus órgãos, e possui como pressuposto o princípio da hierarquia. Sua finalidade é a fiscalização do cumprimento das metas previstas no plano plurianual, da legalidade e eficiência da gestão orçamentária e controle das operações de crédito.

Corine Sumski de Souza<sup>[16]</sup> afirma que “*Controle Interno é o instrumento obrigatório que auxilia na Gestão Pública e atua de forma preventiva na detecção de irregularidades, conferindo maior eficácia, eficiência e economicidade aos gastos públicos e dando mais transparência na aplicação dos recursos públicos*”.

O controle externo, conforme os artigos 70 e 71 da Constituição Federal<sup>[17]</sup>, é exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União. Ele é exercido de modo que os poderes não tenham suas autonomias administrativa, funcional e financeira derogadas, se assemelhando finalisticamente ao controle interno.

O controle externo pode acontecer de forma concomitante ou posterior, não sendo mais vigente, no ordenamento brasileiro, o controle externo prévio. O interno, por outro lado, pode acontecer a qualquer momento. É importante notar que o art. 74, no seu inciso IV, afirma ainda que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem manter, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional e o §1º do mesmo artigo afirma que “os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão conhecimento ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária”.

Vale lembrar que, de acordo com a súmula 473 do STF, somente a administração pode anular ou revogar seus atos, caso haja vício de ilegalidade ou por motivo de conveniência e oportunidade.

O Art. 75 da Lei n.º 4.320/64 e seus incisos explicam o controle:

Art. 75. O controle da execução orçamentária compreenderá:

I - a legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações;

II - a fidelidade funcional dos agentes da administração, responsáveis por bens e valores públicos;

III - o cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços".

## **5. Anomia Orçamentária**

Anomia orçamentária é, basicamente, o caso em que o orçamento não é feito no ano por algum motivo. O retardo na apreciação do projeto de lei orçamentária pelo Poder Legislativo, por exemplo, poderá resultar uma anomia orçamentária. Ela é uma grave afronta ao princípio da anualidade orçamentária.

Primeiramente, é necessário explicar que o não envio do projeto de lei orçamentária, de acordo com o art. 10 da lei 1079/50<sup>[18]</sup>, acarretará em crime de responsabilidade. Caso o Poder Executivo não envie um projeto orçamentário, primeira hipótese de anomia orçamentária, o art. 32 da Lei 4320/64 afirma que “o Poder Legislativo considerará como proposta a Lei de Orçamento vigente”.

Caso a anomia se dê por causa da rejeição da lei pelo Poder Legislativo, a própria CF diz, no §8º do art. 166<sup>[19]</sup>, que o Governo vai passar o ano vivendo com base em créditos especiais, se o veto for total, ou em créditos suplementares, se o veto for parcial, com prévia e específica autorização legislativa.

Se, em outro caso, o Poder Legislativo não votar sobre a lei orçamentária até o fim do exercício financeiro – dia 22 de dezembro – há divergência doutrinária, pois a legislação atual nada afirma sobre essa hipótese. Alguns, como Harada, defendem que o projeto feito pelo Presidente passaria a valer, enquanto que outros afirmam que o orçamento passado seria prorrogado. Na prática, a própria LDO, em uma disposição formulada anualmente, afirma que algumas despesas, como as de caráter corrente, não podem ser paralisadas e continuarão sendo efetuadas. A LDO, então, vai liberar mensalmente o “duodécimo”, ou seja, um doze avos da despesa prevista àquele órgão, referente às despesas que não podem parar.

Este último caso, no entanto, não ocorre por muito tempo com a LDO, pois a própria Carta Magna, em seu art. 57, § 2º, afirma que “a sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias”. Dessa forma a este tipo de anomia da LDO, se existir, será de curta duração.

Para finalizar, é interessante analisar o voto do Ministro do STF Celso de Mello - proferido na ADI nº 612-6, transcrita abaixo - para quem *“essa inércia do Poder Legislativo, que deixa fluir in albis o prazo para apreciar o projeto orçamentário, opera, pelas gravíssimas consequências que derivam desse comportamento omissivo, efeitos jurídicos acentuados pelo caráter essencialmente temporário da lei orçamentária, que se rege, dentre outros postulados de índole constitucional, pelo princípio da anualidade”*.

## **6. Conclusão**

Dessa forma, mostra-se evidente que a elaboração orçamentária consiste em mecanismo fundamental para que seja possível alcançar os objetivos de políticas públicas pretendidas pelos governantes, motivo pelo qual as pessoas deveriam ter maior atenção na fiscalização da proposta orçamentária.

É importante que a população, antes de votar, analise quais candidatos possuem objetivos semelhantes com os seus, e, depois que o político for eleito, ela deve observar o que será implementado nas leis

orçamentárias, pois este é o melhor meio de fiscalizar se o governante está verdadeiramente pretendendo realizar suas promessas de campanha.

## 7. Referências

BALEEIRO, Eliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARVALHO, Deusvaldo. **Orçamento e contabilidade pública: teoria e prática**. Campo Grande: Ruy Barbosa, 2005.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PEREIRA, José Matias. **Finanças Públicas**, editora Atlas, São Paulo, 1999.

PETTER, Lafayete Josué. **Direito Financeiro**. 5ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

SILVA, Ernesto José da apud OLIVEIRA, Antonio de. **Apostila de contabilidade e orçamento público**. Curitiba, 2007.

SILVA, José Afonso da apud MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Corine Sumski de. **O Papel do Controle Interno na Gestão dos Gastos Públicos Municipais**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/57312664/27/FASES-DO-CICLO-ORCAMENTARIO>>. Último acesso: 16/01/2018

VILANOVA, Lourival. **Fundamentos do Estado de Direito**, in **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, Tomo I, Editora AXIS MVNDI – IBET, São Paulo, 2003.

NOTAS:

[1] BALEEIRO, Eliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 411.

[2] HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 57-58.

[3] VILANOVA, Lourival. **Fundamentos do Estado de Direito**, in **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, Tomo I, Editora AXIS MVNDI – IBET, São Paulo, 2003, p. 418.

[4] PEREIRA, José Matias. **Finanças Públicas**, editora Atlas, São Paulo, 1999, p. 33.

[5] PETTER, Lafayete Josué. **Direito Financeiro**. 5ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 43.

[6] SILVA, José Afonso da *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.268.

[7] PETTER, Lafayete Josué. **Direito Financeiro**. 5ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p.44.

[8] CARVALHO, Deusvaldo. **Orçamento e contabilidade pública: teoria e prática**. Campo Grande: Ruy Barbosa, 2005, p.29.

[9] Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§ 1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2º O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete:

I - no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais;

II - no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.

[10] Art. 134, §2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

[11] Art. 127, §3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.



[12] Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º

[13] Art. 5º A CMO compõe-se de 40 (quarenta) membros titulares, sendo 30 (trinta) Deputados e 10 (dez) Senadores, com igual número de suplentes.

[14] SILVA, Ernesto José da apud OLIVEIRA, Antonio de. Apostila de contabilidade e orçamento público. Curitiba, 2007, p.27.

[15] Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

[16] SOUZA, Corine Sumski de. **O Papel do Controle Interno na Gestão dos Gastos Públicos Municipais**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/57312664/27/FASES-DO-CICLO-ORCAMENTARIO>>. Último acesso: 16/01/2018

[17] Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)

[18] Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:

1- Não apresentar ao Congresso Nacional a proposta do orçamento da República dentro dos primeiros dois meses de cada sessão legislativa;

[19] Art. 166, §8º Os recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa.

## DEBATE SOBRE A TEORIA MORAL E POLÍTICA DE HOBBS SOB A PERSPECTIVA DE TONNIES E O DIREITO A CIDADE

**ANDRE QUEIROZ GUIMARÃES:** advogado, graduado em direito pela Faculdade Politécnica de Jundiaí (Grupo Anhanguera Educacional), cursando o mestrado junto ao núcleo de pesquisa de Direito Urbanístico vinculado ao programa na linha de pesquisa da Efetividade do Direito Público e Limitações da Intervenção Estatal.

**Resumo:** O presente artigo pretende apresentar, a partir da perspectiva da análise da obra de Ferdinand Tonnies sobre a vida e doutrina do filósofo Thomas Hobbes, importantes questões levantadas durante o transcurso dos debates sobre a filosofia moral e política em Hobbes. Estudamos a partir da versão da terceira edição, em espanhol, com tradução de Eugenio Imaz publicada por Alianza editorial no ano de 1988 na cidade de Madri. E, através de uma leitura, ainda que preliminar, procuraremos demonstrar a importância de alguns temas desenvolvidos na obra, tanto de Hobbes, como de Tonnies, que nos possibilitam pensarmos contemporaneamente a democracia e as relações de poder<sup>[1]</sup>. O desenvolvimento dos argumentos e as conclusões do autor sobre a temática da filosofia moral e política em Hobbes, como seus estudos sobre a teoria da obrigação política – tendo como princípio aquilo que apresenta como fundamental ao fim de sua Revisão e Conclusão do *Leviatã*, como objetivo da obra “sem outro desígnio que o de colocar diante dos olhos dos homens a relação mútua entre proteção e obediência ” (Hobbes, 1996, p.491)<sup>[2]</sup> nos aproxima de questões ainda enfrentadas na atualidade referente a conformação dos conceitos de Estado, Soberania e Cidadania entre outros temas.

**Palavras Chave:** Estado. Soberania. Cidadania. Direitos Humanos. Direito a Cidade.

**Abstract:** The present article intends to show, from a perspective based on Ferdinand Tonnies work analyses on the life and doctrine of the philosopher Thommas Hobbes, important questions rise during the debates on the moral and political philosophy of Hobbes. We studied from the 3rd Edition forward, in Spanish, translated by Eugenio Immaz, and published by Alianza Publishinh House, in 1988, in the city of Madrid. And through a

reading, yet preliminary, we shall demonstrate the importance of some of the issues developed in the work, from both Hobbes and Tonnies that allow us to think of democracy and the relations among the powers in a contemporary manner. The development of the arguments, and the conclusions of the author on Hobbes moral and political philosophy's theme, as his studies on the Theory of Political Obligation - with a principle presented as fundamental at the end of his Review and Conclusion of Leviatã, as the purpose of his work " with none other than to show to the eyes of mankind the mutual relation between protection and obedience" ( Hobbes, 1996, p.491) brings us closer to questions still faced nowadays in regards to the conformation of concepts of State, Sovereignty and citizenship among other themes.

**Key words:** State. Sovereignty. Human Right. City Law.

Sumário: Introdução.1.1- Debate sobre a teoria moral e política de Hobbes sob a perspectiva de Tonnies.1.2.O direito natural e a supremacia da razão.1.3.Estado e sociedade – o contrato social.1.4.O papel do direito e da justiça.1.5.Soberania e cidadania.2. Contribuição do pensamento de Hobbes na construção do direito a cidade.Conclusão.

---

### **Introdução –**

*“CAP. XXI - Da liberdade dos súditos - O que é a liberdade - O que é ser livre - O medo e a liberdade são compatíveis - A liberdade e a necessidade são compatíveis - Os laços artificiais, ou convenções - A liberdade dos súditos consiste na liberdade em relação às convenções - A liberdade do súdito é compatível com o poder ilimitado do soberano - A liberdade louvada pelos autores é a liberdade dos soberanos, não a dos particulares - Como medir-se a liberdade dos súditos - Os súditos têm a liberdade de defender seus próprios corpos, mesmo contra aqueles que legitimamente os atacam; não podem ser obrigados a prejudicar-se a si mesmos; não podem ser obrigados a fazer a guerra, a não ser que voluntariamente o aceitem - A maior liberdade dos súditos depende do silêncio da lei - Em que casos os súditos estão dispensados da obediência a seu soberano - Em caso de cativo - Caso o soberano*

*renuncie ao governo, para si próprio e seus herdeiros - Em caso de banimento - Caso o soberano se torne súdito de um outro*

*CAP. XXII - Dos sistemas sujeitos, políticos e privados - Os diversos tipos de sistemas de pessoas - Em todos os corpos políticos o poder do representante é limitado - Por cartas de patente, e pelas leis - Quando o representante é um só homem, seus atos não autorizados são apenas seus - Quando é uma assembleia, é apenas o ato dos que assentiram - Quando o representante é um só homem, se tiver dinheiro emprestado ou uma dívida, por contrato, só ele é vinculado, não os membros - Quando é uma assembleia, só são vinculados os que assentiram - Se o credor pertencer à assembleia, só o corpo fica submetido à obrigação - O protesto contra os decretos dos corpos políticos é por vezes legítimo, mas nunca o é contra o poder soberano - Os corpos políticos para governo de uma província, colônia ou cidade - Os corpos políticos para a regulação do comércio - Um corpo político para conselho a ser dado ao soberano - Um corpo privado regular, legítimo, como uma família - Corpos privados regulares mas ilegítimos - Sistemas irregulares, tais como as ligas privadas - Facções relativas ao governo”[\[3\]](#)*

*“A superurbanização, em outras palavras, é impulsionada pela reprodução da pobreza, não pela oferta de empregos. Essa é apenas uma das várias descidas inesperadas para as quais a ordem mundial neoliberal vem direcionando o futuro. ” (...) (...) “Desde 1970, o crescimento das favelas em todo o hemisfério sul ultrapassou a urbanização propriamente dita. Na Amazônia, uma das fronteiras urbanas que crescem com mais velocidade em todo o mundo, 80% do crescimento das cidades tem-se dado nas favelas, privadas, em sua maior parte, de serviços públicos e transporte municipal, tornando-se assim sinônimos “urbanização” e “favelização”. ” (...) (...) “As mesmas tendências são visíveis em toda a Ásia. As autoridades policiais de Pequim estimam que 200 mil “flutuantes” (migrantes rurais não registrados) chegam todo ano, muitos deles amontoados em favelas ilegais na orla sul da capital. ” (...) (...) Das 500 mil pessoas que migram para Delhi todo ano, estima-se que um total de 400 mil acabem nas favelas; em 2015 a capital da Índia terá uma população favelada de mais de 10 milhões de pessoas. “Se essa tendência continuar*

*sem se abater”, avisa o especialista em planejamento Gautam Chatterjee, “só teremos favelas sem cidades”.<sup>[4]</sup>*

Preliminarmente, antes de entrar no debate proposto, (mesmo que de forma breve e superficial), precisamos explicar o porquê da escolha de um autor como Hobbes, para o aprofundamento dos estudos, precisamente referente a um tema como o relacionado ao campo do direito urbanístico - frente aos princípios da função social da propriedade e da cidade e ao direito a cidade como previstos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Cidade, lei federal n. 10257 de 2001.

Ora, acredito principalmente, pela importante leitura de Tonnies frente ao pensamento do filósofo inglês, a relevância de alguns conceitos e argumentos desenvolvidos por ele, como o da representação, do contrato, da cidadania, da soberania, direitos e dos deveres, do Estado dentre tantos outros, para contrapormos a dura realidade em que vivemos contemporaneamente.

Mesmo, que possa parecer uma contradição a escolha de um adversário feroz da democracia e defensor ferrenho do Estado “absoluto”, como Hobbes, para discussão dos temas eleitos, acredito que os argumentos desenvolvidos por ele sobre o conceito de soberania serão suficientes para dar conta deste aparente equívoco.

Também, é preciso anotar, para uma melhor compreensão do pensamento do filósofo inglês, no desenvolvimento de suas teorias, das análises parciais e da incompreensão de seus estudos e tratados, tanto no período em que viveu e como posteriormente.

Muitos, como Tonnies, pode observar no prologo de sua obra, veem nele um pensador típico do período medieval, colocando-o como discípulo de Lorde Bacon. E, inúmeros são os livros didáticos que o colocam como representante das monarquias absolutistas do Velho Mundo.

A teoria política apresentada por Hobbes em sua época foram contrarias a tendência majoritária adotada tanto na Inglaterra como em outros países da Europa.



Desta forma, não era de se estranhar que a opinião pública inglesa tenha se afastado de um pensador inimigo da teologia e da plutocracia.

E apresenta a opinião de George Grote, historiador, e próximo deste mesmo grupo, sobre a oposição ao pensamento de Hobbes na Inglaterra: “En realidade, es desprecio por las ideas propias de las classes privilegiadas – que se llaman a si mismas, falsamente, frenos del poder supremo, pero que em realidade, fraternizan com el y corronpen, em provecho próprio, para mantener oprimido al Pueblo – es lo que há contribuído a conventir em odiosas las teorías de Hobbes em Inglaterra ...; ha tenido que expiar sus tendências antioligarquicas y antipopulares.” (...) (...) “las personas que mas se interesron por sus obras fueron, generalmente – dentro de lo que yo he podido obsever -, personas de princípios radicales, que sostenian las ideas mas audaces acerca las funciones del Gobierno y de la educacion del Pueblo – personas que coincidian com Hobbes em su antipatia contra esos intereses de classe, que constituyen las fuerzas mas efectivas em las modernas monarquias pseudorrepresentativas, pero que divergen de el al considerar que un sistema representativo bien organizado ofrece las mejores garantias para una obediência y un gobierno racionales.”

Christopher Hill, historiador inglês, em sua obra *O Mundo de Ponta Cabeça*, em uma abordagem histórica da revolução inglesa de 1640, onde apresenta seus estudos sobre as ideias radicais que surgiram no período histórico estudado, apresenta em apêndice a obra título onde irá contrapor e aproximar o pensamento de Hobbes e Winstanley, aproxima no plano intelectual, Hobbes, junto aos radicais.<sup>[5]</sup>

E, também expõe certa ojeriza de seus adversários, dentre eles muitos monarquistas, como o conde de Clarendon, como observou Hill, nas considerações do mesmo nobre, realista, “considerava que Hobbes não valia mais que um leveller, dada a sua crença na igualdade entre os homens e a sua convicção de que a ascensão social devia estar aberta aos talentos” e continua o relato denunciando Hobbes por sua “ extrema malevolência para com a nobreza, que sempre o sustentou com seu pão.”<sup>[6]</sup>

Mariana Amaral Queiroz, em dissertação de mestrado, sobre a soberania no *De Cive* de Thomas Hobbes, em suas notas introdutórias observou também que existem diversas leituras das obras políticas de Thomas Hobbes. [7]

E confirma, os equívocos frente a interpretação dos textos de nosso autor, por diversos de seus comentadores, “que procuram caracterizar seu pensamento em termos abrangentes, definindo-o por aquele que seria o seu traço, digamos essencial.” [8] E, elucida tal fato, “em função das motivações ideológicas do autor, ou ainda em virtude de um comentário crítico, e as vezes, de uma extrapolação de sua filosofia e do que seriam as suas possíveis consequências para alguns problemas centrais da política.” [9]

Nos informa que frequentemente, o pensamento de Hobbes “é considerado amiúde como sendo a base teórica do Absolutismo, ou como um sistema em que todas as relações que envolvem a noção de Estado são concebidas de forma rigorosamente antidemocrática. (...) (...) algumas dessas sínteses são fortemente voltadas para o campo social, como por exemplo, a que vê o autor, situado em um contexto histórico preciso, representando uma concepção burguesa emergente. Há até mesmo quem o veja como um precursor remoto da ideia de Estado Totalitário.” [10]

Discorda das interpretações anteriores e apresenta a dificuldade de se atribuir uma ideologia política contemporânea como fundamento de seu pensamento e da complexidade de incluí-lo em correntes mais gerais da história das doutrinas políticas. [11]

Questiona o fato, de uma teoria de presumida propensão absolutista e autocrática não ter agradado os contemporâneos partidários da monarquia e também do grande distanciamento, tanto do pensamento conservador, quanto do liberal, ainda por vir, de sua formulação original. [12]

Entretanto, adverte, que as questões levantadas, não devem consistir na atribuição a Hobbes de uma linha de pensamento político autocontraditória.

E diz que “seria ainda absurdo, uma vez que suas preferências políticas estão indubitavelmente declaradas em seus escritos, descreve-lo com um pensador de tendências fundamentalmente democratizantes, ou que pretendesse propor o cerceamento da esfera de atuação do Estado.

Acreditamos, que dentre os obstáculos para interpretação dos textos de Hobbes, aparecem, acompanhando o raciocínio de Skinner, quando aponta, como uma das dificuldades, encontradas na maioria dos estudos realizados sobre Hobbes, encontra-se no fato destes estudos se prenderem unicamente na leitura das obras de Hobbes, sem a compreensão, que Hobbes escrevia para os seus contemporâneos.

Como o historiador diz: “Primeiramente, os estudos mais recentes têm se centrado exclusivamente nos textos de Hobbes, sem se perguntar o que poderia tê-lo instigado a formular e reformular seus argumentos distintivos, sem procurar, assim, identificar a natureza das disputas nas quais ele estava tomando parte.”<sup>[13]</sup>

Antes de enfrentarmos uma análise dos conceitos desenvolvidos em sua teoria política e moral, frente a realidade ne nossas cidades, da situação que se encontra a maior parte da população, e das relações políticas dos diversos atores existentes, devemos compreender qual a relação de Hobbes com a disciplina histórica e se existe alguma utilidade para nossa tarefa.

Debora Regina Vogt, em artigo publicado, na revista eletrônica história e-história, publicada com apoio do grupo de pesquisa arqueologia histórica da Unicamp, faz alusão a aproximação do autor com a disciplina, quando da tradução da obra de Tucídides, publicada em 1629.<sup>[14]</sup>

Ela associa a publicação ao fato da entrega da *Petição de Direitos* pelo parlamento a Carlos I, e depreende que um dos motivos de tal empreendimento, dá-se na proporção que Hobbes pretendia demonstrar a seus contemporâneos os malefícios da democracia – já que foram os democratas gregos que levaram Atenas a terrível Guerra do Peloponeso, início de sua ruína.<sup>[15]</sup>

Faz menção da publicação do Behemoth ou o Longo Parlamento, onde o tema da guerra é central, onde acusa os parlamentares e pregadores, como anteriormente os democratas gregos, do uso da retórica para iludirem o povo inglês e o convencerem a irem para a guerra.<sup>[16]</sup>

Nesta comparação, vislumbra a função pedagógica que o filósofo propõe para disciplina e expõe a visão de Hobbes, de que a história não mostra novidades, que ela é repetição de algo anterior e finalmente conclui que a preocupação do autor quanto os temas elegidos para narrativa histórica “foi no sentido de comprovar suas teorias filosóficas.”<sup>[17]</sup>

Como observamos nas palavras de nosso filósofo: “Porque, na História, os fatos honrosos e desonrosos aparecem clara e sensivelmente, enquanto na época em que se vive se apresentam encobertos (envoltos), onde poucos, muito precavidos, não se deixam confundir” e enaltecendo o historiador grego, no prologo da obra, celebra Tucídides como historiador, mas também como político, mas sem perder tempo com digressões morais ou políticas, dando ênfase nos fatos para impressionar os leitores - “coloca o leitor em meio as assembleias do povo e das reuniões dos Conselhos, para que assista aos debates, em meio aos tumultos, e até nos campos de batalha, na hora do combate.”<sup>[18]</sup>

### **1. Debate sobre a teoria moral e política de Hobbes sob a perspectiva da análise de Tonnies e o Direito a cidade**

Estes apontamentos tem o condão de apontar primeiramente as dificuldades do interprete frente a perspectiva de um pensamento complexo e original que procurava respostas a problemas – crises e conflitos da sociedade em que vivia.

Sua contribuição visa de forma precisa a construção de um aparato estatal que desse conta dos conflitos de interesses que estão presentes em qualquer sociedade humana. Ou seja, que conformasse os direitos opostos, conforme o interesse público ou coletivo – que assegurasse a todos os indivíduos do corpo político o máximo de segurança, bem-estar e paz.

O conceito de estado da natureza como oposto ao estado (civil e cidadão), Hobbes, o recebe da doutrina dominante. Oriundo do pensamento teológico de um estado originário do gênero humano que esta entrelaçado com o mito paradisíaco e com a fabula semelhante da Idade de Ouro.

Porém, Hobbes, irá inverter o sentido, seguindo a tradição epicurea convertendo a: num estado de barbárie e de guerra de todos contra todos. Admite, como os seguidores de epicuro, como certo o desenvolvimento da cultura a partir da barbárie – de um estado quase animal (que poderia ser observada nas condições dos selvagens (sociedades) encontrados nas descobertas.

Ademais, por enxergar, no mundo em que vivia uma situação de inimizade e desconfiança generalizada, de sentimentos como egoísmo, vaidade, empregados na luta por riquezas e honrarias.

A partir do qual foi amadurecendo a importância conceitual e o sentido geral do conceito de estado de natureza e guerra.

“soldados que sirven en facciones distintas y de albaniles que trabajan a las ordenes de distintos maestros de obras” – para descrever que apenas a autoridade (comum) pode ligar os indivíduos, que de outra forma seguiriam caminhos diferentes (até divergentes).

“reyes y demas personas com atribuciones soberanas”. Se hallan em permanente rivalidade, en pie y en guardiã, como gladiadores; tensas el arma y la mirada”; esto es, fortalezas, guarniciones e cânones em las fronteras, espionaje incessante del vecino – maneras distintas de guerrear”.

O primeiro de todos os bens é a própria conservação; o primeiro de todos os males a morte. A preservação da vida (a saúde, a segurança, etc.) é necessariamente uma tendência do ser humano (auto-preservação).

### **1.2.O direito natural e a supremacia da razão**



A diversidade de interesses e a autodeterminação dos indivíduos quantos as suas decisões (poder de escolha) está implicado na concepção da natureza humana em Hobbes, como Tonnies irá observar, ao sugerir o argumento desenvolvido por Hobbes, que nem sempre o que é bom para nós é bom para os outros. O mal e o bem andam entrelaçados na concepção de Hobbes. O que hoje é bom, em outro momento pode ser mal e assim vice-versa.

Será o bom senso, a razão, obrigatoriamente, que estabelecerá que a paz é boa, e todos os meios que levem a paz, são bons, garantindo desta maneira um futuro aos interesses do indivíduo e da coletividade.

Assinala, que sentido autentico deste direito natural reside no argumento (mais ou menos elaborado) do indivíduo com igual poder frente ao outro, assentado na liberdade e igualdade ou liberdade igual para todos.

Doutrina que se assemelha a de um Estado Social, onde a liberdade pessoal é um direito corrente, a propriedade individual uma instituição acabada onde existe uma avançada divisão do trabalho, comercio regular e uma economia monetária e de capital.

Hobbes anuncia a chegada do “reino da razão” - da luz, da ilustração – mas, também visualiza o “reino da sociedade comercial” da concorrência sem freios, da exploração capitalista.

Para ele, o significado, das expressões “o homem é um lobo para o homem”, e “guerra de todos contra todos, foram empregados para designar esta situação dentro da sociedade moderna.

Mas Hobbes não é ingênuo o bastante para imaginar que a ciência (neutralidade) promoveria necessariamente a construção de um mundo melhor. Como podemos depreender do argumento de Hobbes quanto a concepção, que o homem avido não melhora mediante a razão, e que a mesma razão pode favorecer, em certas situações a avidez do homem.

Desta forma, o pensador estabelece a necessidade da razão do legislador e do poder concentrado do Estado, para a manutenção da paz e

para o amparo dos fracos contra os fortes, dos pobres contra a exploradores.

Tonnies, assinala, que o pensamento de Hobbes extrapola estes argumentos para a resolução dos problemas sociais, e diz que o filosofo espera muito mais das opiniões racionais, da ilustração, não apenas do príncipe, como do povo.

Mas, também presente, que a mesma razão (ou ciências) frente a demagógica eloquência um “small power”, como nos relata o professor Roberto Romano, em pequeno artigo sobre a obra de Quentin Skinner *Reason and Rhetoric in the Philosophy of Hobbes*. [\[19\]](#)

Hobbes, pretende estabelecer uma oposição entre estado de natureza – liberdade e guerra geral, e instituição de uma autoridade soberana (fictícia) – Estado e paz geral. Mas, Tonnies, se questiona, como pode ser o Estado objeto da vontade de todos, já que todos (vontade) por natureza se contrapõe.

Mas, assinala, que tal contradição, deverá ser equacionada no argumento que somente mediante a consciência racional (razão) os membros recebem a sociedade estatal e sua existência e consistência como suprema e absoluta.

Observa, que a consciência racional, nada mais é, que o domínio de si (coletivo) (problema idêntico ao de Rosseau), que Hobbes, desenvolveu melhor em seu capítulo sobre política na construção jurídica do mandato e da representação.

O objetivo é a construção de argumentos jurídicos sólido relacionados a formação do Estado e não tanto quanto da fundamentação da obediência.

### **1.3.Estado e sociedade – o contrato social**

Portanto, a fundamentação ideal será representada quando a vontade estatal seja representada por uma pessoa (individual ou coletiva) investida em um poder jurídico ilimitado.

Inicialmente, os argumentos de Hobbes, quanto ao conceito de justiça se mantem na forma tradicional: a cada um o que é seu (por direito), mas, segue este conceito o questionamento sobre “a origem da ideia de algo possa ser designado como “propriedade” de alguém.

Consequência desta formulação a constatação que tal conceito não pode ser depreendido do estado natural, mas sim a partir de um consentimento entre os indivíduos – já que existe a necessidade de dividir o que é oferecido pela natureza.

Também, tal noção, implica em novo questionamento, com qual finalidade e necessidade os indivíduos se viram obrigados a escolher que cada um tivesse o que fosse seu, em lugar da posse coletiva de todas as coisas.

Para Hobbes, a posse por todos produz necessariamente a guerra – a disputa pelos indivíduos pela disputa pelo uso e controle dessa posse.

Por outro lado, conclui, que a guerra é prejudicial aos homens, e a partir dessa constatação chega a dois postulados da natureza humana:

1 – o desejo natural impulsiona o indivíduo a exigir o uso próprio dos bens comuns;

2 – a razão natural, possibilita a compreensão pelo indivíduo que a morte violenta é o pior dos males da Natureza, e que deve ser evitado a qualquer custo.

Em razão destes princípios, Hobbes, desenvolverá a noção da necessidade dos contratos e de sua manutenção (da palavra dada) e os elementos das virtudes morais e dos deveres cidadãos (C., Ep. ded.).

A raiz destes princípios e considerada a tarefa essencial do Estado e do direito positivo é a realização e verificação do princípio da igualdade. (perante a lei, perante um Tribunal – em presença dos investidos de soberania)

“La seguridad del Pueblo exige ... que la justicia se extienda por igual a todas las capas del Pueblo, esto es, que los mismo ricos y poderosos que pobres y desvalidos reciban lo suyo usto cuando sufran alguna injusticia; de tal manera, que los grandes no puedan contar con mayores probabilidades de impunidad al cometer una violência, difamacion u outra cualquiera contra um individuo de las classe inferiores, que aquellas com las podria contar este em caso contrario. Pues em eso consiste la equidade”, e continua “em cuanto a violência, a opresiones y ofensas de los grandes, su rango, em lugar de ser uma circunstancia atenuante, los e agravante, ya que son los que memos necesidad tienen de semejantes acciones. Las consuecuencias de uma parcialidade a favor de los grandes se multiplican. Impunidad tra consigo insolência; esta, ódio, y el ódio, encarnizado empeno para desraigar toda grandeza opressora y afrentosa, aunque sea a costa del cuerpo político” (L., P. II, 30; E. III, 333)

Tonnies, defende que Hobbes representa ao mesmo tempo o Estado de bem-estar e o de polícia.

#### **1.4.O papel do direito e da justiça**

Para Hobbes todo ordenamento sobre a propriedade está condicionado a lei – teoria da legalidade.

Mas, observa, ao desenvolver os argumentos relacionados aos conceitos de liberdade política, estabelecendo limites ao poder soberano. Em El., argumenta que a liberdade que o soberano deve proporcionar ao seu povo consiste em liberdade e bem-estar.

E, Liberdade deve ser compreendida como a limitação necessária da liberada de natural para consecução do bem comum. E, adverte, que não se deve propagar quantidades de leis, que possibilitem ao cidadão do bem cair em suas armadilhas.

Em C. Hobbes, aponta de forma visionária a evolução política posterior: “donde hay tantas leyes que no pueden ser recordadas facilmente, y com las que se prohíbe lo que la razon por si no prohíbe, es inevitable que, por pura ignorância, sin ninguna mala intencion, se caia dentro de la ley como em uma trampa”.

No L. (cap. XXI) volta a tratar em separado e mais explicitamente sobre a “liberdade dos súditos”.

Hobbes, propõe, que alguns direitos são inalienáveis ao indivíduo, que ele não pode abrir mão de determinados direitos naturais: que o súdito conserva a sua liberdade em respeito daquilo que não pode renunciar contratualmente o seu direito natural.

Ou seja, os contratos renunciando a legítima defesa ou obediência a ordens de se matar ou de se colocar em perigo eminente, de não resistir a agressão, de não se alimentar, ou qualquer outra coisa necessária a preservação da vida (bem-estar e segurança) são nulas.

Tal raciocínio permite até mesmo a compreensão de um direito a desobediência. Outrossim, fica implícito no argumento desenvolvido que ninguém deverá estar condicionado a uma obediência incondicional.

“La obligacion del súdito com el soberano no puede durar um momento mas de lo que dure el poder com que este lo protege”.

Mesmo defendendo a prevalência do direito positivo, em nenhum momento podemos depreender que Hobbes contemple a possibilidade da consideração do direito vigente ser incondicionalmente bom em si mesmo.

Ele, na verdade, preocupa-se em precisar os limites necessários e essenciais (prudentes e adequados) a legislação. Tonnies, assevera, que para Hobbes o princípio de submissão a vontade estatal significa: “liberação da Igreja e a liberdade de expressão do pensamento em suas variadas formas de expressão. ”

Tonnies, aponta, que se em suas principais obras deixou alguma dúvida sobre a questão, em pequenos textos, Hobbes, esclarece seu ponto de vista: “nada – se disse em el libro sobre a libertad de la voluntad – que sea mas adecuado para producir ódio, que la tirania sobre la razon y el entendimento de los hombres (E. V, 250) e em Behemoth (pag.62, mea ed.): “Um Estado puede forzarnos a obedecer, pero no a que nos convenzamos de um error, ni cambiar las opiniones de aquellos que creen



poseer las mejores razones. La opression de las opiniones no produce outro efecto que ele de unir y amargar, es decir, aumentar la maldad y el poder de aquellos que las creyeron em seguida”.

### **1.5. Soberania e cidadania**

A formação do Estado de Direito – *status civilis* – como estado efetivo depende absolutamente da vontade racional dos indivíduos que (que vivem em semelhante estado) compõe seu corpo político e principalmente querem ser cidadãos.

Portanto, a imagem de um verdadeiro Estado, constituído por uma vontade indubitável e absoluta, que preenche todos seus atributos de poder, soberano, legitimo, legislador, judicial e executivo.

Realiza-se, o *status civilis*, na superação do estado de natureza, onde a soberania aproxima-se da perfeição – cumprindo com o seu fim: manter a paz interior, promover o bem-estar e defender o país.

Observa, que Hobbes, na construção deste estado de direito, prevê a necessidade de implementação de uma legislação penal adequada e de um direito privado ou lei distributiva.

Aponta, quanto a concepção teórica de Hobbes, do conceito de propriedade se fundar na lei positiva, devido a impossibilidade da propriedade no estado de natureza (por tudo pertencer a todos).

Desta forma, a propriedade pode ter seu significado alterado, devido sua vinculação a norma jurídica instituída pelo Estado. Em consequência, nenhuma propriedade poderá ser contra o Estado e seu ordenamento somente será valido se legitimo, justo – adequado. (função social da propriedade)

Portanto, o legislador, soberano, está obrigado a mudar o ordenamento quando observar que o bem comum (*la salus publica*) assim o exige.

Outra consequência observada por Tonnies quanto o estado de direito encontra-se justamente na ideia propagada pela teoria de Hobbes, que todas as leis são igualmente validas, e obedece-las é uma obrigação do cidadão – mas, adverte, que nem todas as leis são racionais (justas) e o irracional (injusto) é contrário a lei natural.

Entretanto, não seria obrigatório a obediência cega a todas as leis, questiona-se o autor.

E responde de forma enfática, que Hobbes, não deixa dúvida alguma sobre a questão formulada, no desenvolvimento de sua argumentação sobre a moral esclarece, que aquele que age de forma irracional, peca. E, prevê a possibilidade, tanto do indivíduo, como o soberano (indivíduo ou assembleia) também pecam, ou seja, podem agir irracionalmente (quando não cumprem o seu dever).

Portanto, em tal situação, quando nos encontramos contra lei da natureza, voltamos conseqüentemente ao estado de natureza e podemos com todo o “direito” de tratarmo-nos de forma hostil.

Assim, define o Estado como “pessoa cuja vontade, nascida dos contratos de muitos homens, deve ser considerada como a vontade de todos eles”. E propõe, importante principio: “ A teoria do poder do Estado sobre os cidadãos (pende) quase completamente do conhecimento da diferença existente entre uma multidão que rege e uma que é regida.”

O principio majoritário, (C, c, VI, 2), se estabelece como condição primeira para a fundação do Estado, onde uma multidão se transforma em uma assembleia deliberante: a assembleia constitucional - pressuposto teórico da fundamentação do Estado. Esta construção do Estado racional começa com uma declaração dos direitos inalienáveis do homem que para Hobbes estão compreendidos dentro do direito de segurança pessoal - se essa segurança cessa, todos recobram o direito primitivo de defender-se como possam (estado da natureza).

O derradeiro momento da teoria (C., VI,3) vem a ser esta assembleia. Precede a todas as formas de Estado, está conceitualmente implicada nas três formas de governo.

Os novos preceitos contidos no capítulo 16 do *Leviatã* apresentam-se em toda a teoria do Estado e lhe fazem tomar um sentido completamente novo através do conceito de representação.

O representante pode vincular ou obrigar o representado, porém dentro dos limites do mandato. É apenas no caso de um mandato autêntico fica obrigado o mandante.

Cada membro da multidão tem que dar seu consentimento, concorrer para o “apoderamento” do mandato - “Pues la unidad del representante, y no la unidad de los representado, es lo que constituye la persona em su unidad.”

E, será no desenvolvimento desta teoria que irá aparecer de forma lógica e posto de forma jurídico-natural, o princípio que o voto ou a voz da maioria deve ser considerado como voto ou voz de todos.

Ademais é o modo natural de manifestar-se uma vontade, pois os votos contrários se anulam e o resultado desta operação que irá representar o voto e a voz dominante, ou seja, a verdadeira voz e vontade da pessoa artificial.

E o mandato se efetivara com a instituição de uma pessoa soberana - cuja existência e direitos procedem da vontade de todos - mandatário com mandato ilimitado pelo direito de representação e que tem por finalidade proporcionar através do contrato racional, da manifestação da vontade geral, construção artificial de um (sujeito) racional, capaz de querer e de fazer (domínio).

Também, aponta que no *L.* todo o peso do pensamento se concentra na afirmação de que a representação do povo se identifica com o conceito de Estado.

Ademais, nota neste momento que a teoria russouniana aproxima-se de seu grande antecessor.

Para Rousseau se subentende que o povo pode reunir-se quando e onde queira, e que se reserva sempre a soberania; Hobbes pensa com mais rigor jurídico político ao condicionar essa reserva da soberania ao fato de que a assembleia perdure isto é, que volte a reunir-se com regularidade por próprio direito e na forma legal ou constitucionalmente e de forma pré-fixada, com o objetivo de reavivar aquela soberania adormecida.

A tendência mais íntima do pensamento de Hobbes, no que afeta seu núcleo político, não favorece a monarquia tradicional – absolutismo teológico-legitimista, como o cesarismo e o despotismo ilustrado. Como Tonnies apresenta na figuração alegórica: Sua “cabeça de Jano” encarna em uma cara extremadamente monárquica e outra extremadamente democrática (Rocher, Politik, pg 509, 128).

O *Leviatã*, diferente das obras anteriores é, e tinha que ser antes um tratado político que de direito natural.

Ou seja, um “programa de governo servidor do povo, por meio de sabias leis e boa administração” (...) (...) “orientada para que não se descuide de nenhum dos atributos da soberania. E seguindo esta orientação, conseqüentemente resultara na elaboração de boas leis, ou seja, aquelas necessárias ao bem público - claras e transparentes, das quais se deve dar a conhecer as causas e os motivos que as originaram.”

Apresenta, que Hobbes e seus sucessores, afirmavam: “que uma propriedade jurídica só existe perante o poder estatal ou através da força coativa do direito. Hobbes, compreende que a sociedade criadora do poder estatal (em razão do interesse comum) é anterior ao próprio Estado: “Los individuos crean el Estado al reconocer su necesidad y coincidir em este reconocimiento, por mucho que, por lo demás, diverjan sus intereses y hasta se contradigan.” Tonnies compara o feito a grande conquista do direito romano: a independência e prioridade do direito privado.

Na opinião de Gierke, Hobbes, procurara desconstruir tal concepção de direito natural a partir de suas próprias armas “ya que rebaja el derecho preestatal del estado de naturaliza a la categoria de um jus inutile, que em realidade, no contiene ni el germen de um derecho; ante el Estado, mediante cuyo orden y coaccion nace el derecho, desaparece cualquier derecho no producido por él; rechaza pura y simplemente toda idea de un vinculo de lo justo y de lo injusto”. (Althus, 2, p.300) (grifamos)

Inicialmente, observa, que Hobbes, rechaça toda ideia de um vínculo jurídico que não proceda do poder estatal, mas, adverte, que tal ideia não se contrapõe a possibilidade da convivência no Estado, todo direito não produzido por ele.

Que a ideia do direito acompanha necessariamente a do Tribunal. Com esta ideia se relaciona o fato de o direito ser formal e realista, que não precisa da aceitação dos homens, que no direito privado pressupõe a livre disposição de cada indivíduo sobre seu corpo, ações e bens, ou seja, a igualdade de todos aqueles considerados pessoas na acepção do termo, e desta forma, possuem a liberdade de contratação, (vinculando-se) a força obrigatória dos contratos.

Adverte, que mesmo sendo alguns contratos rechaçados como imorais e considerados ilegais, vemos como regra no Direito Civil e nos Tribunais ordinários, pouca ou nenhuma preocupação sobre o conteúdo e valor moral dos contratos e do mérito pessoal dos sujeitos cujo o direito os vinculam.

E continua, partem de uma distribuição já dada da propriedade, por mais iniqua e imoral que seja, e baseando-se nela dão “*a cada uno lo suyo*”, ou seja, decidem o que um deve ao outro, o que este outro pode exigir daquele.

Para constatar, que os mesmos “servem ao “comercio”, a economia, dentro do qual cada um persegue conforme o direito e a moral naquilo que os convém (segundo seus interesses), a ganancia, a aquisição, conservação e aumento de sua propriedade.



Desta forma, apresenta e qualifica, o caráter de um comércio (economia), pacífico e regulado, como um estado de guerra.

Diante do caráter antagônico da sociedade moderna, Tonnies, observa (com Hobbes) a dissolução de todos os vínculos comuns do puro indivíduo, que enfrenta os demais, com seus bens e aptidões, com uma potência de interesses aptas para o acordo ou para luta. Processo inacabado, principalmente para as mulheres.

Destaca que Hobbes conceitualmente apresenta as bases da sociedade e do Estado moderno.

Afirma, que os teóricos posteriores a Hobbes, vinculados ao direito natural, não se aperceberam do fato, que a sociedade capitalista convertia o *homo* em *hominí lúpus*. E, serão os “socialistas”- partidários da doutrina da natureza essencialmente social do homem – os primeiros a perceberem a transformação.

O direito natural irá se transformar no direito privado dos Estados modernos e será recolhido nos “Códigos” – de maneira expressa ou com algumas restrições. Abandonando a tradição racionalista e se apegando a tradição jurídica romana.

Informa também, que foi notado por Hobbes o começo e a natureza da produção capitalista. Como podemos observar nos comentários sobre a pobreza e uma nova etapa referente o empresário e o pequeno artesão independente frente à transformação das cidades (*E.*, IV, 444).

Não é por acaso, que Tonnies, recupera a força dos argumentos das teorias de Hobbes, essencialmente quanto o que ele preleciona ao retratar o clima político em que vivia na Europa, que considerava extremamente importante, o resgate das doutrinas do direito natural “para a memória do mundo e da consciência dos juristas mediante uma exposição precisa e crítica de sua forma clássica racional[20]. ”

O período entre as guerras mundiais, 1919-1939, momento da terceira edição da obra de Tonnies sobre a vida e obra de Hobbes, demonstrava

para o interprete aquele estado de guerra latente que caminhava a passos largos para aquela guerra total - guerra de todos contra todos – “bellum ominium contra omnes”.[\[21\]](#)

## **2. Contribuição do pensamento de Hobbes na construção do direito a cidade**

Hobbes ao notar o começo e a natureza da produção capitalista em seus comentários sobre a pobreza e uma nova etapa referente o empresário e o pequeno artesão independente frente à transformação das cidades (E., IV, 444), antecipa, o caráter competitivo e desleal que corrompe aquele primeiro instrumento, ou seja o primeiro pacto - homens se unirão numa porção considerável para que tal aliança contra qualquer perturbação da paz.

Tal união consensual origem do Estado – que obriga os indivíduos, depositarem todos os seus direitos na mão de um príncipe soberano – formando uma vontade única, a ser por todos respeitada.

Com o objetivo que este mesmo Estado promova de forma equitativa os meios necessários para a promoção da paz e do bem-estar de todo o corpo político.

Apresenta variados motivos para que Hobbes exigisse a construção de uma estrutura estatal imune e poderosa o suficiente para dar conta dos variados interesses dentro de uma coletividade – que ele mesmo vislumbrou com interesses diversos e antagônicos.[\[22\]](#)

Ora, os elementos e argumentos de sua filosofia moral e política, seus estudos sobre a psicologia humana, ao contemplarmos a situação política contemporânea demonstra a importância dos temas elegidos como a profundidade de suas análises.

Principalmente, quando debruçamos nossos olhares sobre as cidades, local onde (sobre)vivem a maior parte da população, nos dias atuais. Onde as influências de interesses particulares, que se apropriaram da estrutura estatal, promovem, como bem observa o geógrafo David Harvey: “*Vivemos progressivamente em áreas urbanas divididas e tendentes ao conflito. Três*

*décadas atrás, a reviravolta neoliberal restaurou o poder de classe das elites ricas. Catorze bilionários surgiram no México desde então e, em 2006, aquele país ostentava o homem mais rico do mundo, Carlos Slim, ao mesmo tempo que a renda dos mais pobres havia estagnado ou diminuído. Os resultados são indelevelmente cáusticos sobre as formas espaciais de nossas cidades, que consistem progressivamente em fragmentos fortificados, comunidades fechadas e espaços públicos privatizados mantidos sob constante vigilância. No desenvolvimento mundial, a cidade está se dividindo em diferentes partes separadas, com aparente formação de muitos “microestados”.*

*E continua sua narrativa: “Vizinhanças riquíssimas providas com todos os tipos de serviços, como escola exclusivas, campos de golfe, quadra de tênis e patrulhamento privado da área em torno; área de medidores entrelaçados com instalação ilegal onde a água é disponível apenas em fontes públicas, sem sistema de saneamento, a eletricidade é pirateada por poucos privilegiados, as estradas se tornam lamaçal sempre que chove e onde as casas compartilhadas é a norma. Cada fragmento parece viver e funcionar autonomamente, fixando firmemente ao que for possível na luta diária pela sobrevivência (Balbo, 1993).”*

*E conclui que “progressivamente vemos o direito à cidade cair em mãos privadas ou interesses quase privados. Em Nova York, por exemplo, o bilionário prefeito, Michael Bloomberg, está remodelando a cidade conforme diretrizes favoráveis aos incorporadores – Wall Street e capitalistas transnacionais – e promovendo a cidade como uma localização ótima para grandes negócios e destino fantástico para turistas. Com efeito, ele está tornando Manhattan um vasto condomínio fechado para ricos. Na Cidade do México, Carlos Slim remendou as ruas do centro urbano para agradar ao olhar do turista. Não apenas indivíduos abastados exercem poder direto. Na cidade de New Haven, presa aos recursos de reinvestimento urbano, está Yale, uma das mais ricas universidade no mundo, que está redesenhando muito da estrutura urbana ao gosto das suas necessidades. A Universidade John Hopkins está fazendo o mesmo para o leste de Baltimore e a Universidade de Colúmbia planeja fazer igual para áreas de Nova York, estimulando movimentos de resistência em*

*ambos os casos. O direito à cidade, como ele está constituído agora, está extremamente confinado, restrito na maioria dos casos à pequena elite política e econômica, que está em posição de moldar as cidades cada vez mais ao seu gosto.* ”[23]

## **Conclusão**

Portanto, voltando numa possível contradição, da escolha de um autor que de forma declarada, assume sua posição contrária a democracia, na perspectiva da análise do conceito de direito a cidade, demonstra a força de seus argumentos na defesa de alguns pressupostos que ainda perduram no imaginário e nos textos Constitucionais como princípios inalienáveis: igualdade, legalidade, dignidade da pessoa humana, da soberania[24] e etc.

Igualdade como raiz destes princípios e considerada a tarefa essencial do Estado e do direito positivo (perante a lei, perante um Tribunal – em presença dos investidos de soberania):

“La seguridad del Pueblo exige ... que la justicia se extienda por igual a todas las capas del Pueblo, esto es, que los mismo ricos y poderosos que pobres y desvalidos reciban lo suyo usto cuando sufran alguna injusticia; de tal manera, que los grandes no puedan contar con mayores probabilidades de impunidad al cometer una violència, difamacion u outra cualquiera contra um individuo de las classe inferiores, que aquellas com las podria contar este em caso contrario. Pues em eso consiste la equidade”, e continua “em cuanto a violència, a opresiones y ofensas de los grandes, su rango, em lugar de ser uma circunstancia atenuante, los e agravante, ya que son los que memos necesidad tienen de semejantes acciones. Las consuecuencias de uma parcialidade a favor de los grandes se multiplican. Impunidad tra consigo insolência; esta, ódio, y el ódio, encarnizado empeno para desraigar toda grandeza opressora y afrentosa, aunque sea a costa del cuerpo político” (L., P. II, 30; E. III, 333)

Legalidade: nos limites necessários e essenciais (prudentes e adequados) a legislação. Tonnies, assevera, que para Hobbes o princípio de submissão a vontade estatal significa: “liberação da Igreja e a liberdade de expressão do pensamento em suas variadas formas de expressão.” [25]

Tonnies, aponta, que se em suas principais obras deixou alguma dúvida sobre a questão, em pequenos textos, Hobbes, esclarece seu ponto de vista: “nada – se disse em el libro sobre a libertad de la voluntad – que sea mas adecuado para producir ódio, que la tirania sobre la razon y el entendimento de los hombres (E. V, 250) e em Behemoth (pag.62, mea ed.): “Um Estado puede forzarnos a obedecer, pero no a que nos convenzamos de um error, ni cambiar las opiniones de aquellos que creen poseer las mejores razones. La opression de las opiniones no produce outro efecto que ele de unir y amargar, es decir, aumentar la maldad y el poder de aquellos que las creyeron em seguida”.

Dignidade da pessoa humana – mínimo existencial - Hobbes, propõe, que alguns direitos são inalienáveis ao indivíduo, que ele não pode abrir mão de determinados direitos naturais: que o súdito conserva a sua liberdade em respeito daquilo que não pode renunciar contratualmente o seu direito natural.

“La obligacion del súdito com el soberano no puede durar um momento mas de lo que dure el poder com que este lo protege”. [26]

### **Bibliografia:**

Aubrey, 1898, v.1, p.328 in Skinner, Quentin – Hobbes e a liberdade republicana, tradução Modesto Florenzano. – São Paulo: editora Unesp, 2010.

David Harvey, O direito a cidade - Traduzido do original em inglês “The right to the city”, por Jair Pinheiro, professor da FFC/UNESP/ Marília. Esta versão foi cotejada com a publicada na New Left Review, n. 53, 2008. Lutas Sociais agradece ao autor pela autorização de publicar o artigo, p. 73.

Davis, Mike. Planeta Favela. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006.



Guerra Filho, Willis Santiago e Henrique Garbelini Carnio. Introdução a Sociologia do Direito. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016. pp. 100 a 114.

Hill, Christopher, 1912- , O mundo de ponta-cabeça: ideias radicais durante a revolução inglesa de 1640 / Christopher Hill; tradução, apresentação e notas Renato Janine Ribeiro. — São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

Hobbes, Thomas – Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil, Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva in: 18:32 horas  
[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_thomas\\_hobbes\\_leviatan.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf)

Miranda, Marcella, A teoria da soberania em Thomas Hobbes, Revista 7 Mares, vol. N. 3, 2014. Também em Skinner, Quentin – Hobbes e a liberdade republicana, tradução Modesto Florenzano. – São Paulo: editora Unesp, 2010,

Pollock, Frederick, The National Review, setembro 1894, p.29 in Tonnies, Ferdinand, Hobbes: vida y doctrina, version espanola de Eugenio Imaz, Madrid – Espanha: editora Alianza Editorial, 1988, p.318.

Queiroz, Mariana Amaral – A soberania no *De Cive* de Thomas Hobbes, Campinas, SP: (s.n.), 2001.

Romano, Roberto – resenha da obra de Skinner, Quentin. *Reason and Rhetoric in the Philosophy of Hobbes*. Cambridge, Cambridge University Press, 1996. In: [revistas.ufpr.br/rsp/article/download/39352/24168](http://revistas.ufpr.br/rsp/article/download/39352/24168)

Skinner, Quentin – Hobbes e a liberdade republicana, tradução Modesto Florenzano. – São Paulo: editora Unesp, 2010.

Tonnies, Ferdinand, Hobbes: vida y doctrina, version espanola de Eugenio Imaz, Madrid – Espanha: editora Alianza Editorial, 1988

Vogt, Debora Regina, a história como laboratório comprobatório: a luta entre o Behemoth e o Leviatã em Thomas Hobbes, revista eletrônica história e-história, publicação organizada com apoio do grupo de pesquisa arqueologia histórica da Unicamp, atualizada em 07 de abril de 2009.

NOTAS:

[1] Queiroz, Mariana Amaral – A soberania no *De Cive* de Thomas Hobbes, Campinas, SP: (s.n.), 2001.

[2] Skinner, Quentin – Hobbes e a liberdade republicana, tradução Modesto Florenzano. – São Paulo: editora Unesp, 2010.

[3] Hobbes, Thomas – Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil, Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva in: 18:32 horas  
[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_thomas\\_hobbes\\_leviatan.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf)

[4] Davis, Mike. Planeta Favela. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006, p.27-28.

[5] Hill, Christopher, 1912- , O mundo de ponta-cabeça: ideias radicais durante a revolução inglesa de 1640 / Christopher Hill; tradução, apresentação e notas Renato Janine Ribeiro. — São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p.368.

[6] Hill, Christopher, 1912- , O mundo de ponta-cabeça: ideias radicais durante a revolução inglesa de 1640 / Christopher Hill; tradução, apresentação e notas Renato Janine Ribeiro. — São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p.368-369.

[7] Queiroz, Mariana Amaral – A soberania no *De Cive* de Thomas Hobbes, Campinas, SP: (s.n.), 2001.

[8] Queiroz, Mariana Amaral – A soberania no *De Cive* de Thomas Hobbes, Campinas, SP: (s.n.), 2001.

[9] Queiroz, Mariana Amaral – A soberania no *De Cive* de Thomas Hobbes, Campinas, SP: (s.n.), 2001.

[10] Queiroz, Mariana Amaral – A soberania no *De Cive* de Thomas Hobbes, Campinas, SP: (s.n.), 2001.

[11] Queiroz, Mariana Amaral – A soberania no *De Cive* de Thomas Hobbes, Campinas, SP: (s.n.), 2001.

[12] Queiroz, Mariana Amaral – A soberania no *De Cive* de Thomas Hobbes, Campinas, SP: (s.n.), 2001.

[13] Skinner, Quentin – Hobbes e a liberdade republicana, tradução Modesto Florenzano. – São Paulo: editora Unesp, 2010, p.13.

[14] Vogt, Debora Regina, a história como laboratório comprobatório: a luta entre o Behemoth e o Leviatã em Thomas Hobbes, revista eletrônica história e-história, publicação organizada com apoio do grupo de pesquisa arqueologia histórica da Unicamp, atualizada em 07 de abril de 2009.

[15] Vogt, Debora Regina, a história como laboratório comprobatório: a luta entre o Behemoth e o Leviatã em Thomas Hobbes, revista eletrônica história e-história, publicação organizada com apoio do grupo de pesquisa arqueologia histórica da Unicamp, atualizada em 07 de abril de 2009.

[16] Vogt, Debora Regina, a história como laboratório comprobatório: a luta entre o Behemoth e o Leviatã em Thomas Hobbes, revista eletrônica história e-história, publicação organizada com apoio do grupo de pesquisa arqueologia histórica da Unicamp, atualizada em 07 de abril de 2009.

[17] Vogt, Debora Regina, a história como laboratório comprobatório: a luta entre o Behemoth e o Leviatã em Thomas Hobbes, revista eletrônica história e-história, publicação organizada com apoio do grupo de pesquisa arqueologia histórica da Unicamp, atualizada em 07 de abril de 2009.

[18] Tonnies, Ferdinand, Hobbes: vida y doctrina, version espanola de Eugenio Imaz, Madrid – Espanha: editora Alianza Editorial, 1988, p.35.

[19] Romano, Roberto – resenha da obra de Skinner, Quentin. *Reason and Rhetoric in the Philosophy of Hobbes*. Cambridge, Cambridge University Press, 1996.  
In: revistas.ufpr.br/rsp/article/download/39352/24168

[20] Tonnies, Ferdinand, Hobbes: vida y doctrina, version espanola de Eugenio Imaz, Madrid – Espanha: editora Alianza Editorial, 1988, p.13-14.

[21] Guerra Filho, Willis Santiago e Henrique Garbelini Carnio. Introdução a Sociologia do Direito. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016. pp. 100 a 114.

[22] Guerra Filho, Willis Santiago e Henrique Garbelini Carnio. Introdução a Sociologia do Direito. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016. pp. 100 a 114. Para Hobbes, seu poder é absoluto, mas no sentido de incontestável e supremo. Mas nem por isso ilimitado. Limite intransponível lhe é imposto: não retornar aquém do pacto. Tem o dever de garantir as condições necessárias a essa paz. Cabe ao soberano

garantir as condições de segurança necessárias a vida social, de obrigar os indivíduos a cumprirem seus pactos.

[23] David Harvey, O direito a cidade - Traduzido do original em inglês “The right to the city”, por Jair Pinheiro, professor da FFC/UNESP/ Marília. Esta versão foi cotejada com a publicada na New Left Review, n. 53, 2008. Lutas Sociais agradece ao autor pela autorização de publicar o artigo, p. 86-88.

[24] Ibidem: Soberania como compreendida (programa de ação) no *Leviatã* - diferente das obras anteriores é, e tinha que ser antes um tratado político que de direito natural. Ou seja, um “programa de governo servidor do povo, por meio de sabias leis e boa administração” (...) (...) “orientada para que não se descuide de nenhum dos atributos da soberania. E seguindo esta orientação, conseqüentemente resultara na elaboração de boas leis, ou seja, aquelas necessárias ao bem público - claras e transparentes, das quais se deve dar a conhecer as causas e os motivos que as originaram. ”

[25] Ibidem: Tonnies, aponta, que se em suas principais obras deixou alguma dúvida sobre a questão, em pequenos textos, Hobbes, esclarece seu ponto de vista: “nada – se disse em el libro sobre a libertad de la voluntad – que sea mas adecuado para producir ódio, que la tirania sobre la razon y el entendimento de los hombres (E. V, 250) e em Behemoth (pag.62, mea ed.): “Um Estado puede forzarnos a obedecer, pero no a que nos convenzamos de um error, ni cambiar las opiniones de aquellos que creen poseer las mejores razones. La opression de las opiniones no produce outro efecto que ele de unir y amargar, es decir, aumentar la maldad y el poder de aquellos que las creyeron em seguida”.

[26] Ibidem: Ou seja, os contratos renunciando a legitima defesa ou obediência a ordens de se matar ou de se colocar em perigo eminente, de não resistir a agressão, de não se alimentar, ou qualquer outra coisa necessária a preservação da vida (bem-estar e segurança) são nulas. Tal raciocínio permite até mesmo a compreensão de um direito a desobediência. Outrossim, fica implícito no argumento desenvolvido que ninguém deverá estar condicionado a uma obediência incondicional.

## **O PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL E O DIREITO A CONSULTA PRÉVIA, LIVRE, E INFORMADA AOS POVOS TRADICIONAIS**

**YANCA DE CÁSSIA LOPES SALES:** Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Pós-graduanda em Direito Ambiental pelo CESUPA.

**Resumo:** O presente ensaio buscará apresentar de forma sucinta e contextualizada o processo de licenciamento ambiental e suas fases no que concerne aos empreendimentos ou atividade que atingem direta ou indiretamente os povos tradicionais, quilombolas ou indígenas, frente a Convenção 169 da OIT e o direito a consulta prévia, livre e informada. Sendo explorado os mecanismo de executividade da consulta prévia no processo de licenciamento ambiental e a obrigatoriedade legal da consulta neste procedimento licenciador.

**Palavras-chave:** Licenciamento ambiental. Consulta prévia. Povos Tradicionais. Convenção 169 da OIT. Protocolo de Consulta.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O Processo de Licenciamento Ambiental: Contexto histórico, definição e base legal; 3. Licenças Ambientais; 3.1. Licença Prévia; 3.2. Licença de Instalação; 3.3. Licença de Operação; 4. A Convenção 169 da OIT e o Direito a Consulta Prévia aos Povos Tradicionais no Processo de Licenciamento Ambiental; 5. Conclusões. Referências

---

### **1 Introdução**

O objetivo deste ensaio é analisar o processo de licenciamento ambiental dos empreendimentos ou atividades que atinjam direta ou indiretamente os povos e comunidades tradicionais, quilombolas ou indígenas, diante da Convenção nº 169 da OIT e o mecanismo de consulta prévia, livre e informada.

Será explorado de forma sucinta no primeiro tópico o processo de licenciamento ambiental diante do seu contexto histórico, base legal,



conceito. No segundo será abordada a licença ambiental e suas fases, quais sejam a licença prévia, de instalação e de operação. Por último será levado em consideração o mecanismo de consulta prévia, livre e informada no licenciamento ambiental, com o conseqüente estudo da Convenção nº 169 da OIT, mais especificamente no que tange ao artigo 6º.

No último subitem ainda abordar-se-á o procedimento que vem sendo adotado de forma democrática e exigida pelos povos tradicionais, quilombolas ou indígenas para a concretização do direito a consulta prévia, livre e informada no processo de licenciamento ambiental ou qualquer outro processo (administrativo ou legislativo) que venha a atingir essas comunidades.

O presente trabalho tende a responder aos seguintes questionamentos: O processo de licenciamento ambiental guarda compatibilidade com a Convenção nº 169 da OIT no que tange ao procedimento de Consulta Prévia, Livre e Informada? Qual o mecanismo adequado de consulta a ser adotado no processo de licenciamento?

O trabalho será construído com base em entendimentos já consagrados acerca de institutos jurídicos de direito privado e público, transportando-os para o mencionado direito à consulta prévia no que tange às comunidades tradicionais.

## **2 O Processo de Licenciamento Ambiental: Contexto histórico, definição e base legal.**

Historicamente, o desenvolvimento econômico da revolução industrial impediu por muitos anos que os problemas ambientais fossem enfrentados e considerados. Os impactos e poluições ambientais à época eram visíveis por meio do desenvolvimento desordenado da indústria, porém o progresso gerado por esse crescimento era justificado como um “mal necessário”, algo que a sociedade deveria acatar e aceitar.

Na década de 1960 por sua vez, em uma reunião no Clube de Roma<sup>[1]</sup>, o termo meio ambiente foi mencionado pela primeira vez com o

objetivo de reconstruir os países pós-guerra, se estabelecendo ali um debate sobre os problemas ambientais instalados após esse período.

Nessa era, portanto, o que se priorizava para a instalação de um empreendimento era tão somente o aspecto econômico, não se fazendo qualquer tipo de análise dos impactos ambientais que este projeto iria gerar, nem tampouco as consequências que acarretariam ao bem estar social das populações em seu entorno.

Institucionalmente a primeira manifestação acerca do tema “impactos ambientais” só se deu em 1969 nos Estados Unidos da América com a criação do NEPA (National Environmental Policy Act), e no ano seguinte com o Processo de Avaliação de Impacto Ambiental – AIA – como instrumento de política ambiental do primeiro. Nesse sentido preceitua Cerqueira (2009, p. 11):

A primeira manifestação, de maneira institucionalizada, de política relacionada ao tema impacto ao meio ambiente veio com a criação do NEPA (National Environmental Policy Act) em 1969, nos Estados Unidos da América, institucionalizando, no ano seguinte, o processo de Avaliação de Impacto Ambiental – AIA, como um instrumento da sua política ambiental. Esse instrumento legal dispunha sobre os objetivos e princípios da política ambiental norte-americana, exigindo para todos os empreendimentos com potencial impactante, a observação dos seguintes pontos: identificação dos impactos ambientais, efeitos ambientais negativos da proposta, alternativas da ação, relação dos recursos ambientais negativos no curto prazo e a manutenção ou mesmo melhoria do seu padrão no longo prazo e, por fim, a definição clara quanto a possíveis comprometimentos dos recursos ambientais para o caso de implantação da proposta. Mais tarde, esse instrumento também foi adotado pela França, Canadá, Holanda, Grã-

Bretanha e Alemanha (CERQUEIRA, ROSE e et al, 2009, p. 11).

Desta feita, trata-se de primeiro instrumento legal em que se exige para instalação de um grande empreendimento a observância de requisitos específicos sobre a questão ambiental.

Em meados de 1972, já em Estocolmo, foi realizada a I Conferência Mundial de Meio Ambiente, cujo objetivo era o estabelecimento de uma visão global de preservação e melhoria do meio ambiente, a qual resultou na Declaração sobre o Ambiente Humana onde se definiu em seu Princípio 1 que o homem tem o direito fundamental de desfrutar de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

Infere-se que a Declaração de Estocolmo foi um marco histórico na questão ambiental, uma vez que, a preocupação com a preservação do meio ambiente passou a fazer parte das políticas de desenvolvimento adotadas nos países mais avançados, sendo as avaliações de impactos ambientais apresentadas como mecanismo de incorporação ao processo de decisão de instalação de um empreendimento.

Desta época até os dias atuais, contudo, houve grandes avanços nos tratamentos das questões ambientais, tanto no que se refere a questão legislativa, quanto no processo de conscientização da sociedade no eixo preservação do meio ambiente.

No Brasil, ressalta-se que as primeiras tentativas de aplicação do método de avaliação de impactos ambientais decorrentes de instalação de empreendimentos se deram com as exigências feitas pelos órgãos financeiros para aprovação de empréstimos para projetos governamentais. Além disso, com a crescente conscientização da sociedade, tornou-se necessária a adoção de práticas cada vez mais adequadas de gerenciamento ambiental em quaisquer atividades modificadoras do meio ambiente.

Esse receio com os órgãos financeiros levou o governo brasileiro a sancionar a Lei nº 6938 de 1981, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente e criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente<sup>[2]</sup> (SISNAMA), contemplando critérios para a proteção ambiental no País. Nesta diapasão para proceder a operacionalização do sistema nacional foi instituído dentre outros instrumento, o **licenciamento ambiental**.

O licenciamento ambiental por sua vez, sustenta definição legal na Resolução do CONAMA nº 237/97, a qual estabelece em seu artigo 1º, inciso I, que:

I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Constitui-se portanto, um dos mecanismos de operacionalização da Política Nacional do Meio Ambiente<sup>[3]</sup>, possuindo como finalidade a promoção do controle prévio à construção do empreendimento, da instalação e da operação das atividades que demandam para o seu funcionamento a utilização de recursos ambientais<sup>[4]</sup>. Desta feita, com o licenciamento ambiental busca-se estabelecer mecanismo de controle ambiental, de setores que possam vir comprometer a qualidade ambiental.

Hoje, o licenciamento ambiental passou a abranger não mais tão somente os setores industriais, mas também os projetos de expansão urbana, agropecuária, turismo, bem como todo e qualquer empreendimento que demande comprometimento à qualidade ambiental.

Nesse aspecto, a Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, veio para reforçar a obrigatoriedade do licenciamento ambiental e a Política Nacional

do Meio Ambiente, estabelecendo em seu artigo 60 sanções penais e administrativas lesivas ao meio ambiente.

### **3 Licenças Ambientais**

O licenciamento ambiental, considerado um instrumento preventivo, consiste em um procedimento uno dividido em três fases distintas que estabelecem condições e medidas de controle ambiental que deverão ser observadas pelo empreendedor. Estas fases são: **licença prévia, licença de instalação e licença de operação.**

#### *3.1 Licença Prévia*

O art. 19 do Decreto nº 99.274/90 e o art. 8º da Resolução nº 237/97 do CONAMA definem o termo licença prévia (LP) como sendo a licença ambiental concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade, aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental, e ainda estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação. Cabe ressaltar que a concessão da LP não autoriza nem o início das obras, nem tampouco o funcionamento do empreendimento ou atividade, ou seja, a “emissão da Licença Prévia não garante a emissão da Licença de Instalação, e nenhuma das duas é garantia da Licença de Operação” (TRENNEPOHL, TRENNEPOHL, 2013, p. 60). Nessa diapasão se posiciona Talden Farias (2015, p. 71) ao explicar no que consiste a fase de licença prévia no processo de licenciamento ambiental:

É nessa fase que o empreendedor manifesta a intenção de realizar a atividade, devendo ser avaliadas a localização e a concepção do empreendimento, de maneira a atestar a sua viabilidade ambiental e a estabelecer os requisitos básicos para as próximas fases, devendo ser também elaborados os estudos de viabilidade do projeto. Após a análise, a discussão e a aprovação desses estudos de viabilidade, o órgão ambiental concederá a licença prévia, que por ser a primeira licença ambiental



deverá funcionar como um alicerce para a edificação de todo o empreendimento (FARIAS, 2015, p. 71).

Assim, cabe à licença prévia aprovar desde a concepção à localização do empreendimento/atividade, atestando a sua viabilidade ambiental. A LP trata-se porém, de uma garantia por parte do Órgão ambiental competente de que o empreendedor está pronto para iniciar os planejamentos da atividade.

Dessa formar a licença prévia desempenha um dos papéis mais importantes no processo de licenciamento ambiental, uma vez que é nessa fase que se constata os impactos que a atividade irá causar, bem como se faz a adequação das atividades econômicas com a legislação ambiental e ao correto procedimento de gestão ambiental. Nesse sentido preleciona Antônio Inagê de Assis Oliveira (2005, p. 362):

[...] A licença prévia desempenha um papel de maior importância dentro do licenciamento em relação à licença de instalação e à licença de operação, posto que é nessa fase em que se levantam as consequências da implantação e da operação do empreendimento e em que se determina a localização do empreendimento (OLIVEIRA, 2005, p. 362).

Isto posto, pelo fato da fase de licença prévia ser o momento em que podem serem feitas as alterações estruturais no projeto da atividade é que a mesma pode ser considerada como uma das etapas mais importantes do processo de licenciamento ambiental.

### 3.2 Licença de Instalação

Após a expedição da licença prévia e cumprida as exigências contidas nesta pelo empreendimento/atividade, o órgão competente poderá emitir a *licença de instalação*, que trata-se do mecanismo do processo de licenciamento que autoriza a instalação da atividade de acordo com as especificações dos planos, programas e projetos aprovados. Nessa segunda fase é o momento, além de tudo, da elaboração do Projeto

Executivo, apresentando-se técnicas adequadas e compatibilização da instalação com o meio ambiente.

Esta espécie de licença encontra base e definição legal no artigo 19, inciso II, do Decreto nº 99.274/90 e no artigo 8º da Resolução do CONAMA nº 237/97. Veja-se:

Art. 19. O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

[...]

II - Licença de Instalação (LI), autorizando o início da implantação, de acordo com as especificações constantes do Projeto Executivo aprovado;

**Artigo 8º** – O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

[...]

II – Licença de Instalação (LI) – autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental, e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

Desta forma, após aprovado pelo Órgão licenciador o Projeto Executivo, é expedida a licença de instalação com os quesitos legais e técnicos a serem efetivados pela atividade ou empreendimento a ser instalado como forma de proteção do meio ambiente, sendo somente a partir de então autorizada a implantação do projeto.

### *3.3 Licença de Operação*

Definida legalmente<sup>[5]</sup> como a licença ambiental que autoriza a operação do empreendimento ou atividade, após o efetivo cumprimento do que demandam as licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinadas para a operação. Trata-se por sua vez, de ato administrativo conclusivo para o empreendimento dar início às atividades.

Nessa fase, órgão licenciador antes de expedir a licença de operação, deverá efetuar uma vistoria no local e verificar o cumprimento das exigências de controle ambiental, e somente após isso que será concedida a referida licença e autorizado o efetivo funcionamento da atividade. É o que dispõe o art. 8º, inciso III da Resolução nº 237/97 do CONAMA:

**Artigo 8º** – O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

[...]

III – Licença de Operação (LO) – autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinadas para a operação.

Para a doutrinadora Raisa Lustosa de Oliveira (2014, p. 91), a licença de operação é a mais importante no processo de licenciamento ambiental, uma vez que permite o funcionamento da atividade.

Diante do exposto, cumpre trazer à tona o processos de licenciamento ambiental frente aos empreendimentos ou atividades que atingem direta ou indiretamente povos de comunidades tradicionais quilombolas e indígenas frente ao que demanda a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

#### **4 A Convenção 169 da OIT e o Direito a Consulta Prévia aos Povos Tradicionais no Processo de Licenciamento Ambiental**

O ponto principal do presente ensaio volta-se à análise dos dispositivos da Convenção 169 da OIT, especificamente no que tange ao procedimento de consulta prévia, livre e informada aos povos tradicionais no bojo do processo de licenciamento ambiental quando presentes na área de influência do empreendimento.

Primeiramente impende destacar o que dispõe os artigos 6º e 7º da Convenção 169 da OIT, *in verbis*:

*Artigo 6º*

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) **consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;**

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

*Artigo 7º*

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

Assevera-se que, por se tratar de norma internacional de direitos humanos, a presente Convenção deve guardar compatibilidade com as demais regras do ordenamento jurídico interno pátrio. Nesse aspecto, os estudos e avaliações ambientais realizados como base para viabilidade ambiental de um empreendimento ou atividade, deve levar em consideração a noção ampla de meio ambiente, destacando-se nesse caso "os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos", conforme artigo 6º, inciso I, "c", da Resolução CONAMA nº 01/86.

No processo de licenciamento ambiental por sua vez, o ente licenciador **tem a obrigação de legitimar a participação das comunidades tradicionais por meio do estabelecimento de instrumentos que permitam a estes expor suas ponderações, dúvidas e anseios, a fim de que sejam internalizados no procedimento de licenciamento.** A este procedimento de inclusão dos povos tradicionais no processo de licenciamento, dá-se o nome de *consulta prévia, livre e informada*, regida internacionalmente pela Convenção nº169 da OIT.

A obrigatoriedade da consulta prévia, livre e informada pelo Estado no processo de licenciamento ambiental, emana de obrigação legalmente constituída pelo artigo 6º da Convenção 169 da OIT, em que institui que todo procedimento **administrativo** ou legislativo que atinja direta ou



indiretamente os povos tradicionais, quilombolas e indígenas, deverá ser procedido mediante consulta prévia destes. Isso significa que, antes de iniciado o processo decisório, as partes se colocam em um diálogo que permita, por meio de revisão de suas posições iniciais, se chegarem à melhor decisão (DUPRAT, 2017, *online*).

Contudo, esse procedimento de consulta não deve se confundir com as audiências públicas realizadas sob os ditames da Resolução nº 09/87 do CONAMA, pois como o próprio termo indica, se trata de espaço coletivo em que qualquer pessoa poderá se fazer presente, sendo facultado o ingresso e participação de todos aqueles que se demonstrarem interessados na questão.

Atualmente, as comunidades tradicionais, quilombolas, indígenas e ribeirinhas, têm utilizado como mecanismo de concretização do direito à consulta prévia, livre e informada, o *protocolo de consulta prévia* [6].

O protocolo de consulta prévia trata-se de mecanismo democrático, produzido pela própria comunidade, onde informa como aquele povo deve ser consultada pelo Governo/Estado, qual a forma adequada, como deverão participar do processo decisório no processo de licenciamento ambiental, bem como em qualquer ato administrativo e legislativo que os atinjam.

Esses protocolos próprios, autorizados pela Convenção 169 da OIT, têm exatamente a finalidade de assegurar no ponto de partida um mínimo de equivalência entre as forças dos interlocutores (PERUZZO, 2016, p.20).

O direito à consulta prévia, livre e informada aos povos tradicionais nada mais é do que a concretização do princípio da participação do direito ambiental no processo de licenciamento, sendo um reconhecimento não tão somente ao direito à fala, mas sim enquanto pessoa ou comunidade política que tem argumentos e razões próprias para acatar ou propor mudanças em um processo decisório.

Esta participação ocorre respeitando as particularidades de cada indivíduo ou grupo culturalmente diferenciado. Nesse entendimento

Fajardo comenta que “o direito à participação se vincula diretamente com a capacidade de intervir em mecanismos de tomada de decisão e não apenas em mecanismo consultivo, onde decidam outros” (FAJARDO, 2008).

A respeito de como deve ocorrer a consulta prévia, pode ser tomado como base o que consta no Protocolo Munduruku, com atenção à garantia de participação efetiva e à necessidade de “o outro lado” conhecer a realidade dos povos tradicionais, quilombolas e indígenas. *In Verbis*:

O governo não pode nos consultar apenas quando já tiver tomado uma decisão. (...) Quando o governo federal vier fazer consulta na nossa aldeia, eles não devem chegar à pista de pouso, passar um dia e voltar. Eles têm que passar com paciência com a gente. Eles têm que viver com a gente, comer o que a gente come. Eles têm que ouvir a nossa conversa. O governo não precisa ter medo de nós. Se ele quer propor algo que vai afetar nossas vidas, que ele venha até a nossa casa. Não aceitaremos dialogar com assessores, queremos ser consultados por quem tem o poder de decisão. (...) Nessas reuniões, nossos saberes devem ser levados em consideração, no mesmo nível de conhecimento dos pariwat (não índios). (COMISSÃO PRO-INDIO DE SÃO PAULO, 2017, *online*).

Diante disso, nota-se que a consulta prévia, livre e informada deve ocorrer antes mesmo da primeira fase do licenciamento ambiental, qual seja a licença prévia, uma vez que os povos tradicionais, quilombolas e indígenas devem ser parte do processo decisório de qualquer ato administrativo ou legislativo que venha atingir o seu território, não restando dúvidas quanto ao amparo legal seja no ordenamento jurídico interno, quanto nos diplomas internacionais.

Destaca-se por fim que, a consulta prévia, livre e informada deve ser realizada seja no processo de licitação anterior ao empreendimento, nas fases do licenciamento ambiental, antes da emissão de qualquer espécie

de licença ambiental, participando assim do processo de licenciamento ambiental e da construção e conservação do meio ambiente.

## 5 Conclusões

Diante do exposto no presente ensaio conclui-se que, o processo de licenciamento ambiental teve como base uma construção histórica, com escopo de Declaração Universal de preservação do meio ambiente, bem como foi impulsionado pelas degradações causadas pelas indústrias. Observa-se que, no Brasil a exigência de concessão de licenças ambientais por meio do ente licenciador se deu a partir da necessidade de negociação e financiamento com agentes financiadores, o que deu origem a Lei nº 6938 de 1981, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente e criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

Dispôs-se também que o processo de licenciamento ambiental é subdividido em três fases, quais sejam licença prévia, de instalação e de operação, cada qual com sua finalidade, e não vinculativas.

Por fim, no que tange a questão apresentada acerca da obrigatoriedade de consulta prévia, livre e informada no processo de licenciamento ambiental, teceu-se alguns esclarecimentos sobre a Convenção nº 169 da OIT, e sobre o procedimento de consulta aos povos tradicionais, a forma de consulta. Concluiu-se portanto que a consulta prévia, livre e informada tem de ser realizada de acordo com as exigências das comunidades tradicionais, quilombolas e indígenas no processo de licenciamento ambiental, uma vez que o art. 6º da Convenção 169 da OIT elenca que deverá ser realizada em qualquer fase no escopo do processo administrativo ou legislativo.

Assim sendo, pelo fato do licenciamento ambiental se tratar de ato de natureza administrativa, os povos tradicionais deverão ser consultados em qualquer atividade ou empreendimento que venha a atingir estes, e sobretudo da maneira mais democrática possível, não se confundido a consulta com audiência pública, tendo mecanismo próprio e apropriado confeccionado pelas comunidades tradicionais, qual seja o *protocolo de*

*consulta prévia, livre e informada*, a ser respeitado pelo Estado e posto em execução pelo ente responsável.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_, **Declaração de Estocolmo sobre o ambiente Humano de 1972**. Disponível em: . Acesso em: 23 de dez. de 2017.

CERQUEIRA, Flora. ROSA, Daniel. Et al. **Programa Nacional de Capacitação de gestores ambientais: licenciamento ambiental /** Ministério do Meio Ambiente. – Brasília: MMA, 2009.

COLAÇO, Thais Luzia. **Os “novos” direitos indígenas**. In: WOLKMER, Antônio Carlos et al. (Coord.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectiva**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111.

COMISSÃO PRO-ÍNDIO DE SÃO PAULO. Disponível em: Acesso em 30 dez. 2017.

**DUPRAT, Deborah**. A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. Disponível em : < <http://reporterbrasil.org.br/2016/08/a-convencao-169-da-oit-e-o-direito-a-consulta-previa-livre-e-informada/>>. Acesso em: 24 de dez. de 2017

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. **De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación**. Amazônica - Revista de Antropologia, Belém, UFPA, v. 1, n. 2, 2009, p. 375.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. **Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación. Ponencia presentada en el Curso sobre “Consulta Previa”. V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica**. Bogotá Octubre 2008.

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FERRAZ, Bernardo Monteiro. **A Convenção OIT nº 169 e a participação das comunidades indígenas e quilombolas no licenciamento ambiental.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2693, 15 nov. 2010. Disponível em: . Acesso em: 30 dez. 2017.

OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. **Introdução a Legislação Ambiental Brasileira e Licenciamento Ambiental.** Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

OLIVEIRA, Raisa Lustosa de. **Licenciamento Ambiental: avaliação ambiental estratégica e (in)eficiência da proteção do meio ambiente.** Curitiba: Juruá, 2014.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito ambiental internacional.** 2. ed., rev., atual. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002. 357 p.

SOZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: Juruá, 2012, p. 84.

TRENNEPOHL, Curt, TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento Ambiental.** 5a ed. Niterói: Impetus, 2013.

NOTAS:

[1] O Clube de Roma foi constituído em 1968, composto por cientistas, industriais e políticos, que teve como objetivo discutir e analisar os limites do crescimento econômico levando em conta o uso crescente dos recursos naturais. Detectaram que os maiores problemas eram: industrialização acelerada, rápido crescimento demográfico, escassez de alimentos, esgotamento de recursos não renováveis, deterioração do meio ambiente. Um dos documentos mais importantes, em termos de repercussão entre os cientistas e os governantes foi o Relatório Meadows, conhecido como Relatório do Clube de Roma.

[2] A atuação do SISNAMA se dá mediante articulação coordenada dos Órgãos e entidades que o constituem, observado o acesso da opinião pública às informações relativas às agressões ao meio ambiente e às ações de proteção ambiental, na forma estabelecida pelo CONAMA.

[3] Artigo 9º, inciso IV da Lei nº 6.938/81.



[4] Lei nº 6938/81, Art. 10, caput.

[5] Artigo 19 do Decreto nº 99.274/90 e art. 8º da Resolução nº 237/97 do CONAMA.

[6] A título de exemplificação, pode ser mencionado o protocolo de consulta do Povo Juruna (disponível em: [http://www.mppa.mp.br/upload/PROTOABACATAArquFINAL2709%2520\(1\)\\_compressed.pdf](#)), e da Comunidade Quilombola do Abacatal/Ananindeua, lançado em 16 de outubro de 2017. (Disponível em:

[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwihnq2fgbLYAhWJCpAKHQtwApwQFggnM AA&url=http%3A%2F%2Fwww.mppa.mp.br%2Fupload%2FPROTOABACATAArquFINAL2709%2520\(1\)\\_compressed.pdf&usg=AOvVaw3iQZrr9HQs5w3rPAA4s8\\_F](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwihnq2fgbLYAhWJCpAKHQtwApwQFggnM AA&url=http%3A%2F%2Fwww.mppa.mp.br%2Fupload%2FPROTOABACATAArquFINAL2709%2520(1)_compressed.pdf&usg=AOvVaw3iQZrr9HQs5w3rPAA4s8_F)>)

## A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

**JÚLIA SÓRIA:** Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Brasília - UNB.

**Resumo:** Explana-se a separação dos poderes no ordenamento jurídico brasileiro e como esse modelo tem apresentado distorções num contexto de crise da tripartição das funções estatais. Tendo como base a decisão proferida no RE no 592.581, aborda-se a questão dos conflitos entre os poderes, identificando o conflito existente no caso, com enfoque no ativismo judicial – em contraponto às omissões do Poder Público – e nas capacidades institucionais dos poderes, e o Projeto de Lei no 8.058/2014, busca-se analisar os fenômenos dos diálogos institucionais entre os poderes e da interpretação extrajudicial.

**Palavras chave:** separação de poderes; constituição; teoria do estado.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. A separação de poderes na realidade brasileira – 3. Conclusão – 4. Referências Bibliográficas.

---

### 1. Introdução

A ideia da existência de três funções estatais distintas surge com Aristóteles em sua obra “Política”. Para ele, o poder soberano possui a função de editar normas gerais, de aplicar tais normas ao caso concreto e de julgar conflitos resultantes da execução das normas nos casos concretos. Todavia, devido ao momento histórico em que vivia, Aristóteles pregava que as três funções se concentrariam em um único poder exercido pelo soberano.

A tese da tripartição das funções estatais em órgãos distintos só ganharia força no século XVIII, a partir das ideias do filósofo Montesquieu em sua obra “O espírito das leis”. Tal teoria surge em contraposição ao absolutismo, inovando ao preconizar a noção de que cada função estatal deveria corresponder a um órgão distinto, autônomo e independente.

A partir de então, a teoria da separação dos poderes passou a ser inscrita e positivada nas Constituições, sendo vista como um mecanismo de contenção do poder pelo próprio poder. E tem, portanto, papel primordial na conformação dos estados constitucionais. No Brasil, com a Constituição de 1988, ganhou a qualificação de princípio fundamental e cláusula pétrea.

Associada à ideia de direitos fundamentais e liberdade, a teoria da tripartição dos poderes tem por finalidade legitimar e limitar o poder estatal. Legitimar porquanto permite o fortalecimento de aceitação popular das decisões governamentais, visto que permite a maior especialização de cada função e seu conseqüente aperfeiçoamento. E limitar o poder na medida em que impõe o sistema de “freios e contrapesos” – mecanismos de fiscalização, responsabilidade e controle recíprocos dos poderes, garantindo o equilíbrio político, a colaboração e o consenso entre as autoridades nas tomadas de decisão.

Na prática, contudo, a separação dos poderes não é tão pura, de modo que a cooperação e o equilíbrio entre os poderes não ocorrem da maneira como deveriam, e sempre há um poder que prevalece sobre os outros. Na formulação inicial da teoria, o poder Legislativo era o mais forte entre os três e o Judiciário, o mais fraco. A partir do advento do Estado Social, o Executivo ganha força, visto a demanda crescente por uma maior intervenção estatal na vida do cidadão.

O final da Segunda Guerra Mundial trouxe à tona a importância de criação de mecanismos de garantias dos direitos fundamentais, ampliando a sujeição do Estado ao Direito e, desse modo, propiciou um avanço da justiça constitucional sobre a política majoritária, ou seja, um avanço da jurisdição sobre áreas que tradicionalmente eram dominadas pelos outros Poderes. Além disso, a nova gama de direitos inerentes à ascensão do Estado Democrático de Direito trouxe a necessidade de adoção de medidas de atuação mais céleres, incompatível com a atual morosidade do processo legislativo.

## **2. A separação de poderes na realidade brasileira**

A Carta Magna brasileira estabelece uma área de inter-relação entre os três poderes, de modo que os poderes possuem permissão para, eventualmente, intervirem no plexo de atribuições dos outros, exercendo funções atípicas, o que acarreta uma série de conflitos entre Legislativo, Executivo e Judiciário, dando margem para a instauração de uma crise de governabilidade no país.

O centro real do poder político situa-se no Poder Executivo, o qual compreende o governo e a administração, sendo responsável por atender às demandas sociais e concretizar os direitos fundamentais. A Constituição lhe atribui, também, a prerrogativa de legislar, em casos excepcionais, através de medidas provisórias com força de lei e de julgar atos administrativos; bem como a competência de nomear autoridades pertencentes aos outros poderes.

O legislativo é responsável pela criação do direito positivo e pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo. Todavia, pode dispor, de forma atípica, de sua própria organização – provendo cargos, concedendo licenças, férias a servidores, etc. – e, também, julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade.

Por fim, o Judiciário é incumbido da aplicação do direito nas hipóteses de conflito, julgando os casos concretos. O texto constitucional, ainda, prevê a possibilidade do poder Judiciário suprimir lacunas legislativas, exercendo atividade legiferante, e executar o controle constitucional de normas e políticas públicas.

Todavia, muitas vezes os três poderes, a título de fiscalização, acabam por extrapolar suas esferas de competência, o que pode gerar grandes embates e conseqüentemente uma crise de governabilidade, semelhante à que ocorreu nos Estados Latinos. Ao adotarem o modelo norte-americano do presidencialismo como regime de governo e a divisão do poder de legislar entre congressos eleitos e presidentes, os países latino-americanos passaram a sofrer de um problema crônico, denominado “impasse”, no qual a maioria do Congresso

é dominada por partido político rival ao do chefe do poder Executivo, causando divergências de posicionamentos e formas de atuação.

No Brasil, houve uma acomodação dos poderes quanto a esse problema, e como saída para alcançar seus objetivos passaram a valer-se de instrumentos constitucionais, o que serviu para amplificar a instabilidade do governo. Desse modo, a crise brasileira tornou-se um ciclo vicioso, decorrente da cotidiana invasão, pelo Executivo e Judiciário, das atribuições do Poder Legislativo.

Ocorre que, além da morosidade do processo de criação de leis, o Poder Legislativo vem sofrendo uma série de escândalos perante a opinião pública, o que apenas contribui para o descrédito de sua imagem diante a população e, conseqüentemente, para intensificar crise de representatividade e credibilidade. A título de suprimirem as eventuais lacunas provocadas pela imobilidade do Legislativo, os outros poderes acabam por invadir excessivamente suas competências, contribuindo ainda mais para seu enfraquecimento.

O Poder Judiciário, então, como responsável por fazer valer a Constituição, passa a adotar postura mais ativista em relação à inércia do Legislativo, e, também, do Executivo, de modo que passa a ter participação mais ampla, intensa e proativa na concretização dos valores e fins constitucionais. E, ainda, devido à crise da democracia representativa brasileira e a crescente desconfiança social do Legislativo e Executivo, muitas vezes o Judiciário atende melhor às demandas sociais do que os outros poderes que, em tese, seriam os responsáveis por fazê-lo.

Atualmente, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao Supremo Tribunal Federal. Parte-se do pressuposto de que toda questão disciplinada por norma constitucional é, potencialmente, uma pretensão jurídica e pode ser formulada sob a forma de ação judicial, dando ao Judiciário poder de decidir sobre tal questão, como é o caso do julgamento do RE nº 592.581, em que se apreciou a licitude da imposição da obrigação de fazer à Administração Pública pelo Judiciário, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.



O julgamento supracitado tratou da questão da precariedade das condições dos estabelecimentos carcerários brasileiros. As prisões nacionais encontram-se em estado de completa falência, além das instalações deficientes, os episódios de sevícias, torturas, execuções, revoltas, superlotação, condições subumanas de higiene e saúde são frequentes. Tal quadro revela total desrespeito a inúmeros princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, o direito à integridade física e psíquica, bem como a normas infraconstitucionais e, até, internacionais. Desse modo, cabe ao Judiciário intervir para garantir o mínimo de respeito aos direitos fundamentais dos detentos, de modo a suprir as omissões do Executivo e suas políticas públicas referentes ao tema.

O cenário das prisões nacionais carece de pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada, bem como para fazer valer os direitos fundamentais daqueles que se encontram sob a égide do Estado. Portanto, o princípio da separação dos poderes não pode ser invocado de modo a afastar responsabilidades da Administração Pública em relação à violação de obrigações.

Contudo, os limites de intervenção do poder Judiciário na efetivação de direitos sociais de competência do Executivo devem ser observados. O STF fixou pré-requisitos a serem preenchidos para que seja possível o controle judicial de políticas públicas: a) natureza constitucional da política reclamada; b) correlação entre ela e os direitos fundamentais; c) omissão/prestação deficiente pela Administração Pública; d) inexistência de justificativa razoável para tal comportamento.

Um ativismo judicial exacerbado, entretanto, pode trazer uma série de riscos para a democracia e a consequente legitimidade democrática, visto que os membros do judiciário não são agentes públicos eleitos, de modo que apenas são capazes de invalidar atos dos outros poderes quando capazes de fundamentar racionalmente suas decisões com base na Constituição Federal. Em outras palavras, salvo exceções em que estejam em jogo direitos fundamentais garantidos pelo texto constitucional, quem tem legitimidade para desempenhar atribuições

políticas são aqueles escolhidos pelo povo através do processo democrático e do sufrágio.

A importância do papel do Judiciário como Guardião da Constituição deve ser reconhecida, porém, também, não se pode desconsiderar sua capacidade institucional – habilidade de cada poder do Estado para produzir a melhor decisão em determinada matéria – e seus limites. Desse modo, diante da sua falta de conhecimento em relação a um tema, deve o Judiciário adotar postura de autocontenção a fim de evitar o risco dos efeitos sistêmicos, os quais podem acarretar impactos imprevisíveis e consequências devastadoras.

Quanto à questão das políticas públicas, é o Executivo quem detém a capacidade institucional para melhor desenvolver e efetivá-las, tendo em vista sua expertise acerca de suas despesas financeiras, e seus efeitos concretos na estrutura do país. Todavia, caso haja violação de algum direito fundamental garantido pela Carta Magna, deve o Judiciário intervir de modo a protegê-lo.

A fim de estabelecer fronteiras legais aos métodos de controle e intervenção judicial em políticas públicas, o Congresso apresentou o Projeto de Lei nº 8.058/2014, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados. Tal projeto pretende instituir os princípios que orientarão o controle de políticas públicas pelo Judiciário, de forma a garantir que não haja prejuízo às competências dos outros poderes e a assegurar o gozo dos direitos fundamentais.

O projeto, ainda, evidencia a importância da presença dos diálogos institucionais no controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos estatais, a fim de garantir uma relação horizontal entre os poderes, em que prevaleça a igualdade, o respeito mútuo e a reciprocidade.

Os diálogos institucionais surgem como oposição e, ao mesmo tempo, alternativa à ideia convencional de “última palavra” do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, sobre a interpretação constitucional. A noção de “última palavra” das Cortes Constitucionais configura-se como completamente falaciosa, visto que suas decisões serão sempre provisórias. Ora, direito e política são processos em fluxo contínuo

que tendem a se adaptar ao contexto em que estão inseridos, desse modo, interpretações constitucionais são contingentes e sujeitas a mudanças constantes, portanto não serão aceitas de modo eterno.

Recusa-se, destarte, a visão do monopólio judicial na apreciação da Constituição, abrindo espaço para o fenômeno do constitucionalismo popular. Parte-se da premissa que o objetivo maior da Carta Magna é o bem comum de modo que a autoridade final para estabelecer como deve se proceder à interpretação constitucional é o povo.

A interpretação constitucional extrajudicial em momento algum intenta o desmerecimento do Judiciário como Guardião da Constituição, apenas busca a valorização do constitucionalismo que se expressa fora das cortes. Deve o STF adotar postura de maior atenção e deferência para com as compreensões dos outros poderes estatais, bem como da própria sociedade.

Em observância ao afloramento da ideia de interpretação constitucional extrajudicial, o Projeto de Lei supracitado é axiomático ao definir os padrões sobre os quais deve-se dar o controle jurisdicional de políticas públicas, e elenca em seus incisos a forma em que consagrar-se-á o diálogo institucional. Busca-se, a partir do diálogo, a garantia do contraditório, tanto do poder Público, como da sociedade, o assessoramento completo e necessário ao juiz a fim de assegurar o pleno conhecimento das particularidades do caso concreto e soluções consensuais, construídas a partir do comum acordo entre os poderes, de modo a ascender a soluções justas, equilibradas e exequíveis.

### **3. Conclusão**

No quadro político atual brasileiro, o ativismo judicial tem papel de grande importância, sendo peça fundamental da solução de casos concretos difíceis, contudo, seu uso deve ser eventual e controlado, a fim de evitar excessos e, como advertiu Luís Roberto Barroso: “Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura.”.

O Brasil enfrenta, hodiernamente, uma crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo, cada vez mais enfraquecido diante da crescente interferência dos outros poderes em sua esfera de atuação. Desse modo, deve-se buscar mecanismos capazes de conter as intervenções executivas e judiciárias no âmbito do processo de criação das leis, sem, entretanto, impedir o controle recíproco entre os poderes.

Também, devem ser criados artifícios que coordenem o controle judicial de políticas públicas, é com tal intuito que foi proposto o aludido Projeto de Lei nº 8.058/2014. O ativismo judicial é necessário no atual cenário brasileiro, contudo, este deve ser comedido, evitando subtrair competências dos outros poderes, por isso afigura-se como vital a aprovação de tal projeto, visto que este busca regulamentar como realizar-se-á o intermédio judicial no âmbito das políticas públicas, assegurando seus domínios e limites.

A título de exemplo, cita-se novamente o caso do julgamento do RE nº 592.581 pelo STF, no qual se salientou que o Judiciário, como Guardião da Constituição, deve intervir sempre que houver ameaça ou violação a normas fundamentais, como é o caso do sistema penitenciário brasileiro: os presos vivem hoje em situações desumanas, as condições estruturais dos cárceres são extremamente precárias, não existe o mínimo respeito à dignidade dos detentos e a outros direitos constitucionais, como o da integridade. Visto isso, é dever que se impõe ao Poder Judiciário imiscuir-se nos domínios da Administração Pública, obrigando-a a tomar providências cabíveis de modo a garantir o cumprimento dos direitos essenciais, reformando a estrutura carcerária nacional.

Conclui-se que, portanto, existe a necessidade de uma inter-relação equilibrada entre os Poderes, de modo que haja um diálogo institucional constante entre eles a fim de se garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais em todas as esferas do Poder Público.

#### **4. Referências Bibliográficas**

ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos poderes. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcellos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2013.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011.

VILE, M. J. C. Constitucionalismo y separación de poderes. Traducción por Xohana Bastida Calvo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice? Boston College Law Review, v. 54, Issue 2, p. 433-468, 2013.

SALDANHA, Nelson. O Estado Moderno e a Separação dos Poderes. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

NOVELINO, M. Constitucionalismo e democracia. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 125-160.



## DA PRESCINDIBILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO EXAUSTIVA DAS CONDIÇÕES FÁTICAS DE HIPOSSUFICIÊNCIA PARA OS FINS DE QUE TRATA O ARTIGO 98 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**ANTONIO SÉRGIO BLASQUEZ DE SÁ PEREIRA:**  
Advogado. Pós-graduando em Direito Civil e Empresarial.

**RESUMO:** O presente artigo tem por **objetivo** analisar quais os requisitos necessários à concessão da gratuidade de justiça às pessoas naturais durante a postulação judicial de suas pretensões. Para tanto, a metodologia de pesquisa utilizada se cingiu à análise legal, jurisprudencial e doutrinária do tema. Pelo estudo empreendido, forçosa a conclusão de que a gratuidade de justiça, além de não se confundir com a assistência jurídica integral e gratuita, tampouco com a assistência judiciária, é direito processual subjetivo cujo deferimento prescinde de demonstração exaustiva das condições fáticas de hipossuficiência alegadas nos casos em que a parte for pessoa natural, ressalvadas as hipóteses legais taxativamente previstas.

**Palavras-chaves:** Gratuidade de Justiça. Assistência jurídica integral. Art. 98 do CPC.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze the necessary requirements for granting the gratuitousness of justice as natural persons during the judicial postulation of their claims. For that, a research methodology used was limited to the juridical, jurisprudential and doctrinal analysis of the subject. Through the study undertaken, it is necessary to conclude that it is a gratuity of justice, in addition to being not confused with full legal and free legal assistance, nor with legal assistance, it is subjective procedural law granting exhaustive demonstration of the alleged hypnosufficiency conditions alleged in the cases in which the part for natural person, excepted as legal hypotheses provisionally foreseen.

**Keywords:** Free Justice. Full legal assistance. Art. 98 of the CPC.

**Sumário.** Introdução. 1 Gratuidade de justiça, assistência jurídica integral e gratuita e assistência judiciária. 1.1 A gratuidade de justiça. 1.2 A assistência jurídica integral e gratuita. 1.3 A assistência judiciária. 2.

Natureza jurídica da gratuidade de justiça. 3. Requisitos necessários ao deferimento da gratuidade de justiça. 4. Encargo de contrapor o requerimento de gratuidade de justiça. Conclusões. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

Com o presente artigo se busca perquirir quais são os requisitos necessários à concessão da gratuidade de justiça à pessoa natural, em âmbito judicial. A disciplina atualmente é regida pelos artigos 98 e seguintes do Código de Processo Civil. O fito específico é possibilitar aos operadores do direito identificar *decisionismos*, verdadeiros óbices indevidos comumente impostos pelos órgãos do Poder Judiciário<sup>[1]</sup> ao gozo deste direito.

O assunto é da mais alta relevância, na medida em que se encontra umbilicalmente ligado ao direito de acesso à justiça, esta que nas lições de Rezende Filho (1954, p. 281):

“[...] deve estar ao alcance de todos, ricos e poderosos, pobre e desprotegidos, mesmo porque o Estado reservou-se o direito de administra-la, não consentindo que ninguém faça justiça por suas próprias mãos. Comparecendo em juízo um litigante desprovido completamente de meios para arcar com as despesas processuais, inclusive honorários de advogado, é justo seja dispensado do pagamento de quaisquer custas”.

O tema abordado foi escolhido especialmente por dois motivos. Primeiro, em razão das “inovações” legislativas oriundas do novo Código de Processo Civil, que positivou boa parte da iterativa jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca do assunto. Segundo, em razão da aplicação prática destas disposições em âmbito judicial – muitas e muitas vezes em

dissonância com a presunção de veracidade da alegação de hipossuficiência lavrada exclusivamente pela pessoa natural.

Em razão dessa discordância hermenêutica, o que se vê são óbices impostos indevidamente pelos órgãos do Poder Judiciário, onde não raras as vezes o requerente da gratuidade de justiça objetivando não ter seu requerimento indeferido e conseqüentemente sua pretensão indiretamente rechaçada, vê-se compelido a trazer aos autos do processo documentos de jaez pessoal, inclusive abarcados por sigilo fiscal e bancário, como *conditio sine qua non* ao deferimento de seu pleito isentivo. Ação que, *a priori*, seria dispensável nos termos legais.

Entrementes, são comuns os despachos judiciais que impõem, como requisito indispensável à concessão da gratuidade de justiça a juntada de:

“Declarações de Imposto de Renda dos três últimos anos; holerite, cópia da CTPS ou outro documento comprobatório de rendimentos, cópia do contrato social das empresas do qual seja sócio, indicação dos bens imóveis que possui, bem como veículos, aeronaves e embarcações, discriminando seus valores”<sup>[2]</sup>.

Tais exigências, no mais das vezes, não encontram respaldo legal. Representam, em verdade, verdadeiro protagonismo judicial *contra legem*.

Com efeito, há óbice indevido ao usufruto de um direito processual assegurado às partes, conduta que no mais das vezes viola, inclusive, a necessária imparcialidade do juízo antes mesmo de instaurada a relação processual *sub judice*, porquanto – pelo menos *a priori* – o ônus da impugnação à concessão da gratuidade de justiça é da parte contrária e há de ser feita como preliminar de contestação, consoante ditame do artigo 337, XIII do Código de Processo Civil.

É óbvio que não se olvida da boa aplicação exegética-hermenêutica que necessariamente nos conduz a uma interpretação e aplicação da norma através de uma experiência axiológica *concreta*, afastando-nos da malfadada utilização mecânica do texto jurídico, como se as palavras do

legislador encerrassem um fim em si mesmas. Miguel Reale (1998, p. 495) já nos alertava da necessidade de aprofundar o estudo do que denominou “experiência normativa”, para que não nos percamos em cogitações abstratas, julgando erroneamente que a vida do Direito pode ser reduzida a uma simples inferência de lógica formal, onde a norma fruto da atividade hermenêutica resulta da simples conclusão entre duas premissas, em um silogismo desmedido. Assim:

“Nada mais ilusório do que reduzir o Direito a uma geometria de axiomas, teoremas e postulados normativos, perdendo-se de vista os valores que determinam os preceitos jurídicos e os fatos que os condicionam, tanto na sua gênese como na sua ulterior aplicação”<sup>[3]</sup>.

Mendes e Branco (2015, p. 84), citando preleção de Canotilho e Vital Moreira:

“A disposição, preceito ou enunciado linguístico - esclarecem Canotilho e Vital Moreira - é o objeto de interpretação; a norma é o produto da interpretação. Mas a tarefa do intérprete/aplicador não se esgota aí; o significado da norma também haverá de levar em conta a realidade fática que criou o problema que suscitou a necessidade de interpretação. Daí se extrair que a norma constitucional é formada por uma medida de ordenação expressa através de enunciados linguísticos (programa normativo) e por uma constelação de dados reais (setor ou domínio normativo)”.

Apesar da heterogeneidade dos elementos constitutivos do fenômeno interpretativo, a natureza dos institutos jurídicos determina, em maior ou menor grau, a sua maleabilidade hermenêutica, conferindo ao intérprete balizas interpretativas que hão de considerar com maior grau de importância os limites positivos do texto, para além do que se desagua em campo de oportunismos judiciais que solapam os princípios básicos da

ordem e da segurança jurídica, na melhor acepção dos comezinhos malabarismos jurídicos.

Bem por isso, Mendes (2015, p. 92) assevera que a tarefa hermenêutica é suscitada por um problema, mas para equacioná-lo o aplicador está necessariamente **vinculado ao texto** objeto de aplicação futura, de onde o hermenêuta arranca a pré-compreensão da norma jurídica vindoura.

Como veremos, as disposições do Código de Processo Civil acerca da gratuidade de justiça são indenes de dúvidas; as balizas hermenêuticas do texto, por sua vez, claramente definidas.

Dito isto, a metodologia empregada para a se chegar a solução proposta não poderia ser outra que não a análise normativa, jurisprudencial e doutrinária do tema, leitura que se fez sob a égide do Direito Constitucional e seus preceitos aplicáveis aos direitos e garantias fundamentais correlatos.

## **1 GRATUIDADE DE JUSTIÇA, ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA**

Antes de adentrarmos ao assunto principal, necessário o desfazimento de equívoco conceitual bastante comum, tanto no meio forense quanto acadêmico. O conceito de **gratuidade de justiça não é coincidente com o de assistência jurídica integral e gratuita, tampouco atualmente se confundem com o conceito de assistência judiciária.**

Acertadamente e corroborando o sobredito pensamento, Esteves e Alves (2014, p. 94) alertam que “as expressões assistência judiciária, assistência jurídica e gratuidade de justiça vêm sendo utilizadas ao longo dos anos sem o adequado desvelo técnico”.

De fato, ao longo dos anos se percebeu que nem a jurisprudência nem a doutrina se dedicaram com afincos a definir os contornos específicos destes três institutos, muitas vezes os confundindo um pelo outro. Em parte, a responsabilidade desta generalizada confusão se deu em razão do



próprio legislador, que ao editar a Lei Nacional<sup>[4]</sup> 1.060/1950 quis com um só instituto (o da assistência judiciária) abarcar o conteúdo de outros dois, a saber:

“De fato, essa confusão terminológica se deve, em grande parte, à própria deficiência técnica da Lei n. 1.060/1950, que se utiliza inadvertidamente do termo assistência judiciária para designar (i) o serviço público de assistência dos necessitados em juízo (art. 1º); (ii) o órgão estatal responsável pela prestação do serviço de assistência dos hipossuficientes (art. 5º, §§1º, 2º e 5º e art. 18); e (iii) o benefício de isenção de despesas processuais, ou seja, como sinônimo de gratuidade de justiça (arts. 3º, 4º, §2º, 6º, 7º, 9º, 10 e 11)”<sup>[5]</sup>.

### **1.1 A GRATUIDADE DE JUSTIÇA**

A **gratuidade de justiça**, a teor do disposto no art. 98 do Código de Processo Civil, compreende a dispensa ao pagamento de taxas ou as custas judiciais; selos postais; as despesas com publicação na imprensa oficial; a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral; as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais; os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira; o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução; os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório; os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido<sup>[6]</sup>.

### **1.2 A ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA**

A **assistência jurídica integral e gratuita** é um direito fundamental previsto no artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal, nos termos seguintes:

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

É, em verdade, um serviço público cuja concretização atualmente se dá pela relevante atuação da Defensoria Pública, órgão autônomo, constitucionalmente incumbido da orientação jurídica, judicial e extrajudicial, dos necessitados. Bem por isso, o artigo 134 da Constituição, que trata da Defensoria Pública, fazendo referência direta ao supracitado art. 5º, LXXIV dispõe que:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, **na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.** (grifos nossos)

Até esse ponto argumentativo é possível vislumbrar com absoluta clareza as diferenças conceituais havidas entre a **gratuidade de justiça**, que nada mais é que uma norma de cunho processual-tributário, isentiva-heterônoma<sup>[7]</sup>, do **direito fundamental de assistência jurídica integral e gratuita**, serviço público que se consubstancia em um direito fundamental materializado pela Defensoria Pública em prol dos necessitados.

### 1.3 A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Contudo, estes dois conceitos em cotejo com o de assistência judiciária não possuem contornos diferenciais bem delineados, sobretudo porque o legislador, quando da criação da Lei Nacional 1.060/1950 demonstrou grave desapego à técnica<sup>[8]</sup>, pois designa a assistência

judiciária como sendo um serviço, vide art. 5º, §1º, e em seu artigo 9º preleciona que os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, dando a entender que o conceito do instituto é misto: ora abarcando uma atividade estatal, atualmente própria da Defensoria Pública, ora a dispensa ao pagamento de custas durante a demanda, matéria cuja regulamentação coube ao Código de Processo Civil.

Dessarte, *a priori* a assistência judiciária designaria o que hoje entendemos pela assistência jurídica integral e gratuita quanto a própria gratuidade de justiça. Acontece que estas duas acepções extraíveis da leitura do que permanece formalmente em vigor da Lei Nacional 1.060/1950 foram objeto de legislação específica posterior<sup>[9]</sup>. Veja-se.

A prestação de serviços jurídicos aos necessitados, além de novo assento constitucional, foi regulada pela Lei Complementar n.º 80/1994. A parte que trata das isenções, pelo atual Código de Processo Civil. Bem por isso, Cabral e Cramer (2016, p. 161) estranham a permanência formal da Lei 1.060/1950 no ordenamento jurídico:

“Aliás, não se entende a razão pela qual não houve a revogação integral da Lei 1.060/1950. Os dispositivos mantidos parecem prejudicados ou inócuos”.

Franklyn Roger Alves Silva em interessante análise legislativa defende que somente o artigo 9º da referida lei possui aplicabilidade prática nos dias de hoje<sup>[10]</sup>.

Apesar das fundadas críticas à permanência formal da Lei Nacional 1.060/1950 no direito brasileiro, temos que o instituto da assistência judiciária ainda possui significado. Com efeito, advogamos a necessidade de releitura do conceito.

Com o arcabouço constitucional e a produção legiferante infraconstitucional que lhe sucederam, o sentido jurídico do instituto nos dias de hoje parece coincidente com a definição que lhe empresta a

disposição do art. 45 da Constituição Estadual do Estado do Rio Grande do Sul:

“O servidor público processado, civil ou criminalmente, em razão de ato praticado no exercício regular de suas funções terá direito à assistência judiciária do Estado”.

Não se está mais diante de um serviço público posto à disposição de hipossuficientes, tampouco da assistência jurídica integral e gratuita, mas de especial e qualificado serviço jurídico posto à disposição da função pública daquele que, processado em razão do cumprimento de seus misteres funcionais, vem a ser processado civil ou criminalmente. O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n.º 3022 entendeu que a supra referida disposição da Constituição Estadual:

“[...] não viola a CF, uma vez que apenas outorga, de forma ampla, um direito funcional de proteção do servidor que, agindo regularmente no exercício de suas funções, venha a ser processado civil ou criminalmente [...]”.

Entendeu inconstitucional, outrossim, apenas a disposição específica que atribuía à Defensoria Pública este mister, por vislumbrar ofensa ao art. 134 da Constituição Federal. Em termos sucintos: além de não ser coincidente com o conceito de gratuidade de justiça, definitivamente assistência judiciária não se confunde com assistência jurídica integral nos próprios dizeres do Supremo Tribunal Federal.

## **2 NATUREZA JURÍDICA DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA**

Conforme restou decidido no julgamento da ADI n.º 1378, Relator o Ministro Celso de Mello, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que as custas judiciais e os emolumentos relacionados aos serviços notariais e registrais possuem **natureza tributária**, sendo consideradas taxas (RTJ 141/430), tributos de índole marcadamente retributiva ou contraprestacional<sup>[11]</sup>.

Pela sua importância, confira-se o teor do julgado:

“E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CUSTAS JUDICIAIS E EMOLUMENTOS EXTRAJUDICIAIS - NATUREZA TRIBUTÁRIA (TAXA) - DESTINAÇÃO PARCIAL DOS RECURSOS ORIUNDOS DA ARRECADAÇÃO DESSES VALORES A INSTITUIÇÕES PRIVADAS - INADMISSIBILIDADE - VINCULAÇÃO DESSES MESMOS RECURSOS AO CUSTEIO DE ATIVIDADES DIVERSAS DAQUELAS CUJO EXERCÍCIO JUSTIFICOU A INSTITUIÇÃO DAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS EM REFERÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO DA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA TAXA - RELEVÂNCIA JURÍDICA DO PEDIDO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. NATUREZA JURÍDICA DAS CUSTAS JUDICIAIS E DOS EMOLUMENTOS EXTRAJUDICIAIS. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos, sujeitando-se, em conseqüência, quer no que concerne à sua instituição e majoração, quer no que se refere à sua exigibilidade, ao regime jurídico-constitucional pertinente a essa especial modalidade de tributo vinculado, notadamente aos princípios fundamentais que proclamam, dentre outras, as garantias essenciais (a) da reserva de competência impositiva, (b) da legalidade, (c) da isonomia e (d) da anterioridade. Precedentes. Doutrina. SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. - A atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em



decorrência de sua própria natureza, função revestida de estatalidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime estrito de direito público. A possibilidade constitucional de a execução dos serviços notariais e de registro ser efetivada "em caráter privado, por delegação do poder público" (CF, art. 236), não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa. - As serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas destinadas "a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos" (Lei n. 8.935/94, art. 1º), constituem órgãos públicos titularizados por agentes que se qualificam, na perspectiva das relações que mantêm com o Estado, como típicos servidores públicos. Doutrina e Jurisprudência. - DESTINAÇÃO DE CUSTAS E EMOLUMENTOS A FINALIDADES INCOMPATÍVEIS COM A SUA NATUREZA TRIBUTÁRIA. - Qualificando-se as custas judiciais e os emolumentos extrajudiciais como taxas (RTJ 141/430), nada pode justificar seja o produto de sua arrecadação afetado ao custeio de serviços públicos diversos daqueles a cuja remuneração tais valores se destinam especificamente (pois, nessa hipótese, a função constitucional da taxa - que é tributo vinculado - restaria descaracterizada) ou, então, à satisfação das necessidades financeiras ou à realização dos objetivos sociais de entidades meramente privadas. É que, em tal situação, subverter-se-ia a própria finalidade institucional do tributo, sem se mencionar o fato de que esse privilegiado (e inaceitável) tratamento dispensado a simples instituições particulares (Associação de Magistrados e Caixa de Assistência dos Advogados) importaria em evidente

transgressão estatal ao postulado constitucional da igualdade. Precedentes.

ADI 1378 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/1995, DJ 30-05-1997 PP-23175 EMENT VOL-01871-02 PP-00225”.

Desta feita, o artigo 98 do Código de Processo Civil é uma norma de viés processual-tributário, isentiva-heterônoma, que permite ao juiz aplicar a dispensa do pagamento do tributo devido. Não é demais lembrar que segundo a tese que prevaleceu no Judiciário, a isenção não é causa de não incidência tributária, pois, mesmo com a isenção, os fatos geradores continuam a ocorrer, gerando as respectivas obrigações tributárias, sendo apenas excluída a etapa do lançamento e, por conseguinte, a constituição do direito<sup>[12]</sup>.

### **3 REQUISITOS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA**

Com o Novo Código de Processo Civil, matéria relativa à gratuidade de justiça passou a ser tratada no bojo do caderno processual, diferentemente do que ocorria sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 que, silente no assunto, relegava à Lei Federal 1060/50 a regulamentação do assunto.

Na prática forense tem-se visto com frequência a adoção de critérios eminentemente subjetivos do julgador em conferir ou não o direito processual da parte. As disposições normativas que tratam do assunto, em específico, foram plasmadas no artigo 99, *caput* e §3º na forma respectiva:

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso<sup>[13]</sup>.

§3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Especial atenção ao conteúdo inserto no §3º do artigo 99, que prelecionou que a alegação de insuficiência, quando deduzida exclusivamente por pessoa natural, presume-se verdadeira, isto é, não havendo indícios contrários ao que dispõe a alegação, esta deve ser o suficiente e o bastante para que o juiz aplique a norma isentiva.

Não se desvela necessário, portanto, que em um primeiro momento, haja a comprovação ostensiva das condições fáticas de hipossuficiência. A declaração preenche o requisito legal exigido, pois tem força presuntiva de veracidade.

O que se tem visto, contudo, é a verdadeira desnaturação da regra processual. O juiz, à mingua de qualquer indício contrário ao direito requerido, condiciona a concessão da medida a uma verdadeira *via crucis* processual, onde não raro a parte que pleiteia o benefício é obrigada a provar sua alegação através da juntada de documentos pessoais resguardados, muitas vezes, por sigilo bancário ou fiscal<sup>[14]</sup>.

É da mais alta importância atestar que este modo de proceder judicial representa evidente violação a regra disposta no artigo 99, §3º do Código de Processo Civil, na medida em que o juízo, condicionando a concessão do benefício da gratuidade de justiça a ostensiva comprovação das condições fáticas de hipossuficiência, à mingua de indícios que disponham em contrário, ignora a presunção relativa prevista no Código, tomando postura ativa que não se coaduna com sua condição de parte equidistante.

Veja-se exemplo de julgado neste sentido, oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo, datado de 18 de dezembro de 2017:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL – BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – INDEFERIMENTO – RECURSO DOS AUTORES – DESPROVIMENTO DE RIGOR. SITUAÇÃO FÁTICA DOS AUTOS QUE NÃO COMPROVA O ALEGADO ESTADO DE POBREZA ALEGADO PELOS AGRAVANTES – NÃO COMPROVAÇÃO DE SUA HIPOSSUFICIÊNCIA

FINANCEIRA. R. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

É sabido que a mera declaração de hipossuficiência financeira não é suficiente para o deferimento do pleito, tratando-se de presunção relativa (sic). Desta forma, a decisão do Nobre Magistrado deve ser mantida. Assim, por não demonstrada a precariedade ao sustento próprio (sic), não podem os autores, ora agravantes, ser considerados necessitados nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei Federal nº [1.060/50](#), revogado pelo art. 98 da Lei Federal nº 13.105/15 ([CPC/15](#)).

TJ-SP 21970397820178260000 SP 2197039-78.2017.8.26.0000, Relator: Sidney Romano dos Reis, Data de Julgamento: 18/12/2017, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 19/12/2017".[\[15\]](#)

Não é demais lembrar que, por óbvio, pode sim o juízo requerer que a parte que pleiteia o benefício faça prova de suas alegações sob pena de indeferir o requerimento. Contudo, este proceder é próprio de situações particulares, em que a alegação de insuficiência de recursos não se coaduna com a narrativa fática exposta na inicial, com a condição financeira da pessoa natural em juízo ou quando houver nos autos elementos que evidenciem que a parte é autossuficiente. Assim, dispõe o artigo 99, §2º do Código de Processo Civil que:

§2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

*Contrariu sensu*, não havendo nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade, a conduta do juízo deve primar pelo deferimento da medida, posto que em se tratando de um direito processual nuclearmente ligado ao direito

fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV) sua aplicação hermenêutica deve dar-se em consonância com o postulado da máxima efetividade.

Apesar da clareza da disposição legal, o próprio Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que é lícito ao juiz “*investigar* sobre a real condição econômico-financeira” da parte, bem como ordenar que esta comprove nos autos que não pode arcar com custas e despesas, em total dissonância com o texto do Código de Processo Civil. Neste sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL NÃO INSTRUÍDO COM AS GUIAS DE CUSTAS E RESPECTIVO COMPROVANTE DE PAGAMENTO. DESERÇÃO. RECURSO ESPECIAL. REQUERIMENTO DE BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. REITERAÇÃO DO PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA GRATUITA EM SEDE RECURSAL. NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE DECISÃO ANTERIOR DEFERINDO O BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. NECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DO PREPARO. DESERÇÃO.

1. A declaração de hipossuficiência econômica possui presunção *juris tantum*, podendo o julgador a quo investigar sobre a real condição econômico-financeira do requerente e ordenar que comprove nos autos que não pode arcar com as despesas processuais e com os honorários de sucumbência.

AgRg no AREsp n. 772.654/PR, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/3/2016, DJe 28/3/2016”.

Pedimos vênias para reproduzir uma vez mais que apesar da heterogeneidade dos elementos constitutivos do fenômeno interpretativo, a



natureza dos institutos jurídicos determina, em maior ou menor grau, a sua maleabilidade hermenêutica, conferindo ao intérprete balizas interpretativas que não de considerar com maior grau de importância os limites positivos da norma, para além do que se desagua em campo de oportunismos judiciais que solapam os princípios básicos da ordem e segurança jurídica, na melhor acepção do direito alternativo.

Ademais, importa frisar que o papel de legislador positivo foi conferido aos representantes do povo, periodicamente eleitos para este fim, vide art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal. Ao Judiciário cabe exercer a jurisdição nos limites impostos pelo princípio da separação dos Poderes, vide art. 2º da Constituição Federal.

Quando o Judiciário, a pretexto de interpretar e aplicar a lei altera completamente seu inequívoco sentido, seja contrariando-o ou acrescentando-lhe caracteres, realiza, em *ultima ratio*, derrogação do texto produzido pelo Poder Legislativo, substituindo a vontade legiferante própria do legislador pela sua. Em interessante excerto, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Moreira Alves no julgamento do RE n. 196.590 deixou assente que:

“Ora, a jurisprudência desta Corte é firme no entendimento de que, por via de declaração de inconstitucionalidade de lei, não pode ela alterar o sentido inequívoco desta, o que implicaria, em última análise, criar lei nova, por diversa, em seu sentido, da existente. Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo”.

A interpretação exarada pelo Superior Tribunal de Justiça é obviamente conflitiva com os limites textuais do Código de Processo Civil. Oportuna, pois, a reflexão de Clèmerson Merlin Clève:

“No que concerne à atividade do Judiciário, é importante verificar os limites impostos, também, pelo princípio da separação dos poderes. É preciso,

ademais, superar o problema da legitimidade democrática do Poder Judiciário, ou seja, num Estado Democrático de Direito, com poderes divididos, até onde pode ir o Poder Judiciário enquanto instância garantidora dos direitos fundamentais?"<sup>[16]</sup>

#### **4 ENCARGO DE CONTRAPOR O REQUERIMENTO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA**

A declaração de hipossuficiência possui força presuntiva relativa, isto é, *iuris tantum*. Significa dizer que é possível produzir prova em contrário. Este ônus processual é naturalmente da parte adversa, que através de preliminar de contestação pode trazer aos autos elementos que acarretem o indeferimento do pleito. Nessa toada, dispõe o Código de Processo Civil em seu artigo 337, XIII que:

Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

(...)

XIII - indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça.

Quando o juízo, a despeito da força presuntiva do artigo 99, §3º do Código, possui postura ativa, acaba por desequilibrar a isonomia processual das partes em juízo, atribuindo ao requerente da gratuidade de justiça uma incumbência que muitas vezes lhe seria desnecessária, haja vista que a parte contrária nem sempre argui a preliminar mencionada. Com isso, em *ultima ratio* termina por violar o comando do artigo 139 do Código, que aduz:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

Ademais, conforme dicção do art. 7º do códex processual, é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Da decisão denegatória da gratuidade de justiça caberá agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação

Lembramos, uma vez mais, que a atividade jurisdicional não é estanque, mera atividade de subsunção do fato à norma, de decisões silogísticas calcadas na concatenação de premissas. É, antes senão, criativa, dirigida pelos fins sociais e às exigências do bem comum. O que se rebate de forma veemente é a postura ativa do juízo, do *decisionismo* desmedido de exigir comprovação ostensivas das alegações de hipossuficiência, mesmo quando dos autos não constam indícios que disponham que a parte é – ou pode *provavelmente* ser – autossuficiente.

## CONCLUSÕES

Da leitura, análise e reflexão do exposto, é possível concluir que:

I – Gratuidade de justiça, assistência jurídica integral e gratuita e assistência judiciária são três institutos jurídicos distintos;

II – A alegação de hipossuficiência possui presunção relativa de veracidade, somente podendo o juízo requerer a comprovação das condições fáticas de hipossuficiência nos casos em que houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para sua concessão, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos;

III – Da decisão fundada no artigo 99, §2º do Código de Processo Civil, o juízo deve manifestar-se expressamente acerca dos elementos que evidenciaram a falta dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade de justiça, sob pena de nulidade do *decisum*, *ex vi* do artigo 489, §1º, I do Código de Processo Civil;

IV – A postura ativa do juízo em requerer comprovação das condições de materiais de hipossuficiência, à mingua de indícios que disponham em contrário, carece de fundamento legal, além de representar violação ao tratamento paritário das partes em juízo;

V – A indevida concessão da gratuidade de justiça deve ser impugnada mediante preliminar de contestação;

VI – Da decisão denegatória da gratuidade de justiça caberá agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação.

## Referências

ALEXANDRE, R. **Direito Tributário Esquematizado**. 9. ed., rev., atual. e ampl. ed. São Paulo: Método, 2015.

CABRAL, A. D. P.; CRAMER, R. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CLÈVE, C. M. O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba.

ESTEVES, D.; ALVES, F. R. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FILHO, G. D. R. **Curso de direito processual civil**. 4a. ed. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1954.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. rev. e atual. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, M. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

SILVA, F. R. A. Consultor Jurídico. **A Lei 1.060/1950 ainda tem utilidade no ordenamento jurídico?**, 2016. Disponível em: . Acesso em: 03 Janeiro 2018.

SOUZA, S. C. B. **Assistência Jurídica Integral e Gratuita**. São Paulo: Método, 2003.

NOTAS:

[1] Expressão conforme o sentido que lhe empresta o artigo 92 da Constituição Federal.

[2] Retirado de diversos precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

[3] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, pag. 495.

[4] Preferimos “nacional” no lugar de “federal”, porquanto a referida legislação abarca não só a União, mas também os estados.

[5] ESTEVES, D.; ALVES, F. R. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

[6] Note-se que a concessão da gratuidade de justiça opera efeitos *ex nunc*, isto é, para frente. Não abarca numerários devidos até antes da concessão ou após a cessação de seus efeitos, vide RECURSO ESPECIAL Nº 904.289 - MS (2006/0257290-2).

[7] Perceba-se que o Código de Processo Civil, Lei Nacional n.º 13.105/2015, foi editado pelo Congresso Nacional, disciplinando a isenção de tributo de cuja competência é também dos estados da Federação. Daí ser norma isentiva de caráter heterônomo, produzida por outro ente diverso daquele que aplicará a isenção.

[8] É de se observar, entretanto, que a Lei Nacional 1.060/1950 foi editada sob a égide da Constituição Federal de 1934, que dispunha a esse respeito que: Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

[9] Segundo lição de Cristiano Chaves, a especificidade da norma dá-se em cotejo com cada disposição normativa específica e não em relação ao todo normativo.

[10] SILVA, F. R. A. Consultor Jurídico. **A Lei 1.060/1950 ainda tem utilidade no ordenamento jurídico?**, 2016. Disponível em: . Acesso em: 03 Janeiro 2018.

[11] ALEXANDRE, R. **Direito Tributário Esquematizado**. 9. ed., rev., atual. e ampl. ed. São Paulo: Método, 2015.

[12] *Idem*, p. 498.

[13] Felizes palavras do legislador ao enunciar que em qualquer momento da marcha processual aquele que, perene ou temporariamente vê-se desaperecebido, pode requerer a medida, afinal de contas a hipossuficiência financeira é, antes de tudo, uma questão de fato. Ora, é possível que a parte litigante em Juízo disponha de recursos suficientes para custear a



ação no momento de seu ajuizamento, vindo posteriormente a ter sua situação financeira agravada. Assim, é mister se lhe conceda o benefício da gratuidade nesse segundo momento, quando já em andamento a ação, sob pena de estar-se obstruindo o direito de acesso à justiça, que se viria prejudicado, já que o postulante teria que desistir da ação por falta de recursos financeiros (SOUZA, 2003, p. 7)

[14] É óbvio que não se está diante da “quebra” indevida de sigilo, porquanto – pelo menos teoricamente – a parte junta os documentos aos autos por livre e espontânea “vontade”.

[15] Em que pese cremos ter sido acertada a decisão, sobretudo em cotejo com o arquétipo fático da lide e pelo litisconsórcio ativo de mais de 20 sujeitos processuais, cremos que os motivos jurídicos determinantes infirmados no julgado são equivocados.

[16] MERLIN CLÈVE, Clèmerson. **O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 3, p. 291.

## PRINCÍPIO DA AJENIDAD

**LUIZA PRADO LIMA SANTIAGO RIOS BRITO:**  
analista do Ministério Público da União  
graduada pela Universidade Federal de Minas  
Gerais e pós-graduada em Direito do Trabalho  
pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci.

**Resumo:** O presente artigo trata do princípio da *ajenidad* como um atributo essencial da relação de emprego contemporânea e que complementa, ao mesmo tempo, as noções de subordinação e de alteridade.

**Palavras-chave:** relação de emprego; princípio da *ajenidad*.

---

O princípio da *ajenidad*, originário do direito espanhol, presente especialmente na doutrina de Manuel Alonso Olea e Américo Plá Rodrigues<sup>[1]</sup>, é, de certa forma, ainda pouco explorado pelos doutrinadores pátrios, embora se possa afirmar que ele se situa no cerne das relações de emprego, sendo, em verdade, um relevante preceito a ser incorporado, com maior ênfase, ao Direito do Trabalho brasileiro, aplicado nas relações laborais cotidianas e utilizado na solução dos conflitos trabalhistas atuais.

Ainda sem uma tradução adequada para o português, porém por alguns sugerida a denominação equivalente, no vernáculo, de “alienidade” ou “alheabilidade”, este princípio, nas lições de Vólia Bomfim Cassar<sup>[2]</sup>, significa nada mais do que “aquisição originária de trabalho por conta alheia”, acrescentando a referida autora que dele despontam duas noções fundamentais:

a) que a aquisição do trabalho gera o vínculo de emprego com o tomador que originariamente recebe os serviços do empregado, daí porque a aquisição é originária; b) que o trabalho é exercido para e por conta de outra pessoa. Isto quer dizer que a energia desprendida pelo trabalhador destina-se a outro que não ele próprio e que é por conta deste tomador que ele exerce seus serviços, logo, é o empregador quem corre os riscos deste negócio.

Em outras palavras: a ideia central do princípio da *ajenidad* é a de que, nas relações laborais, existe uma dicotomia básica entre o trabalho que é realizado por conta própria e o trabalho que é realizado por conta alheia. Assim, a *ajenidad* expressa, genuinamente, a alienação da força de trabalho, isto é, o fato de o produto do trabalho daquele que presta serviços não ser revertido a seu favor, mas em proveito de um terceiro, que, em virtude disso, é quem assume os riscos do empreendimento, o que se contrapõe, ainda, e de outro lado, ao que se entende por trabalho autônomo.

E assim delimitado o princípio da *ajenidad*, pode-se dizer que, no âmbito da terceirização trabalhista, fenômeno cada vez mais presente nas relações laborais do mundo contemporâneo, sua aplicação possui contornos específicos, na medida em que, nesta hipótese, “a aquisição do trabalho se dá de forma derivada para a empresa que terceiriza a mão de obra” [3], a qual figura nessa relação como empregadora formal ou aparente, distinta do tomador dos serviços - empregador real ou natural.

A aplicação, pela jurisprudência pátria, do princípio em exame, ao qual também se faz alusão como expressão da bilateralidade clássica dos contratos de trabalho, já é uma tendência visível, conforme se infere dos julgados abaixo colacionados:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.  
TOMADOR DOS SERVIÇOS. PRINCÍPIO DA  
AJENIDAD. O tomador de serviços é responsável subsidiário pelas parcelas não adimplidas pelo empregador, nos termos da Súmula nº 331, IV, do TST. A terceirização de serviços, ainda que lícita, enseja a responsabilidade subsidiária do tomador pelos créditos trabalhistas inadimplidos, nos termos da Súmula nº 331, item IV, do TST e, também, do princípio da *ajenidad*, que estabelece a responsabilidade (ônus), daquele que se beneficiou da prestação de serviços do autor (bônus). (TRT 3ª Região, RO: 0010196-62.2017.5.03.0151; Decima Primeira Turma; Relatora Desembargadora Adriana

Goulart de Sena Orsini, Disponibilização: 14/12/2017, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 2757)

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.** A alheabilidade a que se refere a doutrina e que significa a aquisição originária da energia de trabalho por conta alheia deu-se no presente caso concreto diretamente para o empregador do autor, qual seja, a primeira reclamada, já que era a banca de advocacia a destinatária direta das atividades exercidas pelo reclamante. Na hipótese, as recorrentes foram beneficiárias do resultado das atividades jurídicas que foram prestadas pela primeira reclamada. Atuaram as recorrentes como consumidoras e não como tomadoras dos serviços. Responsabilidade subsidiária que não se reconhece. (TRT 2. Região, RO 0002617-56.2012.5.02.0025, 17. Turma, Relator Alvaro Alves Noga, Publicado em 06/02/2015)

**COOPERATIVA RELAÇÃO DE EMPREGO. ALTERIDADE E ALHEAMENTO.** Uma vez não evidenciado que o trabalho prestado - de forma pessoal e habitual, resultasse em proveito comum da própria coletividade de trabalhadores, é de se presumir que o produto desse trabalho se efetivasse em proveito alheio. Em se tratando de atividade perfeita e essencialmente inserida na esfera produtiva do tomador de serviço, sujeitada ao seu poder de organização, a presunção ordinária é a de que tal labor seja logrado a benefício do empreendimento contratante do trabalho. Para configuração do autêntico trabalho cooperado, o essencial não é propriamente a inexistência de alteridade, já que esta última decorre da própria prestação de serviço a outro, mas, sim, e, sobretudo, da inexistência de alheamento dos frutos do trabalho prestado. Nessa

mesma linha, inclusive, a tradição da doutrina espanhola, por exemplo, foca-se primordialmente na existência ou não de trabalho em proveito alheio "ajenidad" e não especificamente na subordinação hierárquica, já que a subordinação decorre muito mais da forma rígida de organização da produção "regime taylorista" do que especificamente do modo de apropriação do excedente econômico gerado pelo trabalho. Se há apropriação desse excedente por outrem que não o trabalhador, não há falar em regime de trabalho cooperado, senão em trabalho economicamente alienado e tornado estranho ao seu produtor imediato e, enquanto tal, sujeito ao regime de tutela normativa da CLT. (RO-00586-2007-134-03-00-6- D.J. de 26/09/2007). (TRT 3ª Região, RO-01667-2006-043-03-00-5, Quarta Turma, Relator Desembargador José Eduardo Resende Chaves Júnior, Publicado no DJ de 06 de novembro de 2007)

Desta feita, revela-se a *ajenidad* como um atributo essencial da relação de emprego e que complementa, ao mesmo tempo, as noções de subordinação e alteridade, também presentes nas relações empregatícias, embora sem se restringir a tais conceitos, identificando, assim, aquele que seria a figura do empregador natural<sup>[4]</sup>. Afinal, o tomador, por ser quem se enriquece originariamente com a energia de trabalho e o produto do serviço prestado pelo trabalhador, é também aquele com quem o vínculo de emprego naturalmente se forma.

Nessa perspectiva, tem-se que a relação jurídica que se desenvolve sob o regime do contrato de emprego caracteriza-se não apenas por contar com a presença de um trabalho realizado mediante subordinação jurídica a outrem, mas também por conta de outra pessoa que não o próprio trabalhador, o que significa dizer que esse terceiro é o beneficiário e titular direto da força despendida pelo obreiro e dos frutos do seu trabalho, sendo, em contrapartida, aquele que responde por essa relação e pelos riscos do negócio<sup>[5]</sup>.



## REFERÊNCIAS

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

KUMMEL, Marcelo Barroso. *Novos princípios para uma nova disciplina: o direito ambiental do trabalho*. Disponível em: . Acesso em: 07 jul. 2013.

### NOTAS:

[1] KUMMEL, Marcelo Barroso. *Novos princípios para uma nova disciplina: o direito ambiental do trabalho*. Disponível em: . Acesso em: 07 jul. 2013.

[2] CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012, p. 229.

[3] *Ibid.*, p. 229 e 473-475.

[4] GUEIROS, Hugo, apud CASSAR. *Direito do Trabalho*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012, p. 229.

[5] CASSAR, op. cit., p. 229.

## ENTRE INDULTOS E INSULTOS

**SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL:**

Faculdade de Direito Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal.

No ano em que os assuntos de cunho criminal deram mais ibope do que as novelas de televisão, não é de se admirar que nos últimos dias de dezembro os jornais tenham se ocupado com o instituto do indulto. De repente, o povo brasileiro, ao qual sequer foi dada a chance de conhecer as regras relacionadas às variações gráficas da palavra “porque” - se junto ou separado, com ou sem acento - começou a discutir o porquê do decreto presidencial e do inconformismo ministerial.

O indulto é previsto na Constituição da República como uma das atribuições do Presidente da República (art. 84, XII). Encontra-se elencado entre as causas de extinção da punibilidade previstas no Código Penal, onde também há um capítulo específico sobre o assunto, inserido no título pertinente às penas. Por sua vez, a Lei 7.210/1984 (LEP - Lei de Execução Penal) tratou do tema de forma mais detalhada, complementando as regras da lei maior em matéria criminal. Deve ser entendido como uma clemência estatal, concedida pelo Presidente da República, que, por meio de um decreto, estabelece os requisitos para a aplicação da benesse. Todos os condenados que se ajustarem às condições estipuladas deixarão de ter o dever de cumprir as suas respectivas penas. Nada impede que a iniciativa venha a ser tomada pelo próprio condenado, diretamente, ou por intermédio do Ministério Público, ou do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa. Nesses casos, sendo acolhido o requerimento, os efeitos se limitarão à pessoa do agente, não se estendendo a terceiros, ainda que estejam vivenciando situação jurídica idêntica, ou até menos gravosa. Por essa razão, do ponto de vista da iniciativa, o indulto pode ser classificado como coletivo ou individual, sendo que, este último, também pode ser chamado de graça.

É na Lei Magna que encontramos os limites para a concessão do indulto. A regra constitucional veda que condenados por crimes hediondos e equiparados venham ser beneficiados por este instituto. Algumas confusões já foram geradas pelo fato de o legislador, no texto constitucional, ter se referido apenas à anistia e graça (art. 5.º, XLIII, da Constituição da República). Porém o bom senso imperou na hermenêutica do Supremo Tribunal Federal, que concebeu o termo em seu sentido amplo, isto é, leniência por parte do chefe da nação. E não havia como se admitir interpretação diversa, pois se é proibido o benefício de forma isolada (indulto individual ou graça), com mais razão ainda para um número indeterminado de pessoas (indulto coletivo). Por essa razão, foi reconhecida a constitucionalidade do art. 2.º, I, da Lei 8.072/1990, ao ratificar a inaplicabilidade de anistia, graça e indulto quando se tratar de

crime hediondo, tráfico, tortura e terrorismo (equiparados ou assemelhados).

Tradicionalmente, o indulto costuma ser concedido no final do ano, próximo das

festas natalinas, não se misturando às regras que dispõem sobre a saída temporária, vulgarmente conhecida como “indulto de Natal”, no qual o juiz pode autorizar presos condenados a passarem um breve período no seio familiar, desde que preenchidas as condições do arts. 123 e 124 da LEP. Para que o indulto propriamente dito possa ser aplicado, basta que o decreto presidencial apresente os respectivos requisitos objetivos e subjetivos, como, por exemplo, o percentual de pena já cumprido e o comportamento do beneficiado.

Diante do caos generalizado enfrentado pelo país, não resta a menor dúvida sobre o caráter impopular de qualquer tipo de indulgência para com os criminosos em geral, especialmente quando o delito atinge o erário. A corrupção endêmica revelada nos últimos anos, somente aprofundou a desigualdade social e a miséria preexistentes. O indulto proferido pelo Presidente Michael Temer, na reta final do seu mandato, causou indignação popular, dominou os noticiários, e criou o ambiente apropriado para que o Ministério Público provocasse a Suprema Corte, e, a partir dela, a imprensa, até que a notícia chegasse às redes sociais, onde foram postados os mais contundentes insultos ao governo. O indulto não pode ser compreendido como um prêmio para criminosos, é o que vem sustentando a Ministra Carmen Lúcia, fazendo ecoar seu discurso por todos os cantos do território nacional. Só não apareceu ainda alguém que, com toda a vênia, questionasse a quem mais seria outorgado o perdão da pena senão aos transgressores da lei, considerados culpados por um delito.

Não obstante as críticas quanto à opção política do governo federal, deve-se ter certo zelo no que tange aos seus aspectos jurídicos. Na legislação não há nada que impeça o Estado de abdicar do direito de punir indivíduos condenados por crimes, independente da quantidade de pena ou da espécie do crime, excetuando-se, é claro, aqueles que possuam a pecha da hediondez. Entretanto, do ponto de vista moral, é perfeitamente compreensível que a opinião pública se mostre escandalizada com a medida, mas não há como se insurgir do mesmo modo no campo da legalidade. Se o projeto de lei que pretendia incluir os crimes de corrupção ativa e corrupção passiva no rol dos crimes hediondos não tivesse sido arquivado em 2013, após as agitações das ruas, então haveria argumentos irrefutáveis para o repúdio do ato em tela. Em contrapartida, assiste razão a quem questiona a extensão do decreto para réus que estavam sob a égide do “sursis” processual, pois estes sequer foram condenados em primeira instância, figurando apenas como simples acusados, sobre os

quais o indulto não se aplica. Provavelmente a União usará da velha máxima de “quem pode mais, pode menos”, ou seja, se o Estado tem o poder de liberar das penas pessoas definitivamente condenadas, por que não poderia deixar de julgá-las? Todavia, ainda que nos pareça razoável, o fato é que a hipótese não se encontra abarcada em lei como passível de indulto, nem defendida pela maioria dos doutrinadores. Medida dessa amplitude poderia ter sido tomada por iniciativa do Congresso Nacional pela via da anistia, que atinge não somente as penas, mas o próprio fato delituoso.

Independentemente da solução jurídica a ser confeccionada em breve, o episódio fez com que o tema pudesse ser novamente debatido e reavaliado, assim como ocorreu em 2001, quando o decreto assinado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso colocou em liberdade milhares de detentos, entre eles o ator Guilherme de Pádua, condenado por homicídio duplamente qualificado praticado contra a jovem atriz Daniela Perez, assassinada com dezoito golpes de tesoura. Como na época do cometimento, o referido delito ainda não constava na lista dos crimes hediondos, a medida foi tecnicamente correta, embora seja discutível se conseguiu alcançar igual mérito no campo da moralidade, e se representa aquilo que se entende como senso comum de justiça.

Há quem defenda uma nova regulamentação para a concessão das clemências dispostas em lei, pois carecem de critérios mais rígidos e condizentes com os anseios de uma sociedade que já não está mais disposta a transigir com a criminalidade. Esse grupo comunga da opinião de que o indulto represente o ressaibo de tempos remotos, quando imperadores dotados de divindade decidiam, à luz do arbítrio, a sorte dos seus súditos, as vezes motivados por sentimentos nobres, as vezes pelos mais escusos. Em pleno mundo digital, a aceitação do método de julgar conforme a posição do polegar depende de um poder de abstração bastante significativo. Chegou a hora de refletir sobre até que ponto o ânimo do legislador constituinte sofria influência do checks and balances ou se na verdade estava disposto a preservar determinadas práticas absolutistas que remontam o cenário dos Faraós.

Em posição diametralmente diversa estão aqueles que lamentam pelo esforço no sentido de retirar dos governantes o poder de agir com misericórdia, desacreditando no homem e na sua capacidade de regeneração virtuosa. Não compreendem a razão de a humanidade continuar procurando a cura da delinquência por intermédio da segregação carcerária, como se o malfeitor fosse um ser criado por valores de comunidades alienígenas. Se não for encontrada outra forma conter a criminalidade, chegará o dia em que somente os algozes desfrutarão do privilégio de manter uma vida extramuros.

## DECRETO-LEI Nº 2.848/1940 - TÍTULO V - DAS PENAS

### **PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO:**

Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

**Resumo:** Este artigo tem como finalidade auxiliar os estudantes do curso de Direito, no que tange o Título V do Código Penal – Parte Geral, de maneira introdutória e através de um vasto apoio doutrinário. Com isto, pretende-se que o discente se aproprie de conhecimento qualificado, ampliando sua base de formação dentro do ramo do Direito Penal.

**Palavras chave:** Direito Penal; das penas; Direito; estudantes.

**Abstract:** This article aims to assist students of the Law course, as regards Title V of the Criminal Code - General Part, in an introductory manner and through extensive doctrinal support. With this, it is intended that the student to appropriate qualified knowledge, expanding its base of training within the branch of Criminal Law

**Keywords:** Criminal Law; of penalties; Right; students.

---

### 1. INTRODUÇÃO

Conceituaremos pena com o ato de retribuição, pelo Estado, a prática de um ilícito penal.

Segundo o conceito de pena apresentado por Fernando Capez, temos:



*sanção penal de caráter aflictivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.*<sup>[1]</sup>

De acordo com a Constituição Federal em seu art. 5º, XLVII proíbe uma série de penas, visto que, ofendem a dignidade da pessoa humana. São vetadas as penas: de morte, salvo no caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; trabalhos forçados; de banimento; e cruéis.

O Código Penal em seu art. 59, dispõe que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. E conforme nos aponta Rogério Grecco: “[...] a pena deve reprová-lo o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais”.<sup>[2]</sup>

## **2. FINALIDADES DA PENA**

A fim de explicar as finalidades das penas, há a existência de três teorias: teoria absoluta ou retributiva; teoria relativa ou preventiva; e teoria conciliatória ou mista.

### **2.1. TEORIA ABSOLUTA OU RETRIBUTIVA**

Possui a finalidade de punir o infrator, do ato ilícito penal, pelo mal causado a referida vítima, seus familiares e a toda comunidade. Neste ponto, a pena se dá como retribuição pelo mal causado.

Com brilhantismo Roxin leciona:

*a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a*

*culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculando' de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já conhecia desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito que o compense.* [\[3\]](#)

## **2.2. TEORIA RELATIVA OU PREVENTIVA**

Esta teoria tem como finalidade a intimidação, a fim de evitar que se cometam os delitos.

Segundo nos ensina Capez:

*A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque tem medo de receber a punição).* [\[4\]](#)

Cabe ainda citar posição do Superior Tribunal de Justiça quanto a esta teoria:

*As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria fadada ao insucesso (STJ, REsp. 662807/MG, Min. Nilson Naves, 6ª T., DJ 19/3/2007, p. 398).*

### 2.3. TEORIA CONCILIATÓRIA OU MISTA

Adotada por nosso ordenamento jurídico, conforme explícito no art. 59 do Código Penal. A teoria conciliatória ou mista possui duas finalidades, as quais são, punir e prevenir. Desta feita, esclarecemos, punir o criminoso e prevenir à prática do crime através da intimidação da coletividade.

### 3. PRINCÍPIOS DA PENA

Os princípios, ou como denominam alguns doutrinadores de características, das penas são: legalidade e anterioridade; humanização; pessoalidade; proporcionalidade; individualização da pena; e inderrogabilidade.

- a) Legalidade: a pena deve estar prevista em lei vigente, sendo que deve estar em vigor a época da prática do ato ilícito penal (art. 1º, CP e art. 5º, XXXIX, CF/88);
- b) Humanização: Conforme nossa Carta Maior em seu art. 5º, XLIX, são vedadas as penas cruéis, de morte, de trabalhos forçados, de banimento ou perpétuas;
- c) Pessoalidade: A referida pena não extrapola a pessoa do condenado, conforme dispõe o art. 5º, XLV, CF/88. Destarte, caso aplicada pena de multa esta não poderá recair sobre os herdeiros do criminoso caso faleça.
- d) Proporcionalidade: Esclarece que a pena deverá ser proporcional ao crime que fora praticado (art. 5º, XLVII, CF/88), ou seja, deve ocorrer correspondência entre a gravidade do ilícito praticado e a sanção a ser aplicada;
- e) Individualização da pena: A pena deve ser individualizada conforme a culpabilidade e os méritos pessoais do sentenciado, de acordo com o disposto na Constituição Federal em seu art. 5º, XLVI;

- f) Inderrogabilidade: Em regra, o juiz não poderá deixar de aplicar pena ao réu considerado culpado, salvo exceções com previsão legal, p.ex., perdão judicial.

#### **4. MODALIDADES DE PENAS**

Existem quatro modalidades, autorizadas pelo nosso sistema penal, para a fixação de penas, que seguem: isolada; cumulativa; paralela; e alternativa.

A modalidade isolada ocorre quando uma única pena é prevista ao agente, p.ex., pena privativa de liberdade Art. 121, CP; Art. 129, CP.

Por seu turno, a modalidade cumulativa se dá a partir da possibilidade de aplicação de mais de uma modalidade de pena, p.ex., Art. 149-A, CP; Art. 157, CP.

No que condiz ao tipo de modalidade paralelo, esta pode ser definida quando cominam, de modo alternado, duas modalidades de pena de mesma espécie (reclusão ou detenção), p.ex., Art. 235, § 1º, CP.

A forma alternativa se dá com a possibilidade da opção entre dois tipos de pena de diferentes de espécies, porém o julgador poderá aplicar somente um dos tipos, p.ex., Art. 246, CP; Art. 140, caput, CP.

#### **5. ESPÉCIES DE PENA**

Conforme dispõe o Código Penal são adotadas as seguintes espécies de penas: privativas de liberdade; restritiva de direito; multa; restritiva de liberdade; e corporal.

- a) Pena privativa de liberdade: O condenado tem retirado seu direito a locomoção, devido a prisão por tempo determinado. As penas privativas de liberdade podem ser de reclusão, detenção ou prisão simples (casos de contravenções penais). O período máximo da pena não pode exceder 30 (trinta) anos para crimes ou 5 (cinco) anos para as contravenções penais (Art. 75, CP e Art. 10, LCP);

- b) Pena restritiva de direito: Interdita ou limita um ou mais direitos do condenado substituindo a pena privativa de liberdade. De acordo com a nova redação do Código Penal disposta pela Lei nº 9.714/98 as penas restritivas de direito são: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas; interdição temporária de direitos; e limitação de fim de semana.
- c) Multa: Recai diretamente sobre o patrimônio do condenado. O valor da multa é revertido ao fundo penitenciário. Conforme nos explica Grecco:

*seu cálculo é elaborado considerando-se o sistema de dias-multa, que poderá variar entre um mínimo de 10 (dez) ao máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, sendo que o valor correspondente a cada dia-multa será de 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos até 5 (cinco) vezes esse valor. Poderá o juiz, contudo, verificando a capacidade econômica do réu, triplicar o valor do dia multa, segundo a norma contida no § 1º do art. 60 do Código Penal. [5]*

- d) Pena restritiva de liberdade: O condenado tem restringido seu direito a locomoção, porém não é privado de sua liberdade, sendo assim não é submetido a prisão. (Art. 47, alínea b);
- e) Pena Corporal: Ocorre quando a integridade física do condenado é violada, conforme visto tal pena é vedada por nossa Constituição Federal, de acordo com o art. 5º, XLVII, alínea e.

### **5.1. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE**

É a sanção penal que retira a liberdade de locomoção do condenado, devido a prisão por tempo determinado. Como visto anteriormente são divididas em três espécies:



- a) Reclusão: Prevista para as infrações consideradas mais graves pelo legislador, p.ex., homicídio, peculato, roubo, estelionato, entre outros. Sendo a pena superior a 8 (oito) anos, ocorrerá seu cumprimento em regime fechado, e se superior a 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos será cumprida em regime fechado ou semiaberto.
- b) Detenção: Inicia-se no regime semiaberto (qualquer pena), poderá ocorrer a transferência por regressão ao regime fechado, como também por progressão ao regime aberto.
- c) Prisão Simples: Inerente a contravenções penais, nos termos do art. 6º da Lei de Contravenções Penais. O cumprimento da pena só é admitido no regime semiaberto ou aberto, portanto, sob qualquer fundamento é vedada a regressão ao regime fechado. A pena não tem rigor penitenciário em seu cumprimento; o sentenciado cumpri pena em separado aos condenados pelas práticas de crime; quando a pena aplicada não superar 15 (quinze) dias o trabalho será facultativo.

## 5.2 DIFERENÇAS ENTRE DETENÇÃO E RECLUSÃO

Apontaremos, a seguir, através de tópicos (para melhor didática), as diferenças entre a detenção e a reclusão conforme segue:

- A reclusão pode ser cumprida nos regimes fechado, semiaberto e aberto, porém a detenção somente nos regimes semiaberto e aberto;
- Como efeito da condenação em reclusão poderá ocorrer a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou curatela, nos casos em que se trate de crimes dolosos cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II, CP). Tais efeitos não são possíveis nos crimes puníveis com detenção;
- Em face a imposição de medida de segurança, a reclusão acarreta na internação em hospital de custódia. Por seu turno, no caso da detenção implica em tratamento ambulatorial (art. 97, CP);
- O juiz somente pode autorizar interceptação de comunicações telefônicas nos casos puníveis com reclusão (art. 2º, III, Lei nº 9.296/66).

## 6. DIFERENCIAÇÃO E DESCRIÇÃO TERMINOLÓGICA (CADEIA, PRESÍDIO E PENITENCIÁRIA)

Com o intuito de diferenciar e apresentar ao leitor a descrição adequada de cada um dos itens descritos neste subtítulo, a fim de ampará-los em seus estudos.

Ao tratarmos da cadeia, termo vulgar e ultrapassado, pode ser definida como as não mais existentes “prisões para averiguação”, as quais, atualmente, não mais encontram amparo em nosso ordenamento jurídico.

Por seu turno, o termo presídio é sinônimo de Centro de Detenção Provisória (CDP), local destinado aos indivíduos que aguardam julgamento definitivo e, diante disto, não devem estar no mesmo local dos condenados em fase de cumprimento de pena.

O local de cumprimento de pena definitiva é denominado penitenciária.

## 7. REGIME INICIAL

Ao proferir uma condenação, o juiz de direito, deve fixar o regime inicial de cumprimento de pena.

Na lição de Rogério Grecco:

*De acordo com a lei penal (art. 33, § 1º, do CP), considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; aberto, a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.<sup>[6]</sup>*

### 7.1. REGIME FECHADO

Trata-se do regime inicial de cumprimento de pena atribuído ao condenado com sanção estipulada maior que 8 (oito) anos de pena

privativa de liberdade (Art. 33 § 2º, CP). O regime fechado possui como características gerais:

- limitação das atividades em comum dos presos (lúdicas e esportivas);
- maior vigilância e controle do preso;
- regime reservado aos presos de maior periculosidade;
- o preso trabalha em comum no período diurno e fica isolado (sela individual) no período noturno (Art. 88, LEP);
- A fim de verificar a periculosidade do agente é obrigatório a realização de exame criminológico;
- Direito a remição e permissão de saída.

No que se refere ao trabalho do preso, este poderá ocorrer externamente nos casos de serviços públicos ou obras públicas. Para nos aprofundarmos sobre esse tema citamos Fernando Capez:

*é admissível o trabalho fora do estabelecimento carcerário, em serviços ou obras públicas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina (arts. 34, § 3º, do CP e 36 da LEP).*

*O limite máximo de presos corresponderá a 10% do total dos empregados da obra (art. 36, § 1º, da LEP); o trabalho externo confere os mesmos direitos do trabalho interno; exige o preenchimento dos seguintes requisitos: aptidão, disciplina, responsabilidade e cumprimento de 1/6 da pena; é indispensável o exame criminológico antes de autorizar o trabalho externo, pois não existe outro meio de avaliar se o condenado preenche os requisitos subjetivos para o benefício; o trabalho externo depende de autorização administrativa do diretor do estabelecimento.*<sup>[7]</sup>

### **7.1.1 REMIÇÃO DE PENA**

Instituto que estabelece o cumprimento de parte da pena do condenado por meio do trabalho ou do estudo, desse modo, ao trabalhar

ou estudar o condenado diminuirá o tempo de privação de liberdade que lhe caiba cumprir.

O tempo da remição terá sua contagem de tempo através da seguinte determinação:

- a) 1 (um) dia de pena para cada 3 (três) dias trabalhados;
- b) 1 (um) dia de pena para cada 12 (doze) horas de frequência escolar, divididas no mínimo em 3 (três) dias. (Arts. 126 a 130, LEP).

## **7.2 REGRAS DO REGIME SEMIABERTO**

O regime semiaberto tem como local de cumprimento de pena as colônias agrícolas, industriais ou estabelecimentos similares. Este regime é atribuído ao agente que, não sendo reincidente, for condenado a mais de 4 (quatro) anos e no máximo 8 (oito) anos de pena privativa de liberdade. (Art. 33 § 2º, b, CP).

São características gerais do regime semiaberto:

- Presos possuem maior liberdade para a prática de atividades comuns (lúdicas e esportivas);
- 
- Segurança e vigilância sobre o preso é mínima;
- 
- Reservado aos presos de menor periculosidade;
- 
- O preso trabalha em comum durante o dia e pode ser alojado em compartimento coletivo durante a noite (Art. 92, LEP);
- É facultativa a realização de exame criminológico;
- Direito a remição, permissão de saída e saída temporária.

## **7.3 PERMISSÃO DE SAÍDA**

De acordo com o art. 120 da Lei de Execução Penal, a permissão de saída é concedida pelo diretor do presídio e poderá ocorrer em duas hipóteses: falecimento do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão; e

necessidade de o preso receber tratamento médico. O prazo da permissão de saída é o que for considerado suficiente para atender a determinada necessidade.

De modo enfático Julio Fabbrini Mirabete, esclarece: “nada impede que o juiz de execução tendo a competência administrativa originária para as autorizações de saída (art. 66, VI), possa conceder a permissão”<sup>[8]</sup>

#### **7.4 SAÍDA TEMPORÁRIA**

Conforme art. 122 da LEP, só poderá ser concedida pelo juiz de execução penal, é aplicada somente ao condenado em regime semiaberto, sendo três as possibilidades: saída para visitar a família; frequência a cursos; e participação em atividades que impliquem ao retorno ao convívio social.

#### **8. CONCLUSÃO**

Conforme a abordagem inicial apresentada, sendo o artigo de caráter introdutório da matéria.

Notório que o mesmo auxiliará e complementarará os estudos dos discentes de Direito, no que tange o Direito Penal, referente ao título V, principalmente com o auxílio de citações de renomados doutrinadores.

#### **9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CAPEZ, *Fernando*. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. Vol.1. São Paulo. Saraiva, 2011

GRECCO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Niterói – RJ: Ed. Impetus, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 4. ed. São Paulo, Atlas, 1999



ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997. t. 1.

**NOTAS:**

[1] CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral. Vol.1.*São Paulo. Saraiva, 2011. pp. 384.385

[2] GRECCO, Rogério. *Código Penal Comentado.* Niterói – RJ: Ed. Impetus, 2017. p. 197

[3] ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general, t. I, p. 81-82.

[4] CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral. Vol.1.*São Paulo. Saraiva, 2011. p.385

[5] GRECCO, Rogério. *Código Penal Comentado.* Niterói – RJ: Ed. Impetus, 2017. p. 201.

[6] GRECCO, Rogério. *Código Penal Comentado.* Niterói – RJ: Ed. Impetus, 2017. p. 203.

[7] CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral. Vol.1.*São Paulo. Saraiva, 2011. p.409.

[8] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado.* 4. ed. São Paulo, Atlas, 1999

## **ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL**

### **OLAVO MOURA TRAVASSOS DE MEDEIROS:**

Advogado da União atuante na Coordenação-Geral de Matéria Finalística da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Meio Ambiente - CONJUR/MMA. "Advogado Referência em Licenciamento Ambiental e Legislação Florestal". Ex-Coordenador-Geral de Assuntos Jurídicos da CONJUR/MMA. Membro do Núcleo Especializado Sustentabilidade, Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União - NESLIC/CGU/AGU. Especialista em Direito Constitucional. Especialista em Direito Administrativo. Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Professor de Direito Constitucional, Administrativo e Civil da Faculdade Asper/PB. Ex-Assessor de Juiz no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Ex-Técnico Judiciário/Área Judiciária do TJPB; Ex-sócio do Escritório de Advocacia - Cleanto Gomes & Advogados Associados (João Pessoa/Paraíba).

**Resumo:** O presente artigo tem por problemática aferir a constitucionalidade do art. 62 do Novo Código Florestal, a Lei nº 12.651/2012, à luz do princípio implícito da vedação ao retrocesso ambiental, na medida em que o aludido dispositivo tornou-se tema candente em diversas ações judiciais, seja sob o âmbito do controle difuso de constitucionalidade, seja sob a ótica do controle concentrado de constitucionalidade, fazendo com que, ao fim e ao cabo, a própria eficácia do Código Florestal seja questionada. Nesta senda, este estudo intenta contribuir para o debate do tema, a fim de que este importante dispositivo do Direito Ambiental tenha seus contornos mais aclarados, conferindo, desta feita, uma maior segurança jurídica. Lado outro, como o debate sobre a constitucionalidade do dispositivo é permeado pela violação (ou não) do princípio da vedação ao retrocesso ambiental, sua possível incidência é a hipótese-chave a ser descortinada para a resolução do busílis.

**Palavras-Chaves:** Direito Ambiental. Controle de Constitucionalidade. Código Florestal e seu art. 62. Princípio da vedação ao retrocesso ambiental. Inexistência de consenso básico inserido na consciência jurídica geral.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Compreensão do art. 62 da Lei nº 12.651/2012. 2.2. Da correta compreensão jurídica do "princípio da vedação ao retrocesso (socio)ambiental". 3. Conclusão. 4. Referências

---

## 1. Introdução

Após acalorado trâmite legislativo, a Lei nº 12.651/2012, epitetada de “Novo Código Florestal”, foi aprovada e revogou a antiga Lei nº 4.771/1965. O debate entre os múltiplos atores e interessados pela novel normação, tais como defensores do agronegócio e ambientalistas, estendeu-se mesmo após a aprovação do referido diploma. A Medida Provisória nº 571/2012 modificou pontos sensíveis no mesmo dia da publicação e promulgação do “Novo Código Florestal” e, após intenso debate no Congresso Nacional, foi convertida na Lei nº 12.727/2012.

Não obstante a denominação de “Código Florestal” – expressão reproduzida pela mídia e que foi incorporada pela doutrina e tribunais pátrios –, a Lei nº 12.651/2012 assim não se autodenomina, como se infere de sua ementa, divergindo do revogado Código de 1965, que expressamente se intitulava como “Código Florestal”.

A Lei Complementar nº 95/1998, editada para operacionalizar o parágrafo único do art. 59 da Constituição Verde de 1988, giza no art. 7º, inciso I que “excetadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;”. Lido o dispositivo a *contrario sensu*, tem-se que as codificações não possuem objeto unívoco. Neste norte, entre tais objetos deve haver um nexos temático ou uma pertinência disciplinar, sob pena da codificação ser descaracterizada e passar a se aproximar da noção de microssistema, contexto outro que não possui clara conceituação no ordenamento legislado ou positivado. Considerando a temática em disceptação, era de se esperar que um “Código Florestal” dispusesse com minudência e

completude sobre inúmeros objetos, institutos florestais, logicamente. Contudo, assim não ocorreu com a Lei nº 12.651/2012, já que não dispôs sobre a inteireza da temática florestal e olvidou intencionalmente do regime jurídico da mata atlântica - perdendo uma oportunidade ímpar de aparar inúmeras arestas deste importante bioma -, bem como de inúmeras outras questões florestais que ainda se encontram dispersas na legislação ambiental. Portanto, o suposto “Código” não dispõe com completude sobre a questão florestal no País, o que já lhe seria suficiente para a retirada da alcunha.

Em que pese o grave equívoco acima, fruto de uma verdadeira falta de coordenação do Poder Legislativo no processo legislativo, a Lei nº 12.651/2012 tratou de vários temas outros que guardam uma relação tão efêmera com a questão florestal, que, em essência, fogem do nexo temático acima disposto. De fato, o liame é tão frágil que várias matérias seriam melhor normadas em diplomas próprios que contivessem até mesmo uma regulamentação suficiente. Em que pese a crítica, a lei foi aprovada como um aglutinado de assuntos, alguns propriamente florestais, outros acessoriamente florestais e outros meramente florestais.

Esta desorganização temática repercute na péssima sistematização da Lei nº 12.651/2012, dotada de inúmeros capítulos que tratam de assuntos tão diversos, sem contar um extenso capítulo de disposições transitórias e um avulso capítulo de disposições complementares e finais.

Em meio a este imbróglio, jungindo a questão da área de preservação permanente – temática diretamente florestal – à questão energética, veio ao mundo jurídico o art. 62, segundo o qual “Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à [Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001](#), a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum.”. De fato, a questão das APPs de reservatórios hídricos destinados à geração de energia ou abastecimento público é importantíssima, não só por serem áreas dotadas de considerável

vegetação florestal e relevância ambiental, como de salutar e ponderado equacionamento para o próprio desenvolvimento sustentável do País, já que as questões energéticas corriqueiramente colidem com a conformação imposta pelo ordenamento ambiental.

A partir deste art. 62, parcela considerável dos juristas e dos “operadores” jurídicos logo apontou uma diminuição da proteção ambiental e, desde então, levantaram a bandeira de que o dispositivo seria inconstitucional por violação ao princípio constitucional implícito da “vedação ao retrocesso ambiental”. Na verdade e em essência, este é o principal argumento para a tentativa de infirmar a juridicidade do dispositivo.

A tese ganhou força e, atualmente, pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal, conforme as Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs nºs 4901, 4902 e 4903. Na mesma linha, o tema também se encontra em debate em ações coletivas e individuais propostas perante juízes singulares. Quanto a esta última frente de questionamento, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já afetou à Corte Especial, conforme determina o art. 97 da CRFB/88, a discussão quanto à inconstitucionalidade do dispositivo (Processo Judicial nº 00389002020138130144).

É neste contexto que se passa a abordar cada qual dos pontos referidos e necessários para o correto deslinde da questão controvertida.

## **2. Desenvolvimento**

### **2.1. Compreensão do art. 62 da Lei nº 12.651/2012**

O art. 62 da Lei nº 12.651/2012 está inserido no Capítulo XIII – Das disposições transitórias, e dispõe que “Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum.”. Nível máximo operativo normal é o “Nível máximo de água de um



reservatório, para fins de operação normal de uma usina hidroelétrica.”, enquanto a cota máxima maximorum é a “maior cota disponível para a maior cheia”. A APP será a diferença entre estes dois marcos[1].

Tratando-se de um dispositivo transicional, a funcionar como verdadeira *ponte no tempo* entre a revogada Lei nº 4.771/1965 e a superveniente Lei nº 12.651/2012, já com as inclusões e alterações promovidas pela Lei nº 12.727/2012, faz-se mister compreender o histórico do caso. Tal narrativa é objetiva e precisa nas lições de Priscila Santos Artigas e Maria Clara R.A. Gomes Rosa[2], *textus*:

Ao longo dos anos as normas que regem as áreas de Preservação Permanente – APP no entorno de reservatórios artificiais sofreram diversas alterações. Com a edição da MedProv 2.166-67/2001 e, posteriormente, da Res. Conama 302/2002, esta pretendendo regulamentar o assunto, permaneceram os debates e dúvidas, em todo país, da correta fixação dessas áreas, sobretudo para os reservatórios já existentes.

Nesse passo, o art. 62 do novo Código Florestal resolve essa situação de impasse, certamente trazendo maior estabilidade ao ordenamento jurídico.

Vale mencionar que a obrigação de preservar as florestas e demais formas de vegetação situadas no entorno de reservatórios artificiais, visando à proteção desse corpo hídrico, foi estabelecida por meio da alínea *b* do art 2º do Código Florestal de 1965. Contudo, a norma não dispunha sobre a extensão da área em que a vegetação deveria ser protegida.

Note-se que o aludido dispositivo estabelecia, antes da redação dada pela MedProv 2.166-67/2001, a proteção específica da vegetação existente no entorno dos reservatórios artificiais. Assim, tal

proteção não recaía sobre a área como um todo, mas sim sobre a vegetação ali existente. Em outras palavras, caso houvesse vegetação no entorno do reservatório, essa deveria ser preservada, e, caso não houvesse, tal obrigação não se impunha.

Com o advento da Lei 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, conforme o seu art. 18, as áreas de preservação permanente, estabelecidas no aludido art. 2º do Código Florestal de 1965, passaram a ser denominadas *reservas* ou *estações ecológicas*. No entanto, a Lei 6.938/1981 também silenciou quanto à dimensão da área no entorno de reservatórios d'água artificiais que merecia especial proteção.

Assim, o Dec. 89.336/1984, ao regulamentar a Lei 6.938/1981, em seu art. 4º, atribuiu ao CONAMA a competência para estabelecer as normas e os critérios para o uso dos recursos ambientais existentes nas reservas ecológicas. Nesse passo, o CONAMA editou a Res. 4/1985, cujo art.3º, II, determinava que *ditas reservas ecológicas se estendem por uma faixa de 100 metros ao redor das represas hidrelétricas*.

Observe-se que a referida Resolução não impunha ao empreendedor, concessionário de aproveitamentos hidrelétricos, a obrigação de adquirir os imóveis do entorno dos reservatórios artificiais, destinados à instituição de tais áreas de proteção. De efeito, tal obrigação recaía ao proprietário das terras, que deveria preservar as áreas marginais aos reservatórios artificiais.

Ocorre que, em 18.07.2000, ao ser editada a Lei 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de

Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, revogou-se expressamente o art. 18 da Lei 6.938/1981 e, por decorrência, foi ab-rogada a Res. Conama 4/1985.

Com isso, retornou-se à situação anterior à edição da Lei 6.938/1981, de modo que as *reservas ecológicas* voltaram a ser *vegetação de preservação permanente*; e, mais uma vez, abriu-se uma lacuna sobre a definição da largura da área ao redor dos reservatórios d'água artificiais onde deveria ser protegida a vegetação considerada de Preservação Permanente.

Essa situação perdurou até 25.08.2001, quando foi editada a MedProv 2.166-67/2001, que inseriu significativas alterações no Código Florestal de 1965.

Dentre as alterações introduzidas, e para o que é de interesse, destaca-se a redação do art. 2º que passou a considerar não só a vegetação, mas a *área* no entorno dos reservatórios como sendo de preservação permanente, possuindo ela vegetação ou não.

Além disso, foi inserido o §6º no art. 4º, dispondo que “na implantação de reservatório artificial é obrigatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do Conama”.

Como se vê, o Código Florestal de 1965, ao ser alterado pela referida Medida Provisória, além de estabelecer obrigações de desapropriação e aquisição de Área de preservação permanente,

atribuiu ao Conama a fixação dos limites e os parâmetros dessas áreas.

Nesse passo, o Conama editou a Res. 302/2002, fixando, em seu art. 3º, que as Áreas de Preservação Permanente no entorno de reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas deveria ser de 30 (trinta) metros e, para os localizados em áreas rurais, de 100 (cem) metros.

Portanto, do histórico acima, pode-se concluir, em síntese, que: (a) antes da edição da Res. Conama 4/1985, que regulamentava a Lei 6.938/1981, não existia norma que fixasse a faixa na qual deveria ser protegida a vegetação do entorno de reservatórios d' água artificiais; (b) com o advento da Res. Conama 4/1985 previu-se como reserva ecológica passível de proteção a vegetação existente na faixa de 100 metros no entorno das represas hidrelétricas, não se exigindo, no entanto, que o empreendedor adquirisse tais áreas; e (c) com a revogação dessa Resolução pela Lei 9.985, publicada em 18.07.2000, o ordenamento jurídico deixou de fixar a metragem das áreas no entorno dos reservatórios artificiais, vazio esse que só foi preenchido com a edição da Res. Conama 302/2002.

Tendo em vista a superveniência da Lei nº 12.651/2012, tem-se um quadro normativo claro do ponto de vista conceitual, na medida em que serão consideradas, com suporte numa interpretação sistemática, Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, as áreas – e não apenas a vegetação - no entorno dos reservatórios d' água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d' água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento e, quanto aos reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória

nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum. É possível extrair-se, neste último trecho, portanto, um elemento espacial (faixa de APP compreendida pela distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum), um elemento finalístico (destinados à geração de energia ou abastecimento público) e um elemento temporal (contratos registrados ou que tiverem seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001).

Inicialmente, cumpre observar que o dispositivo supra trouxe diverso regime de proteção para os ambientes de que trata, uma vez que, previamente à edição da Lei em destaque, vigiam sem controvérsias os comandos da Resolução nº 302, de 20 de março de 2002[3], do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA. Neste ponto, é importante destacar que o dispositivo, ao normar o período da assinatura dos contratos de concessão ou autorização anteriores à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, confirma a mens legis (e legislatoris) de que a Resolução CONAMA nº 302/2002 decaiu e assim, entendeu oportuno e conveniente, disciplinar de forma intertemporal estas situações perfeitas no tempo.

Considerando que a temática ora examinada dispõe acerca de áreas de preservação permanente, é salutar transcrever o conceito legal destes ambientes, previsto no inciso II do artigo 3º da Lei nº 12.651, de 2012, *textus*:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e



flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

Na concepção de Paulo Afonso Leme Machado, uma vez que as áreas de preservação permanente tangenciam o direito natural, fundamental e humano de propriedade humana de propriedade, sua delimitação (*rectius: conformação*) não pode ser estabelecida apenas por ato do Poder Executivo, mas, exclusivamente, pelo Poder Legislativo, com a possibilidade de deslegificação ou regulação técnica pelo Executivo, dada a indelegabilidade de matérias afetas aos direitos individuais[4].

Conforme assinala Lucas de Carvalho, afigura-se relevante conceber que:

*A preservação permanente se dá sobre a área e não sobre eventual existência de vegetação na mesma. Seja a área formada por floresta nativa, seja formada por gramíneas plantas, seja constituída por pedras, estará protegida pela lei. Trata-se de **Área de Preservação Permanente, e não de Florestas de Preservação Permanente**[5]. (grifos não constantes do original)*

Os ensinamentos retro são alicerçados na doutrina de Gouvêa, que, por sua vez, destaca a redação do inciso II do artigo 3º da Lei nº 12.651, de 2012, precisamente, da expressão “coberta ou não por vegetação nativa”. Segundo Gouvêa:

*uma das razões arguidas para a inclusão desse esclarecimento (não cobertas por vegetação nativa) se deve à necessidade de deixar claro que as áreas já desmatadas não perdiam sua característica de APP, inviabilizando o argumento até então muito utilizado de que não mais se tratava, ali, de vegetação permanente, uma vez que esta já fora suprimida no passado[6].*

Artigas e Rosa observam que, previamente à edição da Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001, a proteção não recaía às áreas circundantes dos reservatórios, mas, sobre a vegetação eventualmente existente. Noutros termos, diante da inexistência de vegetação, não havia ambiente a ser protegido[8].

Nesta senda, deduz-se que a existência de áreas de preservação permanente no entorno dos reservatórios artificiais de água de que trata o artigo 62 da Lei nº 12.651, de 2012, independem de cobertura por vegetação nativa, bem como também independem de eventuais condições de inundação, dentre outras configurações paisagísticas. Neste ponto cabe destacar que também há tutela dos recursos hídricos, indispensáveis ao abastecimento público, e às questões energéticas.

Compreendidos estes pontos, vê-se que 3 (três) controvérsias pairam sobre este artigo 62 da Lei nº 12.651/2012. A primeira controvérsia sobre a superveniência das Leis nº 12.651/2012 e 12.727/2012, e seus impactos no mundo infralegal, principalmente nas Resoluções CONAMA, foi iniciada pelo Ministério Público Federal quando expôs os fundamentos do ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs nºs 4901, 4902 e 4903 em face de inúmeros dispositivos daquelas leis, bem como algumas pouquíssimas decisões judiciais que declararam, incidentalmente, a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 12.651/2012, determinando aplicação da norma editada pelo CONAMA, ainda sob a égide do antigo Código Florestal (Lei nº 4.771/65). A segunda controvérsia diz respeito à (ir)retroatividade do dispositivo e a última toca a (in)validade das autuações firmadas anteriormente à nova lei. Detalhemos a primeira, objeto deste estudo.

## **2.2. Da correta compreensão *jurídica* do "princípio da vedação ao retrocesso (socio)ambiental"**

Compilando os fundamentos das ações judiciais que tratam sobre a (in)constitucionalidade do art. 62 da Lei nº 12.651/2012 e abstraindo as questões particulares das demandas para centrar-se na constitucionalidade da questão, deduz-se a seguinte linha de

questionamentos: a) O art. 225 da CRFB/88 garante direitos fundamentais e humanos e que o princípio do retrocesso dos direitos socioambientais decorre implicitamente do sistema constitucional; b) Tal princípio além de ser uma construção doutrinária, possui suporte normativo e é perfeitamente aplicável para "fulminar qualquer artigo de lei (em sentido lato) que importa em redução do nível mínimo de proteção aos direitos socioambientais"; c) A cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e a prevalência dos direitos humanos são princípios que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais e seriam desrespeitados pelo retrocesso ambiental. Também haveria malferimento do art. 5º, XXXVI da CRFB/88, especificamente a segurança jurídica da proteção ao direito adquirido; d) A inobservância da proibição de retrocesso ambiental fere cláusula pétrea constitucional (art. 60, §4º, inciso IV da CRFB/88); e) As futuras gerações poderiam ser comprometidas com a nova lei; f) O art. 225, §1º impõe a obrigatoriedade de preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, e a proibição de qualquer comportamento que comprometa a integridade dos atributos ambientais, o que não seria respeitado pelo apontado dispositivo; g) Após demonstrar a legislação revogada (Lei nº 4.771/65, artigos 2º e 4º) em cotejo com a Lei nº 12.651/2012 e as inúmeras funções ecológicas das áreas de preservação permanente, sustenta-se que "toda e qualquer legislação posterior à Lei 4.771/1965 somente denota validade se não vier a reduzir a proteção jurídica ambiental e, também, se conseguir manter todas as funções ecológicas e os serviços ecossistêmicos acima elencados"[7]; h) O princípio do retrocesso ambiental está consolidado na jurisprudência pátria.

Considerando todos os pontos e argumentos acima, vê-se, na verdade e em essência, que a questão central é, de fato, aquilatar em face do Estado Constitucional Socioambiental Brasileiro se o art. 62 da Lei nº 12.651/2012 viola o princípio do retrocesso socioambiental. Todos os demais argumentos partem desta premissa e são dela dependentes, daí sua eleição como questão principal a ser enfrentada.

O princípio do retrocesso torna-se mandamento de otimização candente, num primeiro momento, no contexto de implementação e contextualização dos direitos sociais. Sua controvérsia já é verificada na

própria terminologia, ante a quantidade considerável de denominações: a) princípio da vedação ao retrocesso; b) proibição de retrocesso; c) vedação de retrocesso social; d) efeito *cliquet*; e) proibição de contrarrevolução social; f) proibição de evolução reacionária; g) eficácia vedativa/impeditiva de retrocesso; e h) não retorno da concretização [9].

Num segundo momento, o princípio da vedação ao retrocesso migra para o Direito Ambiental, abarcando assim a implementação e compreensão dos direitos de novíssima dimensão. Contudo, como a noção de meio ambiente é multidimensional e abarca o meio ambiente natural, cultural, artificial, do trabalho e digital, de modo que a questão social está intimamente contida no conceito de meio ambiente, as considerações doutrinárias e jurisprudenciais são de todo pertinentes para o então epitetado "princípio da vedação ao retrocesso socioambiental".

Por ocasião das ADIs ajuizadas contra inúmeros dispositivos do novo "Código" Florestal, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Meio Ambiente, órgão da Advocacia-Geral da União, em resposta a pedido de informações formulados pela Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União - SGCT/AGU, exarou as Informações nº 52/2013/CGAJ/COJUR/MMA/ysd, de lavra do Advogado da União Dr. Yukamã S. Dias, e sobre a vedação ao retrocesso assim tal princípio foi abordado, *in integrum*:

#### ***II.4 – Do princípio da vedação do retrocesso em matéria sócio-ambiental***

O princípio da *vedação do retrocesso em matéria sócio-ambiental* é invocado reiteradas vezes pelo MPF ao longo das alegações lançadas nas ADI nº 4901, 4902 e 4903.

Embora o não tenha desenvolvido de maneira substancial e precisa os contornos do invocado princípio, infere-se que o MPF pretende ver declarada a inconstitucionalidade de alguns dispositivos do novo Código Florestal - Lei nº 12.651/2012 –, fundando-se em um cotejo entre o regime florestal inaugurado pelo

novel Código e o aquele disciplinado no Código revogado – Lei nº 4.771/65.

A partir desse cotejo, o MPF afirma que o atual Código Florestal confere regime protetivo diminuto, decorrendo daí o suposto 'retrocesso em matéria sócio-ambiental'.

É preciso perquirir, portanto, qual o conceito e os limites de incidência do referido princípio.

Inicialmente, partindo-se da premissa que a “vedação ao retrocesso” é um “princípio”, importante identificar quais as características definidoras de um princípio.

No magistério de Humberto Ávila, *os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.*

Os princípios são finalísticos porque delimitam um estado ideal de coisas a ser perseguido, sem, entretanto, especificar a conduta que deve ser adotada para isso. Primariamente prospectivos porque buscam mais a orientar uma atuação para o futuro, do que determinar as conseqüências para atos ou fatos que já ocorreram. E complementares porque não se prestam a, isoladamente, determinar a solução para o caso concreto, mas sim funcionar como um argumento, uma motivação que aponta para determinada direção, mas que depende de uma interação com outras normas para possibilitar a solução final ( SANTOS, Luciano Roberto Bandeira Santos . Princípio da vedação do retrocesso



social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3307, 21 jul. 2012 . Disponível em: . Acesso em: 3 abr. 2013.).

Nessa linha de intelecção, a concreção de um princípio admite satisfação em variados graus, a depender das variáveis fáticas e das possibilidades jurídicas apresentadas no caso em concreto. Em outras palavras, a incidência em maior ou menor escala de um princípio em um caso concreto, depende das variáveis fáticas e possibilidades jurídicas ofertadas pelo mesmo caso concreto.

Importante reter essa ideia, porquanto a definição que se costuma emprestar ao *princípio da vedação do retrocesso* transmite a noção de que o mesmo seria aplicado de uma forma “tudo ou nada”, ou seja, como se configurasse uma “Regra da Vedação ao Retrocesso Social”. Essa ilação distorcida se apresenta como um dos motivos pelos quais o citado princípio não vem recebendo a atenção necessária da doutrina e da jurisprudência.

Portanto, estabelecida a premissa de que a invocada *vedação ao retrocesso* é um “princípio” e que esse instituto, por definição, admite satisfação em variados graus, conclui-se que o *princípio da vedação ao retrocesso* não pode ser entendido como uma cláusula de barreira, estagnante, impeditiva e absoluta a ser oposta ao legislador.

Se de um lado o *princípio da vedação do retrocesso* busca garantir a manutenção da concreção de direitos e garantias fundamentais, é de se ponderar, de outro, que Carta Magna concebe a República Federativa do Brasil como Estado **Democrático** de Direito.

Dentro de um regime democrático, o legislador, a todo tempo, por dever de ofício, baseando-se na

experiência do meio social, adota opções para regular uma determinada relação jurídica. Essas opções, evidentemente, refletem as condições políticas, econômicas, sociais e culturais do momento em que a proposta legislativa é concebida.

E é exatamente em razão da dinamicidade do cenário político, econômico, social e cultural que uma opção legislativa pode ser desqualificada ao longo do tempo, demandando ajustes e adaptações à nova realidade.

É preciso, nessa senda, levar em conta o princípio da revisibilidade das opções legislativas, que implica na possibilidade do legislador rever as opções que culminaram com a concretização de direitos fundamentais sociais no plano infraconstitucional, revogando ou reformando leis, o que pode importar em redução do grau de subjetivização dos direitos sociais constitucionalmente previstos. (SANTOS, Luciano Roberto Bandeira Santos . Princípio da vedação do retrocesso social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3307, 21 jul. 2012 . Disponível em: . Acesso em: 3 abr. 2013.).

Por um lado a revisibilidade é corolário da democracia e do pluralismo político, uma vez que não adiantaria garantir a alternância no poder se os diferentes grupos que chegassem a este não pudessem rever as opções realizadas pelo grupo anterior.

Por outro lado decorre da própria falibilidade humana. O legislador pode efetuar opções que se revelarão inadequadas e erros de cálculo, inclusive no que diz respeito à concretização de direitos sociais. Pode, por exemplo, conferir a um determinado direito social um conteúdo que posteriormente se revele oneroso demais para o

Estado, e para a própria sociedade, inviabilizando o cumprimento daquilo que foi previsto ou a expansão de outros direitos igualmente fundamentais.

Repise-se, a própria dinamicidade dos fatos também requer a revisibilidade das opções legislativas. Determinadas escolhas que foram adequadas num certo contexto, ou conjuntura econômica, podem deixar de ser em outras circunstâncias, exigindo uma mudança de prioridades e uma revisão daquelas escolhas.

No quadro acima exposto, não se justifica que o legislador fique vinculado às opções anteriormente realizadas e não possa retroceder na concretização de determinado direito social.

Mais ainda. Perfilhando-se o entendimento de que o princípio da vedação do retrocesso social constitui óbice absoluto a qualquer proposta legislativa tendente a redimensionar a concreção de um direito social, estar-se-á conferindo uma intangibilidade a normas infraconstitucionais que não extensível nem mesmo às normas constitucionais. Explica-se.

Deveras, as normas constitucionais – tirante aquelas que abrigam cláusulas pétreas – podem ser alteradas pelo Poder Constituinte Derivado, por meio de emendas constitucionais. Embora o processo legislativo seja mais complexo, fato é que as normas constitucionais podem ser alteradas.

Pois bem, aplicando-se de maneira extremada o *princípio da vedação do retrocesso social*, pode-se chegar a hipóteses absurdas com total subversão da estrutura hierárquica das normas. Por exemplo: caso uma norma infraconstitucional densifique um determinado direito social, essa norma não poderá

ser alterada pelo legislador de maneira a redimensionar a concreção do direito social correspondente. Frise-se: a norma não poderá ser alterada. Essa intangibilidade da norma infraconstitucional pode colocá-la, dentro da clássica pirâmide hierárquica das normas, acima da norma constitucional. A toda evidência, não é esse o contorno do *princípio da vedação do retrocesso*.

Importante salientar que as alterações legislativas não devem suprimir o direito social densificado por norma infraconstitucional. Assim, começa-se pela noção de conteúdo essencial mínimo de um direito. Este conteúdo é representado por aquele núcleo do direito que não pode ser violado, sob pena de aniquilação do próprio direito. Desta forma, configura esta noção um dos limites para a discricionariedade do legislador, que não pode retroceder na concretização de determinado direito social de forma a violar este núcleo, caso em que incidirá em inconstitucionalidade.

Certamente não se trata do caso em questão.

Conforme dito linhas acima, a Lei nº 12.651/2012 inaugura uma nova perspectiva em termos de gestão florestal. As ações de proteção, monitoramento, controle e fiscalização que outrora eram previstas, mas não efetivas, passam a ser o mote do novo Código. A previsão da criação de Planos de Regularização Ambiental nas diferentes esferas de governo, bem como a criação de um Cadastro Ambiental Rural, são pontos sintomáticos da preocupação estatal em tornar efetiva a proteção dos biomas.

Junto dos instrumentos de controle, monitoramento e fiscalização vêm, em igual importância, as medidas de recuperação do passivo

ambiental, sobretudo em segmentos críticos, como são as áreas rurais. Compatibiliza-se a restauração de áreas degradadas com o incentivo ao uso sustentável dos recursos naturais. Essa compatibilização de interesses, que outrora se proclamava antagônicos, difunde a cultura do reflorestamento entre aqueles que exploram os recursos naturais. Com efeito, passa-se a refletir o quão vantajoso é, sob as perspectivas ambiental e econômica, cultivar a cultura do reflorestamento.

Dessarte, não se pode afirmar que o Código Florestal atente contra o núcleo essencial mínimo de direitos constitucionais tais como *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais*.

Assim, verifica-se que a proibição ao retrocesso social é uma imposição de princípios que regem o ordenamento constitucional que, juntamente com outros princípios e regras, opera de modo a perseguir a maximização da eficácia do sistema de direitos fundamentais como um todo. A vinculação do legislador aos direitos fundamentais impõe àquele que edite as normas necessárias para conferir eficácia aos direitos sociais constitucionalmente assegurados ( SANTOS, Luciano Roberto Bandeira Santos . Princípio da vedação do retrocesso social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3307, 21 jul. 2012 . Disponível em: . Acesso em: 3 abr. 2013).

Por se tratar de princípio não importa em uma vedação absoluta, mas exige que as alterações pretendidas pelo legislador infraconstitucional resistam à ponderação através de uma argumentação relacionada aos direitos fundamentais.



Dentro dessa ponderação, necessária à aplicação da *vedação ao retrocesso social*, devem ser sempre considerados alguns argumentos que podem afastar a proibição no caso concreto.

O princípio democrático e o pluralismo político (numa acepção material) irão constantemente oferecer elevada resistência à incidência da proibição ao retrocesso. A revisibilidade dos atos legislativos é inerente a uma democracia pluralista e a limitação a esta revisibilidade somente pode ocorrer em casos excepcionais.

É necessário também prestar o devido respeito à hierarquia das normas, evitando que uma aplicação indevida e mal fundamentada da *proibição ao retrocesso* acabe por subverter a referida hierarquia conferindo a normas infraconstitucionais uma proteção maior até mesmo do que aquela concedida a normas constitucionais.

Também o princípio da reserva do possível deve oferecer uma resistência significativa à incidência da proibição ao retrocesso social. O alto custo dos direitos sociais e a limitada disponibilidade de recursos financeiros devem ser considerados pelo juízo quando da ponderação a ser realizada até porque a intransigência na vedação ao retrocesso com relação a um direito pode dificultar e até mesmo inviabilizar a concretização de outros direitos fundamentais e de outras obrigações do Estado.

Nesta senda, forte no traço de que a vedação ao retrocesso socioambiental é um princípio constitucional implícito - e não uma regra -, é necessário perquirir precisamente seu âmbito de incidência, seu núcleo fundamental (*tatbestand*), já se sabendo que existirão casos em que, ante sua natureza principiológica, retornos serão admissíveis, seja em razão de sua própria compreensão - é dizer, a partir da correta delimitação de sua

intelecção -, seja em razão do sopesamento deste princípio com outros princípios de igual estatura constitucional, resultando na preponderância destes sobre aquele.

De modo comezinho, sabe-se que a vedação ao retrocesso inibe "uma redução injustificada do grau de concretização alcançado por um direito fundamental (...) "[10]. A doutrina, no entanto, aponta precisamente seus contornos . Marcelo Novelino, invocando as lições de Jorge Miranda e José Carlos Vieira de Andrade, assim aclara a questão, *textus*:

No tocante à natureza e ao âmbito de incidência, o princípio costuma ser invocado tanto como limite extrajurídico oponível ao Poder Constituinte originário, quanto como limite jurídico imposto aos poderes públicos encarregados da concretização dos direitos fundamentais de caráter prestacional. Nesse sentido, teria por finalidade impedir a extinção ou redução injustificada de medidas legislativas ou de políticas públicas adotadas para conferir efetividade às normas jusfundamentais. **A abrangência deste princípio deve ficar restrita, no entanto, aos direitos já sedimentados "na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo" (MIRANDA, 2000) ou sobre os quais haja "consenso profundo" formado ao longo do tempo (ANDRADE, 2001), não devendo sua aplicação ser estendida aos pormenores da regulamentação. (grifei)**

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal utilizou esta baliza para delimitar o princípio da vedação ao retrocesso, ainda que em assunto diverso, senão vejamos:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ELEITORAL. APLICABILIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010 A FATOS ANTERIORES. ENTENDIMENTO

SEDIMENTADO PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO DA ADI Nº 4.578. PREENCHIMENTO DE REQUISITOS PARA REGISTRO DE CANDIDATURA. QUESTÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. 1. A aplicação da Lei Complementar nº 135/2010 a fatos anteriores **não fere o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral** a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. 2. O preenchimento dos requisitos para fins de registro de candidatura, quando sub judice a controvérsia, encerra análise de normas infraconstitucionais. Precedente: ARE 561.902-AgR/MA, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 23/2/2011. 3. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2012. INDEFERIMENTO DO REGISTRO. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. INELEGIBILIDADE VERIFICADA. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO INFIRMADOS. SÚMULA 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.” 4. Agravo regimental DESPROVIDO.(ARE 737811 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 12-06-2014 PUBLIC 13-06-2014) (Grifei)

Ora, cambiar, por meio de lei (ato normativo primário), uma faixa de APP fixada de modo geral e abstrato em uma Resolução CONAMA ("X" metros) pela distância entre o nível máximo operativo normal e a cota

máxima *maximorum*, sem qualquer margem de dúvida não se está avançando sobre tema sedimentado na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo, muito menos em seara em que há consenso profundo formado pelo cair da ampulheta, tampouco consenso básico. De fato, se houvesse, por exemplo, a supressão do instituto em si da APP, poder-se-ia objetar a vedação ao retrocesso socioambiental. Contudo, a discussão da metragem desta área não está compreendida pela vedação do retrocesso.

Assim, vê-se que a invocação do princípio do retrocesso ambiental é indevida para o art. 62 da Lei n. 12.651/2012, posto que a real diminuição de eventual APP e discussão de metragem/área não está abrangida pelo multicitado princípio.

Sobre este ponto, aqueles que questionam a constitucionalidade do art. 62 da Lei Lei <sup>o</sup> 12.651/2012 apenas invocam o debatido princípio, tratando-o como uma regra, mas sequer enfrentam a metragem da APP como questão já clara na consciência social, sentimento coletivo, com consenso profundo. Há uma dúplice impropriedade já neste ponto.

Ato contínuo, pela natureza principiológica da vedação ao retrocesso, não será surpresa constatar sua antinomia (própria e imprópria) com outros princípios, como a segurança jurídica e o desenvolvimento sustentável - outros 2 fortes princípios também da seara ambiental -, de modo que o legislador, ao idealizar o art. 62 da Lei <sup>o</sup> 12.651/2012, é o legítimo árbitro para estatuir, em nível normativo primário, qual deles haverá de ter primazia. *In casu*, valorizou-se sobremaneira a questão de segurança jurídica, daí sua menção como norma transitória e não nos artigos exordiais do plexo normativo relativo à APP. Deste modo, o legislador verificou que entre o desenvolvimento sustentável, a segurança jurídica e um possível retrocesso ambiental, optou por aqueles dois primeiros, tão constitucionais quanto este último.

Por fim, tratando-se de diminuição tolerável da proteção ambiental, não se pode olvidar da famosa "teoria dos limites dos limites" dos direitos fundamentais, segundo a qual a limitação de tais direitos deve, concomitantemente, ser (1) geral e abstrata, (2) salvaguardar o núcleo

essencial do direito em prosclênio, (3) obedecer à cláusula de legalidade, (4) ser irretroativa, como regra, e (5) proporcional.

A proporcionalidade estaria esvaziada se não houvesse um correspondente ganho de outros valores. Contudo, trata-se de uma restrição proporcional, uma vez que é justificada pela valorização de outros *valores jusfundamentais*, a exemplo da segurança jurídica, tão enfatizada no histórico do instituto, como visto acima na compreensão do próprio art. 62 da Lei n. 12.651/2012, sobretudo diante da caducidade da Resolução CONAMA nº 302/2002, assim como o desenvolvimento sustentável. Era ônus dos que questionam a constitucionalidade do dispositivo com fulcro no princípio da vedação ao retrocesso provar que o prejuízo ambiental do art. 62 da Lei nº 12.651/2012 não foi compensado em outras passagens do "Código".

Neste contexto, deve o hermeneuta compreender a Lei nº 12.651/2012 em sua totalidade, sistemicamente, e não de modo insular, considerando assim que eventuais perdas pontuais foram compensadas com ganhos expressivos, como o Cadastro Ambiental Rural (CAR), a disciplina da recuperação de áreas degradadas (PRADs), a disciplina mais minudente da gestão e exploração florestal, a proibição do uso do fogo e controle dos incêndios, etc. Esse perfil sequer objeto de ônus argumento é.

Por fim, é sempre de bom alvitre lembrar que, obviamente, não é de se festejar uma (possível) diminuição da proteção ambiental como a debatida, mas não se pode fazer tábula rasa de que é necessário compreender o sistema constitucional corretamente, posto que forçar a aplicação de princípios constitucionais, de modo dogmaticamente equivocado, resulta no início da desconstrução de todo um sistema, *in casu*, o jurídico, que passaria a ser um mero amontoado de normas sem coerência e, perniciosamente, cada vez casuístico ao arrepio e estorvo do pós-positivismo.

### 3. Conclusão

À luz do exposto, conclui-se que o art. 62 da Lei nº 12.651/2012 não ofende o princípio constitucional implícito da vedação ao retrocesso ambiental, posto que a diminuição da metragem da APP referida no



aludido dispositivo não está avançando sobre tema sedimentado na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo, muito menos em seara em que há consenso profundo formado pelo cair da ampulheta. Também a diminuição da proteção ambiental foi compensada com outros institutos benéficos constantes da Lei nº 12.651/2012, afastando assim a aplicação do princípio e respeitando a proporcionalidade. Deste modo, a solução para o prejuízo ambiental deve ser buscada no processo político de alteração legislativa, e não por meio da subversão e aplicação equivocada do princípio constitucional implícito do retrocesso ambiental a ponto de transformá-lo numa regra.

#### 4. Referências

[1] Projetos Hidrelétricos. Disponível em: >. Acesso em 26 dez. 2017.

[2] ARTIGAS, Priscila Santos e ROSA, Maria Clara R.A. *In*: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Leme (Orgs.). **Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à Med. Prov. 571, de 25 de maio de 2012.** 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 447-449.]

[3] Resolução nº 302, de 20 de março de 2002. Dispõe sobre os parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res02/res30202.html> Acesso em: 26/12/2017.

[4] MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 22ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2014, p. 874.

[5] CARVALHO, Lucas Azevedo de. **O Novo Código Florestal Comentado Artigo por Artigo.** 1ª Ed. Juruá: Curitiba, 2013, p. 102.

[6] GOUVÊA, Yara Maria Gomide. *In*: CARVALHO, Lucas Azevedo de. **O Novo Código Florestal Comentado Artigo por Artigo.** 1ª Ed. Juruá: Curitiba, 2013, p. 102.

[7] Alegação constante do Processo Judicial nº 00389002020138130144, em trâmite no TJMG.

[8] ARTIGAS, Priscila Santos; ROSA, Maria Clara R. A Gomes. Art. 62. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Coord.). **Novo Código Florestal**: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, à Lei 12.727, de 17 de outubro de 2012 e do Decreto 7.830, de 17 de outubro de 2012. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

[9] Compilação realizada por Marcelo Novelino, em NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional. - 11. ed. rev., ampl. e atual. -** Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p.463-464.

[10] NOVELINO, Marcelo. *Op. Cit*, p. 463.

## LEGITIMIDADE NEOCONSTITUCIONAL CIBERDEMOCRÁTICA E EFETIVIDADE DA INICIATIVA POPULAR ELETRÔNICA DE LEI

**HIOMAN IMPERIANO DE SOUZA:** Mestrando em Direito Constitucional, na linha de pesquisa em Constituição Regulação e Desenvolvimento, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Prática Judicante, pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Especialista em Ordem Jurídica e Cidadania, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMIP). Pós-graduado pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMA). Pesquisador do Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade (LABIRINT). Pesquisador do Grupo LoFt - Law of the Future (Direito e Revoluções Pós-Digitais), junto ao Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal da Paraíba (CCJ-UFPB). Integrante do Grupo de Estudos Avançados em Arbitragem Judicial e Comércio Exterior (GEACE). Ex-Mapeador Tradadista das Nações Unidas Sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), junto à Organização das Nações Unidas (UN). Juiz Instrutor Estadual, do Tribunal de Justiça da Paraíba (TJ/PB). Auditor Disciplinar, do Tribunal de Justiça Desportiva da Paraíba (TJD/PB). Parceiro da Academia Paraibana de Letras Jurídicas (APLJ). Articulista e palestrante jurídico

**RESUMO:** No presente artigo científico é tratada a legitimidade constitucional do movimento ciberdemocrático e sua efetividade no modelo de iniciativa popular de lei na forma eletrônico-virtual. Para tanto, aborda-se a evolução dos movimentos constitucionalistas que transcorreram o tempo e o espaço na história juspolítica brasileira, passando de um aspecto classicista a um redescobrimto constitucional, visto como constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo. Em seguida, paralela e conjuntamente ao perpassar dos movimentos constitucionais, também se encontram os passos do sistema democrático de governo, em que a democracia assume diversos papéis de acordo com a circunstância histórica que se encontra, chegando-se a uma atual faceta denominada de ciberdemocracia. Nesta contemporaneidade ciberdemocrática, a

participação popular na vida política da sociedade se mostra extremamente presente, sobretudo ante a era globalizante, cujo instrumento fundamental de integração social reconhecido é a internet, mormente sob a ótica de que a formação das redes sociais virtuais assume um papel preponderante na reflexão e construção de opiniões significativas para manutenção da própria sociedade, enquanto organismo vivo. Com isso, é analisada a efetividade da participação popular ciberdemocrática na construção colaborativa da instituição do marco civil da internet, considerado como uma verdadeira mudança paradigmática do processo legislativo e a partir desta análise se examina os novos aspectos de uma iniciativa popular criativa de lei, enquanto manifestação direta da soberania do povo e sua viabilidade legitimante à luz moderna posição constitucional.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo. Ciberdemocracia. Iniciativa Popular de Lei.

**ABSTRACT:** In this scientific article is treated the constitutional legitimacy of the cyber-democratic movement and its effectiveness in the model of popular initiative of law in the electronic-virtual form. It's explained the evolution of the constitutionalist movements that have passed the time and the space in Brazilian political history, going from a classicist aspect to a constitutional rediscovery, seen as contemporary constitutionalism or neo-constitutionalism. Then, parallel to, and jointly with, the passing of constitutional movements, are also the steps of the democratic system of government, in which democracy assumes diverse roles according to the historical circumstance that is, arriving at a current facet called cyberdemocracy. In this cyberdemocratic contemporaneity, popular participation in the political life of society is extremely present, especially in the face of the globalizing era, whose fundamental instrument of social integration is recognized as the Internet, especially from the point of view that the formation of virtual social networks plays a preponderant role in the reflection and construction of significant opinions for the maintenance of society itself, as a living organism. In this way, the effectiveness of cyberdemocratic popular participation in the collaborative construction of the internet civil society institution, considered as a true paradigmatic change of the legislative process is analyzed and from this analysis examines the new aspects of a popular creative initiative of law, while direct

manifestation of the sovereignty of the people and their legitimacy viability in light of the modern constitutional position.

**Keywords:** Neo-constitutionalism. Cyberdemocracy. Popular Law Initiative.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Breve esboço sobre os movimentos constitucionais no Brasil. 3 Da democracia à ciberdemocracia. 4 Ciberdemocracia e marco civil da internet. 5 O instrumento democrático da iniciativa popular de lei. 6 Constitucionalidade da soberania popular pela ciberdemocracia direta. 7 Conclusão. Referências.

---

## 1 INTRODUÇÃO

O alavancamento dos movimentos Constitucionalistas ao longo da história se fez como importante mecanismo para o desenvolvimento do próprio conceito de Estado.

Será visto neste artigo o caminhar de correntes constitucionais no território brasileiro, do classicismo, passando pela modernidade até a chegada da contemporaneidade, com o denominado “Neoconstitucionalismo”.

Em seguida, abordar-se-á o regime democrático de governo, com breves aspectos históricos, evolutivamente chegando a um estágio que se passa a conceituar como “ciberdemocracia”.

Posteriormente, será possível constatar que a ciberdemocracia no cenário nacional é fruto das evoluções tecnológicas, sobretudo a partir do surgimento da internet como fenômeno globalizante e culturalmente integrador, chegando a ser elaborada uma legislação própria para regular o ambiente virtual, o Marco Civil da Internet.

Paralelamente e dentro da esfera democrática regente do governo brasileiro, tem-se o instrumento constitucional da Iniciativa Popular de Lei como consubstanciador da soberania direta exercida pelo povo.



Porém, no palco da ciberdemocracia é possível adpatar o instrumento da iniciativa popular a um meio eletrônico-virtual, a fim de possibilitar ao cidadão agir mais proativamente no seu meio social e junto ao seu governo.

Destarte, verificar-se-á que a iniciativa popular eletrônica de lei possui guarida constitucional e importará em valiosa ferramenta incrementadora e de aperfeiçoamento da (ciber)democracia.

## **2 BREVE ESCORÇO SOBRE OS MOVIMENTOS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL**

Brevemente, tem-se que, sob o aspecto histórico, sempre prevaleceu a ideia da existência de uma norma jurídica superior que viesse a ser base estruturante do próprio Estado. Sobre este aspecto limitativo-estruturante, pode-se afirmar que assim se dirigia o denominado Constitucionalismo Clássico, com origens remontando aos povos da antiguidade classicista onde reinava a teocracia estatal absolutista.

Passando-se à modernidade, a partir do final do século XVIII, visando contrapor a ideia de um Estado absoluto, emergem-se correntes revolucionárias, as quais buscavam barrar o arbítrio do absolutismo estatal e limitar seu poder, para implementar uma nova ótica de cunho mais liberal. Assim, tomando-se por base a criação das Constituições Americanas de 1787 e Francesa de 1791, opera-se um novo movimento constitucional, denominado de Constitucionalismo Moderno, cujos textos constitucionais resumiam-se no estabelecimento de normas acerca da organização do Estado, do exercício e da limitação do poder estatal, assegurada pela enumeração de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e pela separação dos poderes. Eis neste ponto o surgimento dos chamados direitos fundamentais de 1ª dimensão (ou direitos negativos-liberais).

Posteriormente, iniciando-se o século XX, vê-se a necessidade de serem harmonizadas oportunidades entre os indivíduos, de vez que a pura e simples isonomia no seu aspecto formal não mais estava servindo ao momento vivenciado, qual seja o agravamento da ideologia socialista. E, a partir de então, desenvolveu-se a 2ª dimensão dos direitos fundamentais, precisamente com as Constituições Mexicana de 1917 e Alemã de 1919, nas quais foram insculpidos os direitos sociais, econômicos e culturais,

pautados no ideal da igualdade material. Passam, pois, os entes políticos a executar políticas públicas tendentes a garantir a fruição de direitos como a saúde, a moradia, a previdência, a educação. A partir de então, inaugura-se mais uma fase constitucional, agora tratada como o Constitucionalismo Contemporâneo.

Todo esse movimento evolutivo, pautado pela dinamicidade jurídico-político-social, pode ser denominado de Constitucionalismo, diante das diversas fases históricas percorridas.

Em se tratando do território brasileiro, o Constitucionalismo Contemporâneo floresce a partir do estabelecimento da Constituição Federal de 1934, tendo como fonte de inspiração a Constituição Alemã de 1919.

Neste movimento contemporâneo passa-se também a se preocupar com os interesses meta/trans-individuais, incluídos os direitos difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. Constata-se, agora, a 3ª dimensão dos direitos fundamentais, marcados pelo ideal de solidariedade, a exemplo do direito ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento, ao progresso da humanidade, à paz.

Como se pode observar, este “novo” Constitucionalismo ou, como alguns sugerem, o “Neoconstitucionalismo”, perfaz-se como um movimento de certa forma recente que também busca formas de legitimação popular no processo de modificação constitucional, isto é, além de ser fulcrado nos ideais de igualdade, fraternidade, solidariedade, opõe-se ao clássico modelo racional de imutabilidade textual, que se dirigia unicamente a estrutura um Estado.

Vale frisar, porém, que, a despeito da recorrente utilização de prefixos como “novo”, “neo”, ou qualitativos como “contemporâneo”, “atual”, “corrente”, ligados ao termo Constitucionalismo, em verdade, o que há são tão-somente fases históricas de aperfeiçoamento do movimento constitucionalista, de maneira que o fenômeno Constitucionalismo é um só, apenas com variações de ideais e conceitos no seu caminhar.

Diga-se, inclusive, que esta “nova ideia” de Constitucionalismo une a noção de Constituição enquanto norma fundamento de garantia, com a noção de norma diretiva fundamental, erguendo-se, com isso, sustentáculos como a democracia os direitos fundamentais, lastreando-se na garantia da efetivação de políticas públicas eficazes visando alcançar

objetivos fundamentais da República, os quais são previstos no próprio corpo dos artigos 1º e 2º, ambos da Constituição Federal.

Neste diapasão, vale destacar dois doutrinadores que traduzem correntes, aparentemente antagônicas entre si, mas de certa forma complementares, com o intuito de melhor expor o modelo constitucional, como sendo alemão Jürgen Habermas e o norte americano Ronald Dworkin.

Sob a ótica de Habermas, a partir de uma visão procedimentalista, à Constituição é reservada uma função mínima, materialmente falando. Desta forma, a Lei Maior não poderia subtrair a legitimidade futura para propor novos valores e novos objetivos constitucionais.<sup>[1]</sup>

Doutra banda, Dworkin, como também Jhon Hart, ao tratar do pensamento norte-americano, é sustentada a corrente de que à Constituição cabe apenas impor um conjunto de decisões valorativas que sejam essenciais, ou seja, propõe-se que a mesma seja determinadora de metas políticas e de valores fundamentais compromissados pelo texto constitucional, não sendo permitido ao futuro a intervenção no esquema político-axiológico já posto.<sup>[2]</sup>

O que se pode notar dessas correntes e do caminhar histórico do constitucionalismo é um ponto convergencial de que sempre se buscou a luta contra o arbítrio do poder, balizando-se por uma limitação governamental indispensável à garantia de direitos, estruturando a organização político-social de uma comunidade, parafraseando José Joaquim Gomes Canotilho.<sup>[3]</sup>

Para garantir este abalizamento, mister o envoltamento da concepção constitucional do conceito de hierarquia ou supremacia. Tal supremacia, por sua vez, estaria assegurada pelo Poder Judiciário, como já pregavam os ideais iluministas em face do absolutismo dantes reinante.

Remonta-se, desta atuação judiciária, à própria Revolução Francesa, a qual trouxe nas suas entranhas a organização estrutural do Estado por meio da separação dos poderes, além da previsão de direitos e garantias fundamentais, como notadamente se percebe da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Todavia, a Constituição Francesa, ao contrário da Constituição Norte-Americana, não era apenas fulcrada na limitação de regras ou

esquemas organizacionais, pois já concebia em si como um projeto político, almejava também promover uma transformação política e social.

Diante dessa análise, tem-se que, visando a perpetuação da ideologia liberal de Estado, por intermédio das leis, vem à tona o positivismo jurídico. Certo, porém, que tal corrente positivista, ao infirmar que o Direito estaria apenas na norma jurídica, independente de sua correspondência com a própria Justiça, impossibilitou o controle dos abusos legislativos. Neste sentido, é dizer que como positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, desde que a validade da lei estivesse de acordo com os procedimentos estabelecidos para sua criação, tal fato, acabou por justificar até mesmo estruturas dos governos totalitários, os quais, como registrados nos anais históricos, em meados do século XX acarretaram diversas atrocidades, mormente durante a Segunda Guerra Mundial.

Em razão disso, retomando o que foi dito acima, nasceu-se uma “nova” dogmática constitucional, diga-se mais humanizada, centralizada na Dignidade da Pessoa Humana como valor jurídico supremo, dotando o ser humano como ponto principal de todo o ordenamento jurídico.

E, por assim dizer, o Constitucionalismo Contemporâneo conjugou a ideia de garantia jurisdicional, tomado pela influência norte-americana, com o forte conteúdo normativo, imbricada de exacerbada tutela de direitos fundamentais oriundo do modelo francês.

Nesses passos, readequou-se o conceito de Constituição, onde passou-se a se consagrar um vasto rol de direitos fundamentais e uma observância da força normativa constitucional, em que os princípios ganharam força normativa, verdadeiros mandamentos de otimização.<sup>[4]</sup>

Como consectário direto deste novo movimento constitucional, naturalmente houve uma modificação dos poderes instituídos, tomando-se como exemplo o Poder Judiciário, em que passa a discutir grandes processos de judicialização das mais variadas matérias, como políticas públicas, saúde, governança, processos legislativos, relações sociais intersubjetivas, dentre outros.

Por assim dizer, pode-se até mesmo manter a ideia de que se faz imperiosa uma releitura de todos os ramos do Direito, agora sob a ótica da Constituição, realizando-se uma verdadeira filtragem constitucional, surgindo temas como “Direito Civil Constitucional”, “Processo

Constitucional”, “Mandamentos Constitucionais de Penalização”, “Direito Econômico à luz da Constituição”.

Assim, o ora Estado Contemporâneo caracteriza-se como promotor da ampliação de mecanismos de participação social-democrática, ampliando-se por dizer o próprio conceito de democracia que vai além do aspecto formal para também uma dimensão material, visando o respeito e a efetividade dos direitos fundamentais de todos os indivíduos.

Destarte, por sua vez, o Constitucionalismo Contemporâneo se realiza como fenômeno jurídico-histórico-cultural que pode ser avaliado sob dois pontos principais: a superação do positivismo jurídico, em que os direitos fundamentais são princípios idôneos e estruturantes, mas submetidos ao método da ponderação para sua aplicação; doutra banda, tem-se que um reforço ao positivismo jurídico, no que diz respeito à separação entre o direito da moral, identificando que os direitos fundamentais apresentam natureza dúplice e princípios reguladores independente da moral.

Esse foi um breve histórico que retratou a evolução do Estado Liberal ao Estado Social, do constitucionalismo antigo ao contemporâneo, dos direitos fundamentais de primeira geração aos direitos fundamentais de terceira geração.

### **3 DA DEMOCRACIA À CIBERDEMOCRACIA**

Classicamente, o termo “Democracia” se origina da Grécia, “*demokratía*”, sem que “*demos*” significa “povo” e “*kratos*” poder. Tem-se, assim, em breve síntese, tratar-se de um regime político cuja soberania é exercida pelo povo, através do sufrágio universal, instrumentalizado pelo voto.

Seguindo-se, constata-se que as nações mundiais ao longo do tempo tendem cada vez mais a se integrarem a nível cultural, monetário, idiomático, enfim, pautando-se por um verdadeiro processo de natureza econômico-social integrativo entre os diversos povos do mundo, em que os atores sociais trocam ideias, realizam transações financeiras e comerciais, espalham e expandem aspectos culturais em todo o planeta, criando-se uma verdadeira rede de conexões, que deixam as distâncias cada vez mais curtas, facilitando as relações culturais e econômicas de forma rápida e eficiente. Eis o conceito formacional do termo “globalização”.



Por assim dizer, novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) são desenvolvidas, destacando-se, indubitavelmente, a “Internet”. Esta última, surgindo a partir de pesquisas militares, tinha como um dos propósitos o de armazenar grande quantidade de informações e transmiti-las a redes interconectadas. Com o passar do tempo ela foi saindo da exclusiva esfera militar e se disseminando em outros ramos civis, políticos, sociais, sobretudo na era da globalização.

Diante deste cenário globalizante, ligado por uma rede mundial de informações, surge a necessidade de relativização/mitigação ou aprimoramento da própria Democracia Clássica, ante o novo espaço que se vive, precisamente o denominado “espaço virtual”, desenvolvendo-se neste novo campo a ideia de “ciberdemocracia”, denotando-se a partir da emergência da internet e da participação direta do cidadão na política mediante o uso das novas tecnologias.

A ciberdemocracia consiste, pois, na construção de caminhos e instrumentos de debate por meio de um traço dialógico estabelecido entre o indivíduo e o Estado a fim de se alcançar políticas decisórias em que a ingerência popular perfaz-se mais real em sua prática.

Neste diapasão, são vislumbradas novas ferramentas de cunho comunicativo-tecnológicas, a exemplo da utilização de websites por meio da internet para propagar informações em geral, valendo-se inclusive como importante mecanismo pedagógico de estímulo ao leitor virtual a ter uma visão crítica sobre a política nas suas diversas facetas.

Eis alguns dos aspectos no atual estágio da ciberdemocracia que se vivencia na hodiernidade, estágio esse que, no Brasil, possui regulações legislativas deveras importantes, como veremos adiante.

#### **4 CIBERDEMOCRACIA E MARCO CIVIL DA INTERNET**

Definido o conceito de ciberdemocracia, observa-se que no território brasileiro a mesma se desenvolve sob vários aspectos e, como destaque, pode-se referenciar o processo de construção legislativa da Lei Federal nº 12.965 de 23 de abril de 2014.

A Lei Federal nº 12.965/2014, também denominada de “Marco Civil da Internet”, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários da Internet no Brasil.

A mencionada Lei foi a primeira elaborada de forma colaborativa entre Governo e sociedade civil, comunidade empresária e representantes

de várias escolas técnicas e acadêmicas, utilizando a internet como plataforma de debate, por meio de colaboração on-line direta e aberta.

Além de realização de Audiências Públicas para sua consecução, o Marco Civil da Internet foi pautado em discussões públicas através do portal “*e-Democracia*”, da Câmara dos Deputados, onde, segundo consta, o texto obteve cerca de quarenta e cinco mil visitas, quase dois mil duzentos e quinze mil comentários e trezentas e setenta e quatro propostas, tendo sido a primeira vez na Câmara dos Deputados que um relatório utilizou sugestões enviadas pela internet e suas redes sociais.

No Estado da Paraíba, por exemplo, precisamente em sua Capital (cidade de João Pessoa), foi criado um aplicativo que facilita o exercício da democracia direta pelo meio tecnológico, onde se faz possível a propositura popular projetos de lei sem intermediação de qualquer parlamentar, bastando o acesso ao “app” no smartfone. O referido aplicativo já é regulamentado pela Lei Municipal nº 13.041/2015, de iniciativa do vereador Lucas de Brito.

Como se vê, a Lei Federal supraindicada não é apenas um marco da internet, mas também do próprio processo legislativo brasileiro, valendo-se do fenômeno ciberdemocrático diante de todo o debate realizado antes e durante a tramitação no Congresso Nacional e já gerando reflexos nos parlamentos estaduais e municipais por todo o país.

Certamente essa novel forma de construção legislativo-participativa seguirá como exemplo e modelo conformador da soberania e da própria vontade popular em si.

## **5 O INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO DA INICIATIVA POPULAR DE LEI**

A Constituição Federal de 1988 traz um valioso instrumento democrático denominado de “iniciativa popular de lei”, consistindo na possibilidade de a própria população interessada, diretamente, elaborar projetos legislativos para regular a sociedade, com regulamentação pela Lei Federal nº 9.708/1988 (apelidada de “Lei da Soberania Popular”).

Na esfera federal, a sociedade poderá apresentar um projeto de lei à Câmara dos Deputados desde que a proposta seja assinada por um número mínimo de cidadãos distribuídos por pelo menos cinco Estados brasileiros. Eis o teor do disposto no artigo 61, § 2º, da Constituição Federal:

A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Um vez atendida a exigência constitucional, o projeto deve ser protocolizado junto à Secretaria-Geral da Mesa da Câmara Federal, obedecendo ao disposto no artigo 252 e seguintes, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Já a nível estadual e municipal também é possível a proposta de iniciativa popular de lei, bastando, em caso de proposta estadual, a subscrição de pelo menos 1% do eleitorado e nos municípios, de 5% do total dos eleitores, como dispõe o artigo 29, VIII, da Constituição Federal.

Em qualquer caso, porém, é necessário que o projeto de lei seja claro e coerente para enfim ser passível de aprovação nas respectivas casas legislativas. Para tanto, há inicialmente uma fase constitutiva onde a proposta elaborada (anteprojeto) é levada ao parlamento para discussões, passando-se, a nível federal, por ambas as Casas do Congresso Nacional (Câmara e Senado), bem como pelas respectivas Comissões como qualquer outro projeto de Lei; superada a fase deliberativa, é levada ao Chefe do Poder Executivo para enfim apor sanção ou veto ao projeto.

Importante observação a ser feita é que a Constituição Federal não prevê a iniciativa popular para apresentação de Propostas de Emenda à Constituição (PEC's), mas apenas de propostas de Lei.

Nota-se, com isso, que a iniciativa popular de lei reflete um dos pilares democráticos que é efetiva participação popular na vida política da sociedade e, nos moldes ciberdemocráticos também terá seus reflexos na era globalizante, cabendo-nos questionar, por fim, se no mundo virtual este instrumento democrático da soberania popular encontraria amparo e resguardo constitucional.

## **6 CONSTITUCIONALIDADE DA SOBERANIA POPULAR PELA CIBERDEMOCRACIA DIRETA**

Feita essa abordagem do fenômeno globalizante, onde foi tratado precisamente o ambiente da virtualização das relações, tendo a internet como mote da revolução informacional e culturalista, como também o instrumento da iniciativa popular de lei como importante mecanismo de

participação popular no cenário ciberdemocrático, resta definir se a participação popular na elaboração legislativa por meio do ambiente virtual possui guarida na Constituição Republicana de 1988.

Primeiramente, cabe frisar importantes projetos que tramitam no Congresso Nacional, sendo o Projeto de Lei nº 84/2011 e o Projeto de Regulamentação nº 68/2011. Ambos abordam, em linhas gerais, a previsão constitucional de participação direta da população na iniciativa legislativa, utilizando-se da internet como ambiente de coleta de dados, informações, opiniões.

Tais Projetos tomam como fundamentos a crise da democracia representativa, com a deficiência do uso dos instrumentos populares constitucionais como o plebiscito, referendo e a iniciativa popular como formas de organização direta; e que a iniciativa popular enseja aos cidadãos a oportunidade de apresentar ao Poder Legislativo um projeto normativo de interesse coletivo, o qual pode, após percorrer o devido trâmite, transformar-se em Lei e passar a reger as relações para as quais foi construída.

Os mencionados Projetos denotam a viabilidade de ligação entre o instrumento constitucional da iniciativa popular de lei e o atual estágio realista- virtual que se vivencia, ligação esta que terá como meio virtual o website do respectivo poder Legislativo, bastando que os cidadãos estejam em gozo de todos os seus direitos políticos.

Em síntese, de acordo com os referidos Projetos, a proposição será viabilizada, ao menos a nível federal, pelos sítios eletrônicos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, onde serão disponibilizados links para elaboração dos anteprojetos de iniciativa popular que tenham sido encaminhados eletronicamente, subscritos por 0,04% do eleitorado nacional, assinados eletronicamente pelos cidadãos devidamente identificados com seus qualificativos pessoais.

Pois bem, questiona-se se esse modo de participação popular pela via eletrônica seria de fato um instrumento de base constitucional ou, melhor dizendo, se há constitucionalidade nessa forma de elaboração legislativa.

Cerificar a constitucionalidade e um ato normativo é constatar se o mesmo está em conformidade com os mandamentos contidos na Constituição Federal, esta que serve como parâmetro de controle.

Nesses passos, tomando-se por base o aspecto formal do sentido de Constituição, ou seja, de que a mesma é detentora de superioridade/hierarquização normativa, estando no topo da cadeia legislativa, configurando-se como o Texto Maior, fundamento de validade de todas as espécies infraconstitucionais, logo, no cume do esquema piramidal adotado nacionalmente no artigo 59, da Constituição, aferir a constitucionalidade de um ato é justamente vislumbrar sua conformidade com os mandamentos constitucionais.

É certo que o instrumento da iniciativa popular de lei possui plena expressão constitucional, por estar contido no artigo 61, § 2º, da Constituição Federal. Porém, nela não consta a possibilidade de este mecanismo poder ser exercido pelo meio eletrônico-virtual, ou seja, no ambiente cibernético ou, como dissemos acima, ciberdemocrático.

No mesmo diploma Constitucional, tem-se no seu artigo 1º, I, que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a soberania. Ademais, no artigo 3º, II, por sua vez, estabelece como objetivos da República garantir o desenvolvimento nacional. Outrossim, no artigo 218, dispõe que o Estado deverá promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação, tudo a fim de acompanhar o crescimento da sociedade.

Os Projetos nº 84/2011 e nº 68/2011, acima delineados, buscam regulamentar a iniciativa popular eletrônica de lei, pois, como dito, é um meio que melhor reflete o momento globalizado que se vive, vale dizer, o cenário tecnológico instaurado desde a criação da internet na década dos anos noventa.

Tais Projetos almejam tão-somente que o Estado possa acompanhar a evolução tecnológica, oriunda a revolução cibernética a fim de que os instrumentos democráticos trazidos na Constituição Federal de 1988 não possam restar obsoletos ou inúteis.

A iniciativa popular eletrônica de lei não encontra qualquer óbice ou barreira no Texto Constitucional, pelo contrário, o mesmo reforça sua ideia, como visto nos dispositivos constitucionais supradecorados.

Logo, o exercício da soberania popular por meio da ciberdemocracia direta, ou seja, através da iniciativa popular eletrônica de lei, possui amparo constitucional e configura verdadeiro instrumento de participação social, refletora dos anseios sociais, cujos Projetos regulamentadores



também são detentores de incentivo constitucional e, por tais razões deve ser assegurada sua aprovação e posterior vigência a nível nacional, sem prejuízo da seara regional e local.

## **7 CONCLUSÃO**

Conforme visto anteriormente, os movimentos Constitucionais no Brasil seguiram fortes influências de correntes externas ao território nacional, perfazendo todo um caminhar histórico-político-social até a chegada do Neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo Contemporâneo.

Outrossim, ao passo que o esquema constitucional do Estado brasileiro foi evoluindo, também seguiu-se o desenvolvimento do próprio regime democrático de governo, acompanhando os progressos sociais, adaptando-se mormente às novas tecnologias.

Viu-se, com isso, que a internet surgiu como importante norte para a consecução da atual modalidade comunicativa, criando novas relações, promovendo a disseminação instantânea do conhecimento, propiciando novos espaços participativos mediante rápido acesso a baixos custos de empreendimento.

Diante dessa novel conjuntura cibernética oriunda da internet e seus consectários, o regime da democracia passou a assumir também um aspecto “tecnológico”, o que foi denominado de “ciberdemocracia”, sendo este novo ambiente o responsável pela maior integração dos indivíduos e dos próprios governos, valendo-se da seara virtual de atuação.

Conjugou-se a este aspecto o instrumento constitucionalmente previsto da iniciativa popular de lei, tratando-se de importante mecanismo de participação direta da população na elaboração de propostas legislativas a reger a vida social na qual está inserida.

Em verdade, pôde-se constatar que a iniciativa popular de lei almeja primordialmente estreitar o espaço existente entre o povo e o Poder Legislativo, a fim de que possibilite aumentar a participação popular nas iniciativas de cunho legiferante e tal aproximação, pelo atual estágio da ciberdemocracia na era globalizante, há de ser promovida no campo da internet, no campo virtual, como uma alternativa para facilitar o acesso, a celeridade e a forma como as matérias são elaboradas, podendo desenvolver quantitativa e qualitativamente.

Este instrumento, qual seja, a iniciativa popular eletrônica de lei, o qual se vale dos meios eletrônico-virtuais para a participação da população

interessada, além de ser um dos reflexos do modelo ciberdemocrático, também possui amparo constitucional, haja vista que desempenha importante papel no desenvolvimento científico e tecnológico, inexistindo qualquer óbice na Constituição Federal à sua concretização, pelo contrário, já havendo Projetos legais para sua regulamentação, como delineado nos tópicos anteriores.

Desta forma, a iniciativa popular eletrônica de lei trata-se de um mecanismo (ciber)democrático, eficaz e de resguardo constitucional, em que o ambiente da internet servirá indubitavelmente para demonstrar que tal instrumento é deveras valioso e viável à participação da própria sociedade na regência de sua vida política.

### REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

NOTAS:

[1] *Vide*, HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003,

[2] Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007 e ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

[3] *Vide*, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

[4] Cf. a obra HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

## O DIREITO À DESCONEXÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

**LUIZA PRADO LIMA SANTIAGO RIOS BRITO:**  
analista do Ministério Público da União  
graduada pela Universidade Federal de Minas  
Gerais e pós-graduada em Direito do Trabalho  
pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci.

**Resumo:** O presente artigo trata do direito à desconexão na sociedade contemporânea, trazendo reflexões doutrinárias e precedentes judiciais a respeito do tema.

**Palavras-chave:** trabalhador; direito à desconexão; direitos fundamentais.

---

Em tempos modernos, em que a tecnologia avança em proporções avassaladoras e permite, cada vez mais, a execução de trabalhos à distância ou o teletrabalho, no domicílio do empregado ou em outro local, possibilitando, ainda, a realização de labor sob o regime de sobreaviso, de modo a permanecer o trabalhador permanentemente conectado ao seu trabalho, desponta uma questão bastante relevante e preocupante: assegurar o que Jorge Luiz Souto Maior<sup>[1]</sup> define como um direito fundamental dos trabalhadores à desconexão ou ao não-trabalho.

Na lição de Christiana D’Arc Damasceno Oliveira<sup>[2]</sup>:

O direito à desconexão pode ser definido como aquele direito que assiste ao trabalhador de não permanecer sujeito a ingerências, solicitações ou contatos emanados do respectivo empregador, pessoa física ou do empreendimento empresarial para o qual o obreiro trabalha, em seu período de descanso diário (intervalos intra e interjornada), semanal (descanso semanal remunerado) ou anual (férias), e ainda em situações similares (licenças), em especial diante da existência das novas tecnologias (*blackberry, palm, pager, fax*, e ainda computador ou *notebook* munidos de Internet ou de rede). Dito de outro modo, configura-se o direito à desconexão como o direito do trabalhador (teletrabalhador ou não)

de permanecer desligado ou “desconectado” do polo patronal e da exigência de serviços em seus períodos de repouso, notadamente em virtude da possibilidade de interferências do tomador de serviços nesses lapsos de tempo diante da existência das novas tecnologias.

Tal direito, obviamente, não tem a pretensão de esvaziar todo o caráter dignificante e socializador do trabalho, mas atrela-se, fundamentalmente, à noção de que o homem não pode se tornar um escravo do trabalho, devendo exercê-lo dentro de limites que não comprometam a preservação da sua saúde física e mental e que lhe permitam conviver com sua família e desfrutar plenamente da sua vida privada e social[3].

Sob outra ótica, aproxima-se, segundo ensina Mauro César Cantareira Sabino[4], do direito ao lazer, previsto no artigo 6º da Constituição da República, no sentido de significar um direito a fazer atividades outras que não as laborativas, a permanecer em um estado de “não pensar regras obrigatórias, não ser assediado pelo cronômetro, não obedecer aos percursos da racionalidade e todas aquelas coisas que Ford e Taylor tinham inventado para bitolar trabalho executivo e torná-lo eficiente”.

E em uma sociedade marcada pelo imediatismo e pelo constante avanço da tecnologia a permitir uma ligação cada vez mais intensa do homem ao trabalho, é certo que essa questão ganha relevância ainda maior, a despeito de também serem inegáveis, e muitas vezes necessários, os benefícios trazidos por toda a modernização em comento[5].

A discussão perpassa, em verdade, pela busca do equilíbrio na relação do homem com o trabalho e pela análise dos efeitos negativos que o desenvolvimento dos recursos tecnológicos, da informática e das telecomunicações, aliados a valores próprios da sociedade contemporânea, tem gerado na vida dos trabalhadores, subtraindo-lhes o direito ao efetivo e verdadeiro descanso.



A lição de Vólia Bomfim Cassar<sup>[6]</sup> é, nesse contexto, valiosa:

Todo período de descanso, seja ele entre um dia e outro de trabalho, dentro da jornada, semanal ou anual, tem a finalidade de proporcionar ao empregado uma folga para repor as energias gastas pela execução dos serviços (fator fisiológico), a de permitir a convivência do trabalhador com a sua família e com a sociedade (fator social) e a de aumentar o rendimento, pois empregado descansado produz mais (fator econômico).

E o descanso somente terá por atendida todas essas finalidades que lhe são próprias se o trabalhador, efetivamente, desligar-se ou desconectar-se do trabalho e das preocupações, até mesmo inconscientes, que ele gera.

Como afirma Jorge Luiz Souto Maior<sup>[7]</sup>, descanso significa pausa no trabalho, a qual apenas será devidamente cumprida se houver a desvinculação plena desse labor, exemplificando que “fazer refeição ou tirar férias com uma linha direta com o superior hierárquico, ainda que o aparelho não seja acionado concretamente, estando, no entanto, sob a ameaça de sê-lo a qualquer instante, representa a negação plena do descanso”.

Retomando situação apontada no parágrafo inicial do presente estudo, não se pode olvidar, por exemplo, que o trabalho à distância - assim entendido como aquele executado longe dos olhos do empregador ou fora do estabelecimento empresarial, que pode ser ou não realizado no domicílio do empregado<sup>[8]</sup> e que não conta com qualquer distinção, para fins de caracterização da relação de emprego, com o trabalho convencional processado no interior da empresa (Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 6º) - atende, em princípio, às necessidades de ambas as partes envolvidas no contrato de trabalho.

Isso porque, por um lado, permite, para o empregador, a redução do espaço físico e imobiliário da empresa, com a consequente diminuição dos custos daí advindos, bem como a eliminação do tempo de ócio do

trabalhador, inclusive o do deslocamento casa-trabalho e vice-versa, com o incremento da sua produtividade. Por outro lado, proporciona ao empregado maior comodidade e disponibilidade de tempo, mediante horários de trabalho que tendem a ser mais flexíveis, maleáveis e aptos para se conciliarem com as atividades e encargos familiares e pessoais[9].

Não obstante, essa realidade pode, sim, como vem sendo dito, gerar consequências perversas sobre a vida do trabalhador, principalmente em razão da dificuldade que daí exsurge de se separar o tempo de trabalho do tempo livre[10], este que deveria ser verdadeiramente destinado ao repouso, à privacidade, à vida familiar, enfim, à efetiva desconexão do trabalho.

E isso (separar tempo de trabalho de tempo livre) pode parecer uma tarefa simples, mas, na verdade, e de fato, não é, na medida em que, repise-se, está o trabalhador inserido em uma sociedade moderna que exige prestação de serviços cada vez mais céleres e que propaga um excesso de informações em tempo a real a serem absorvidas com essa mesma instantaneidade, situação arrefecida pela modernização e pelo aperfeiçoamento, também acelerado, dos recursos tecnológicos e dos meios de comunicação. Tudo isso culmina, ao final, em uma enorme pressão sobre as tarefas a serem executadas pelo trabalhador, diga-se, em tempo recorde e com qualidade, em total prejuízo à sua saúde física, psíquica e mental.

Aliada a esses fatos, tem-se a circunstância de que a tecnologia, por meio do incremento da informática e dos instrumentos de telecomunicação, também tem permitido a realização do controle exato, à distância pelo empregador, de todo o tempo de efetivo labor do empregado e de toda a sua produtividade, bem como a comunicação constante e permanente com o obreiro, além de possibilitar, assim, que o trabalhador, mesmo em sua residência e após ter deixado o local de trabalho, permaneça ligado ao seu ofício aguardando ordens para, a qualquer tempo, ter que eventualmente realizar alguma tarefa, instituto conhecido como tempo de sobreaviso[11].

E também nessa hipótese do sobreaviso é evidente a falta de desconexão do trabalho, porquanto, mesmo não estando em seu local de trabalho, o trabalhador encontra-se em estado de alerta e de preocupação constante, já que pode, a qualquer hora, ter que atender ao chamado do empregador.

O desconforto de situações dessa natureza é inegável, pois, além de contribuir para o adoecimento físico e mental do trabalhador - que acaba tomado por estresse e fadiga -, promove uma verdadeira invasão da privacidade e intimidade da vida do obreiro, que se depara com o trabalho imiscuindo-se naquilo que ele tem, portanto, de mais pessoal.

Ademais, a questão não se resume ao universo das hipóteses até aqui ventiladas (trabalho à distância ou teletrabalho e regime de sobreaviso), mas permeia as relações de trabalho de forma generalizada, alcançando as mais variadas situações, dentre as quais se destacam a de cumprimento de jornadas exaustivas por parte dos obreiros, realidade recorrente no mundo do trabalho contemporâneo, e a de trabalhadores que ocupam cargos de maior responsabilidade inseridos na categoria de “altos empregados” e que se veem conectados ao trabalho vinte e quatro horas por dia, durante os sete dias da semana<sup>[12]</sup>.

Não se trata, obviamente, e consoante já salientado, de repudiar todo o desenvolvimento da sociedade atual e os avanços da tecnologia, que são responsáveis por trazer, também, grandes benefícios para a humanidade e para o próprio trabalho.

A discussão que envolve o direito à desconexão do trabalho é mais profunda no sentido de buscar um equilíbrio frente ao que a organização social moderna tem impingido, de forma negativa, à esfera íntima do trabalhador.

Também não se trata o direito à desconexão de uma negação ao trabalho, como visto, mas, sim, na lição de Jorge Luiz Souto Maior<sup>[13]</sup>, de uma negação ao ritmo alucinado de labor exigido pela economia hodierna, a este estado de constante alerta, a essa ligação permanente com o

trabalho que perturba a alma do trabalhador e não o deixa se tranquilizar ou desfrutar de momentos de relaxamento físico e mental.

E a matéria, frise-se, está distante de ser simples, inclusive diante do seu caráter extremamente atual e desafiador, reflexo dessa sociedade moderna, globalizada, inflada, tecnologicamente avançada e excessivamente cobrada, com todos os paradoxos que, inevitavelmente, isso pode trazer.

Jorge Luiz Souto Maior<sup>[14]</sup> apresenta uma instigante reflexão sobre a importância do direito à desconexão e suas implicações:

A pertinência situa-se no próprio fato de que ao falar em desconexão faz-se um paralelo entre a tecnologia, que é fator determinante da vida moderna, e o trabalho humano, com o objetivo de vislumbrar um direito do homem de não trabalhar, ou, como dito, metaforicamente, o direito a se desconectar do trabalho. Mas, esta preocupação é em si mesma um paradoxo, revelando, como dito, as contradições que marcam o nosso “mundo do trabalho”. A primeira contradição está, exatamente, na preocupação com o não-trabalho em um mundo que tem como traço marcante a inquietação com o desemprego. A segunda, diz respeito ao fato de que, como se tem dito por aí à boca pequena, é o avanço tecnológico que está roubando o trabalho do homem, mas, por outro lado, como se verá, é a tecnologia que tem escravizado o homem ao trabalho. Em terceiro plano, em termos das contradições, releva notar que se a tecnologia proporciona ao homem uma possibilidade quase infinita de se informar e de estar atualizado com seu tempo, de outro lado, é esta mesma tecnologia que, também, escraviza o homem aos meios de informação, vez que o prazer da informação transforma-se em uma necessidade de se manter informado, para não perder espaço no mercado de trabalho. E, por fim, ainda no que tange às

contradições que o tema sugere, importante recordar que o trabalho, no prisma da filosofia moderna, e conforme reconhecem vários ordenamentos jurídicos, dignifica o homem, mas sob outro ângulo, é o trabalho que retira esta dignidade do homem, impondo-lhe limites enquanto pessoa na medida em que avança sobre a sua intimidade e a sua vida privada.

Sob essa perspectiva, Vólia Bomfim Cassar<sup>[15]</sup> elucida, ainda, que o direito à desconexão ou ao não-trabalho perpassaria por quatro elementos: o estresse enfrentado pelo trabalhador para se manter constantemente atualizado e que provoca fadiga mental ou até mesmo doença por vício em trabalhar (“workaholic”); o direito ao descanso sem qualquer interferência do trabalho para possibilitar a efetiva reposição de energias e assegurar a higidez mental; o direito à preservação da sua vida íntima e privada; o direito de trabalhar menos ou de o fazê-lo dentro de limites fisiológicos e psicológicos recomendáveis, culminando no direito à saúde.

A jurisprudência pátria tem se mostrado sensível a essa questão, adotando o entendimento de ser imprescindível o respeito ao direito à desconexão do trabalho. É o que se vislumbra nos julgados abaixo selecionados, versando sobre a matéria em diferentes situações verificadas no seio das relações de trabalho:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. JORNADA DE TRABALHO. HORAS DE SOBREAviso.** O regime de sobreaviso caracteriza-se como o tempo, previamente ajustado, em que o empregado permanece, fora do horário normal de serviço, à disposição do empregador, no aguardo de eventual chamada para o trabalho. Tal situação importa diminuição ou cerceamento da liberdade de dispor do seu próprio tempo, pois a constante



expectativa de ser chamado ao serviço no momento de fruição do seu descanso, seja em casa ou em qualquer outro lugar que possa vir a ser acionado por meios de comunicação, impede que desempenhe as suas atividades regulares. A regra do artigo 244, § 2º, da CLT deve ser compreendida à luz da realidade da época de sua edição, nos idos de 1943, quando os meios de comunicação eram rudimentares e, por isso, era exigida a permanência do empregado em sua casa, a fim de ser localizado de maneira mais rápida. Hoje, porém, é possível que o trabalhador tenha certa mobilidade e, ainda assim, seja prontamente contatado pela empresa, por meio de pager, celular ou outros recursos tecnológicos. Nesse sentido é a Súmula nº 428 do TST. Na hipótese, o quadro fático delineado no acórdão regional comprova, efetivamente, a ocorrência de restrição à liberdade do autor, já que, quando escalado em regime de plantão, deveria ficar com o telefone celular e notebook disponíveis a fim de prestar suporte técnico ao cliente que necessitava. Incidência do artigo 896, §§ 4º e 5º, da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS CAUSADOS AO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO. DIREITO À DESCONEXÃO. HORAS DE SOBREVISO. PLANTÕES HABITUAIS LONGOS E DESGASTANTES. DIREITO AO LAZER ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO E EM NORMAS INTERNACIONAIS. COMPROMETIMENTO DIANTE DA AUSÊNCIA DE DESCONEXÃO DO TRABALHO. A responsabilidade civil do empregador pela reparação decorrente de danos morais causados ao empregado pressupõe a existência de três requisitos, quais sejam: a conduta (culposa, em**

regra), o dano propriamente dito (violação aos atributos da personalidade) e o nexa causal entre esses dois elementos. O primeiro é a ação ou omissão de alguém que produz consequências às quais o sistema jurídico reconhece relevância. É certo que esse agir de modo consciente é ainda caracterizado por ser contrário ao Direito, daí falar-se que, em princípio, a responsabilidade exige a presença da conduta culposa do agente, o que significa ação inicialmente de forma ilícita e que se distancia dos padrões socialmente adequados, muito embora possa haver o dever de ressarcimento dos danos, mesmo nos casos de conduta lícita. O segundo elemento é o dano que, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, consiste na "[...] subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral". Finalmente, o último elemento é o nexa causal, a consequência que se afirma existir e a causa que a provocou; é o encadeamento dos acontecimentos derivados da ação humana e os efeitos por ela gerados. No caso, o quadro fático registrado pelo Tribunal Regional revela que "o autor permaneceu conectado, mentalmente, ao trabalho durante os plantões, que ocorriam 14 dias seguidos. Além de cumprir sua jornada, o autor permanecia à disposição da empresa, chegando a trabalhar de madrugada em algumas ocasiões, como no dia 06/01/2008, por exemplo, em que trabalhou das 2h às 5h, no dia 27 do

mesmo mês, das 4h40min às 11h30min (fl. 416), e no dia 13/09/13, das 0h às 3h30min (fl. 418)." A precarização de direitos trabalhistas em relação aos trabalhos à distância, pela exclusão do tempo à disposição, em situações corriqueiras relacionadas à permanente conexão por meio do uso da comunicação telemática após o expediente, ou mesmo regimes de plantão, como é o caso do regime de sobreaviso, é uma triste realidade que se avilta na prática judiciária. A exigência para que o empregado esteja conectado por meio de smartphone, notebook ou BIP, após a jornada de trabalho ordinária, é o que caracteriza ofensa ao direito à desconexão. Isso porque não pode ir a locais distantes, sem sinal telefônico ou internet, ficando privado de sua liberdade para usufruir efetivamente do tempo destinado ao descanso. Com efeito, o excesso de jornada aparece em vários estudos como uma das razões para doenças ocupacionais relacionadas à depressão e ao transtorno de ansiedade, o que leva a crer que essa conexão demasiada contribui, em muito, para que o empregado cada vez mais, fique privado de ter uma vida saudável e prazerosa. Para Jorge Luiz Souto Maior, "quando se fala em direito a se desconectar do trabalho, que pode ser traduzido como direito de não trabalhar, não se está tratando de uma questão meramente filosófica ou ligada à futurologia(...), mas sim numa perspectiva técnico-jurídica, para fins de identificar a existência de um bem da vida, o não-trabalho, cuja preservação possa se dar, em concreto, por uma pretensão que se deduza em juízo." Não fossem suficientes as argumentações expostas e a sustentação doutrinária do reconhecimento do direito aludido, há que se

acrescentar o arcabouço constitucional que ampara o direito ao lazer, com referência expressa em vários dispositivos, a exemplo dos artigos 6º; 7º, IV; 217, § 3º; e 227. O direito à desconexão certamente ficará comprometido, com a permanente vinculação ao trabalho, se não houver critérios definidos quanto aos limites diários, os quais ficam atrelados à permanente necessidade do serviço. Resultaria, enfim, em descumprimento de direito fundamental e no comprometimento do princípio da máxima efetividade da Carta Maior. Finalmente, a proteção não se limita ao direito interno. Mencione-se, na mesma linha, diversos diplomas normativos internacionais, que, ou o reconhecem de modo expresso, ou asseguram o direito à limitação do número de horas de trabalho, ora destacados: artigos 4º do Complemento da Declaração dos Direitos do Homem (elaborado pela Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1936); XXIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; 7º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; e 7º, "g" e "h" do Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), os dois últimos ratificados pelo Brasil. Nesse contexto, mostra-se incontroversa a conduta antijurídica da empresa que violou direito fundamental decorrente de normas de ordem pública. Os danos causados, pela sua natureza in re ipsa, derivam na própria natureza do ato e independem de prova. Presente o nexo de causalidade entre este último e a conduta patronal, está configurado o dever de indenizar.

**Agravo de instrumento a que se nega provimento. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. DECISÃO GENÉRICA. INÉRCIA DA PARTE, QUANTO À OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO.** O Tribunal Regional não especificou os parâmetros concretos que o levaram a manter a sentença que fixou a indenização por danos morais em R\$25.000,00. Diante da omissão da Corte a quo, caberia a oposição de embargos de declaração, a fim de que explicitasse os fundamentos que conduziram ao valor arbitrado e demonstrasse a proporcionalidade com relação à extensão do dano. Como a parte não tomou tal providência afigura-se inviável o exame da tese recursal, no sentido de que não há razoabilidade no montante da indenização. Incidência da Súmula nº 297 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 2058-43.2012.5.02.0464 , Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 18/10/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/10/2017) (destaque acrescido)

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.** A Corte de origem, a partir do conjunto probatório disponível nos autos, especialmente o laudo pericial, registrou que o Reclamante, exercendo a função de motorista de caminhão frigorífico, era responsável por efetuar a descarga de mercadorias no momento da entrega, com o auxílio de trabalhadores avulsos, sendo que o baú frigorífico tinha temperatura de aproximadamente 15º negativos (-15ºC). Assim, restou caracterizada a insalubridade, nos termos no Anexo 09 da NR 15 do MTE. O Regional também mencionou que o Reclamante não utilizava qualquer tipo de EPI e que a reclamada não produziu qualquer



prova oral para refutar tais conclusões, mesmo após impugnar o conteúdo do laudo. Tais premissas fáticas não são passíveis de modificação na atual fase recursal, de natureza extraordinária, pois demandaria o revolvimento de fatos e de provas, o que é vedado, nos termos da Súmula 126 do TST. Portanto, levando em consideração as premissas fáticas estabelecidas, não é possível visualizar violação ao artigo 189 da CLT, pois o Reclamante estava submetido a condições insalubres. Por fim, a Reclamada não cuidou de reiterar no Agravo de Instrumento o aresto antes transcrito no Recurso de Revista. Ocorre que o agravo de instrumento é recurso autônomo, que deve demonstrar, por si mesmo, por que o recurso de revista deveria ser conhecido. Não se admite que a parte remeta esta Corte Superior à leitura do recurso trancado.

2. JORNADA DE TRABALHO. O Tribunal Regional do Trabalho, sobre o tema, fixou que a Reclamada controlava a jornada de trabalho do Reclamante, descaracterizando, desse modo, a alegação patronal de trabalho externo sem controle de jornada (art. 62, I, da CLT). O Regional também consignou que os registros de jornada do Reclamante possuem diversas rasuras, praticamente todas para reduzir o valor inicialmente indicado e, conseqüentemente, reduzir o período de trabalho registrado. Por fim, a Corte de origem registrou que o Reclamante laborava aproximadamente 15 (quinze) horas todos os dias. Tais premissas fáticas não são passíveis de modificação na atual fase recursal, de natureza extraordinária, pois demandaria o revolvimento de fatos e de provas, o que é vedado, nos termos da Súmula 126 do TST. Desta feita, considerando as premissas fixadas pelo Regional, não é possível visualizar que o acórdão tenha violado os artigos 59, §2º, da CLT e 7º, XIII e XXVI, da CF/88,

na medida em que o labor por cerca de 15 (quinze) horas, todos os dias, descaracteriza o sistema de "banco de horas", que encontra limite máximo em 10 (dez) horas diárias. **3. INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL. DIREITO À DESCONEXÃO. PERNOITE DENTRO DO CAMINHÃO POR DETERMINAÇÃO DO EMPREGADOR. GARANTIA DA SEGURANÇA DO PATRIMÔNIO PATRONAL.** Do acórdão regional é possível extrair que o reclamante pernoitava dentro do caminhão por determinação do empregador, como forma de garantir a segurança daquele patrimônio. Também ficou assentado que a Reclamada não indenizava os gastos necessários para que os trabalhadores pagassem acomodação em algum tipo de hospedaria. Nesse contexto, verificado pela Corte de origem que a permanência do Reclamante na cabine se dava por exigência da Reclamada, resta configurado que o Reclamante não dispunha livremente de seu intervalo interjornada, mantendo-se vigilante no momento em que deveria estar descansando. Em consequência, restaram agredidos os direitos fundamentais à intimidade, à vida privada (art. 5º, X, da CF/88), ao lazer (art. 6º, da CF/88) e à redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII, da CF/88), refletindo, assim, na violação ao direito à desconexão do trabalhador em relação ao trabalho nos horários destinados ao descanso. Por consequência, preenchidos os requisitos previstos nos artigos 186 e 927, caput, do Código Civil (culpa, dano e nexo de causalidade), a viabilizar a responsabilização civil pelo dano moral daí decorrente. **Agravo de Instrumento não provido.** (AIRR - 196300-81.2012.5.17.0141 , Relator Desembargador Convocado: Américo Bedê Freire,

Data de Julgamento: 26/08/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/08/2015) (destaque acrescido)

DIREITO DE DESCONEXÃO DO TRABALHO. PLANTÃO NO PERÍODO DESTINADO A DESCANSO. CONTROLE PATRONAL POR INSTRUMENTO TELEMÁTICO. SOBREAVISO. A jurisprudência tem estendido os efeitos do § 2º do art. 244 da CLT, sendo devido o sobreaviso se no período destinado a descanso há regime de plantão submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos, com possibilidade de chamado a qualquer momento. Nesse sentido a Súmula 428 do TST. (TRT 3ª Região – RO- 00699-2012-109-03-00-9, Quinta Turma, Relator Desembargador José Murilo de Moraes, Publicado no DEJT de 25 de março de 2013)

HORAS DE SOBREAVISO. DIREITO À DESCONEXÃO. Tempo livre é aquele no qual a subjetividade do trabalhador se distancia dos problemas, questões e compromissos - potenciais ou efetivos – concernentes ao mundo do trabalho permitindo-lhe “esquecer” e descansar, repousar e usufruir de seu direito ao lazer.(CRFB, Art. 6º). Em contraponto, o tempo em que o empregado deve permanecer conectado à empresa, ainda que por meio do aparelho celular é tempo de trabalho e portanto, deve ser remunerado. As horas de sobreaviso, diante da desterritorialidade do trabalho no mundo contemporâneo, não se definem pela exigência da fixação a um local aguardando ordens, mas pela fixação a um aparelho móvel que aprisiona seu portador às demandas potenciais do empregador.

A utilização da analogia é admitida expressamente pelo art. 8º da CLT e se constitui em importante recurso de integração das lacunas surgidas diante das transformações tecnológicas e produtivas e se constitui em importante modo de atualização do Direito do Trabalho e uma das razões para a permanência da CLT. (TRT 1ª Região, RO-0000694-05.2011.5.01.0042, Sétima Turma, Relatora Desembargadora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, Publicado no DEJT de 16 de janeiro de 2013)

Christiana D'Arc Damasceno Oliveira<sup>[16]</sup> comenta que:

O direito á desconexão surge sob o invólucro dos novos tempos. A disseminação das tecnologias torna possível seja o trabalhador subordinado (teletrabalhador ou não) contactado instantaneamente mesmo em seus períodos de repouso, ocasionando-lhe embaraço na fruição plena do direito fundamental ao descanso (indispensável à recuperação de suas potencialidades física e psíquica), interferindo também na fruição do direito fundamental social ao lazer, circunstâncias que, se reiteradamente renovadas, geram pretensão passível de ser apresentada judicialmente no sentido de exigir-se que o tomador de serviços se abstenha de protagonizar atos dessa natureza, com a cominação de multa para a hipótese de descumprimento e, se for o caso, indenização por dano de natureza extrapatrimonial. Referidas medidas não afastam, contudo, a incidência do pagamento de consectários trabalhistas típicos (horas extras, sobreaviso ou prontidão) que também forem devidos, a depender do caso concreto.

Desta feita, assegurar o direito à desconexão significa, com base em tudo quanto exposto, e como vem sendo feito pelos Tribunais pátrios, velar pela integridade, saúde e higidez física e psíquica do trabalhador e garantir a efetivação, em última análise, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), permitindo o pleno exercício, pelo homem, da sua cidadania e o desenvolvimento de potencialidades outras que reflitam para além do meio ambiente de trabalho, traduzindo-se, assim, em bem jurídico da maior relevância para o atual Estado Democrático de Direito a ser objeto de efetiva tutela e proteção.

Afinal, o direito à desconexão do trabalho relaciona-se, umbilicalmente, a direitos fundamentais pertinentes às normas de saúde, higiene, medicina e segurança no trabalho, descritas na Constituição da República, especialmente ao estabelecer regras de limitação da jornada, o direito ao descanso, às férias, e à redução dos riscos inerentes ao trabalho (artigo 7º, incisos XIII, XV, XVII e XXII), que somente reforçam essa preocupação elementar com a incolumidade física e psíquica do trabalhador e com a efetiva restauração da energia por ele despendida na realização do seu mister.

### REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Reflexos do avanço da tecnologia e da globalização nas relações de trabalho: novas profissões e métodos de execução do trabalho – parte II*. Disponível em: <[http://portal2.trttrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA\\_NOVA/REVISTAS%20TRT-RJ/48/20\\_REVTRT48\\_VOLIA%20BOMFIM.PDF](http://portal2.trttrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/REVISTAS%20TRT-RJ/48/20_REVTRT48_VOLIA%20BOMFIM.PDF)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Do direito à desconexão do trabalho*. Disponível em:



<<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/Do%20Direito%20%C3%A0%20Desconex%C3%A3o%20do%20Trabalho%20-%20Jorge%20Luiz%20Souto%20Maior.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. Direito à desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 22, n. 253, p. 63-81, jul. 2010.

SABINO, Mauro César Cantareira. A desconexão do trabalho e o direito ao lazer sob uma ótica pós-positivista: a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do ordenamento jurídico. *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, v. 18, n. 4, p. 25-31, abr. 2012.

#### NOTAS:

[1] MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Do direito à desconexão do trabalho*. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/Do%20Direito%20%C3%A0%20Desconex%C3%A3o%20do%20Trabalho%20-%20Jorge%20Luiz%20Souto%20Maior.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

[2] OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. Direito à desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 22, n. 253, jul. 2010, p. 65.

[3] MAIOR, op. cit.

[4] SABINO, Mauro César Cantareira. A desconexão do trabalho e o direito ao lazer sob uma ótica pós-positivista: a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do ordenamento jurídico. *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, v. 18, n. 4, abr. 2012, p. 31.

[5] SABINO, op. cit., p. 25.

[6] CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012, p. 686.

[7] MAIOR, op. cit.

[8] CASSAR, op. cit., p. 666.

[9] BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2012, p. 259.

[10] Ibid., p. 259.

[11] O sobreaviso é tratado na Súmula n. 428 do Tribunal Superior do Trabalho que assim dispõe: “SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (...) I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

[12] MAIOR, op. cit.

[13] Ibid.

[14] Ibid.

[15] CASSAR, Vólia Bomfim. *Reflexos do avanço da tecnologia e da globalização nas relações de trabalho: novas profissões e métodos de execução do trabalho – parte II*. Disponível em: <[http://portal2.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA\\_NOVA/REVISTAS%20TRT-RJ/48/20\\_REVTRT48\\_VOLIA%20BOMFIM.PDF](http://portal2.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/REVISTAS%20TRT-RJ/48/20_REVTRT48_VOLIA%20BOMFIM.PDF)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

[16] OLIVEIRA, op. cit., p. 79.

## PRINCÍPIOS DA TEORIA KANTIANA E VISÃO JURÍDICA

**IZABELLA CHRISTINA CAROLINO DE SOUZA:**  
Bacharelada em Direito na UnB - Universidade de  
Brasília.

**Resumo:** Este artigo tem como objetivo apresentar uma introdução acerca dos princípios da teoria filosófica de Kant: sujeito, objeto, tipos de juízos. Além disso, busca elucidar um pouco de sua visão em relação ao indivíduo na sociedade, os conceitos de Direito e Moral e a necessidade de estabelecer um ordenamento jurídico-social para a garantia da liberdade dos indivíduos.

**Palavras chave:** Sujeito, Objeto, Juízo, Direito, Moral, Liberdade.

**Summary:** The purpose of this article is to present an introduction about Kant's foundations theory: subject, object, judgements types. Furthermore, present a bit of his vision about the individual in society, Law and Moral definitions and the need of a legal-social ordenament to guarantee the individual freedom.

**Keywords:** Subject, Object, Judgement, Law, Freedom

**Sumário:** 1- Introdução 2- Direito e liberdade 3- Estado 4- Conclusão 5- Referências bibliográficas

---

### 1. Introdução

O filósofo Immanuel Kant faz uma “Revolução Copérnica na Filosofia”. Isto é, Copérnico fez uma revolução na astrologia, ao sair da teoria geocêntrica do universo, que colocava a Terra como centro do universo, para a heliocêntrica, em que os astros giram em torno do Sol, não do planeta. Na filosofia, Kant coloca o sujeito como centro do conhecimento, no lugar do objeto. Com essa revolução, ele quebra com a oposição racionalista à empirista.

O filósofo, ao colocar o sujeito em foco, o distingue em transcendental, ele é anterior ou independente de experiência, possuindo

as formas puras e a *priori*(necessárias e universais), o colocando no âmbito da liberdade. Já o empírico é o oposto e está na esfera da natureza. Ele diz que o homem participa de ambos, desde que ele seja imputável. Desta forma, como coloca o jurista José Cristóvam, escravos e servos não seriam considerados pessoas, e sim homens sem personalidade.

Ele acredita que nós já possuímos certos conhecimentos, mas que eles também podem ser obtidos a partir das nossas experiências. Desta forma, ele faz uma crítica aos racionalistas que defendem que toda sabedoria é construída racionalmente a partir das ideias inatas, e aos empiristas que diz sermos passivos, ou seja, apenas afetados pelo objeto.

Em sua teoria, Kant defende que temos uma intuição diante do objeto, ou seja, nós escolhemos uma sensação dentre todas que nos afetam ao mesmo tempo. A intuição, formada na sensibilidade, impõe à experiência sensível o espaço e o tempo, que são as duas formas puras. Estas, por mais que não existam na realidade, são organizadas no objeto para fundamentar o conhecimento. Este é formado por juízos, divididos em analíticos e sintéticos.

O filósofo define como juízos analíticos são explicativos e *a priori*, o predicado não acrescenta nada ao sujeito, pois já é implícito em sua definição. Já os juízos sintéticos são extensivos, uma vez que a qualidade é acrescentada ao sujeito, estes podem ser divididos em *a priori*, os que não dependem de uma experiência sensível, apenas da razão, e *a posteriori*, que são dependentes de tal.

## 2. Direito e Liberdade

Kant defendia que as ações dos homens são guiadas pela razão. Desta forma, a moralidade estava de acordo com essa, mas cada um possui sua própria concepção moral, uma razão imperfeita. Sendo assim, ele acreditava que deveria existir uma lei moral, isto é, uma norma que valesse para todos (uma máxima), a tornando um imperativo categórico (“Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal”). (MS I, A 34-B 35; Ak. VI, 231)

Além disso, ele fala do “*Estado Natural*”, quem em sua concepção, é aquele em que não há nenhum ordenamento jurídico. Apesar de acreditar que esse estado do homem não tem por fim a violência, opondo-se a Thomas Hobbes, ele defende que os homens são imperfeitamente racionais, isto é, mesmo que sejam racionais, têm propensões a agirem extintivamente. Desta forma, deve haver um sistema jurídico com pessoas imparciais (juízes) para estabelecerem leis que controlem o indivíduo e para julgarem legitimamente quando alguém interferir na liberdade do outro.

Uma vez imposto o contrato social, passa-se para o “*Estado Civil*”, que tem como objetivo a garantia de liberdade de todos os indivíduos da sociedade, assim como defende John Locke. Deste modo, criaria uma interdependência: a liberdade na sociedade civil seria garantida pelo Direito e este, por mecanismos como a coação (mecanismo externo ao indivíduo e independente de sua concordância), só teria esta autoridade.

O Dr. Guido Antônio de Almeida, em seu artigo, sintetiza as três afirmações em que Kant se baseia para definir o conceito de Direito:

- 1) o Direito se aplica às ações externas de um indivíduo, na medida em que elas afetam as ações de outros indivíduos; 2) o Direito concerne às ações externas na medida em que elas envolvem uma relação entre o arbítrio de um com o arbítrio dos demais; 3) o Direito considera unicamente a forma dessa relação e sua compatibilidade com leis universais nesse tipo de sociedade.

Isto posto, Kant elabora em duas teses para isto: a de permitir as ações não ilícitas, composto por normas permissivas (geral para todo e qualquer cidadão) e autorizativas (atribui competência), juridicamente chamado de Direito Negativo, e a da fundamentação do Direito de usar a coação diante de ações ilícitas, o Direito Positivo, em que a não observância de suas normas, tanto as obrigatórias quanto as proibitivas, leva à determinada sanção.



Diante disso, Kant estabelece uma distinção entre o Direito e a moral. Embora ambos visem a regulação da conduta do homem, o primeiro encontra-se no âmbito da razão prática (dever ser da conduta do homem), desta forma, leva a uma coercibilidade, na qual o indivíduo obedece suas normas por uma vontade heterônima, ou seja, é condicionada por fatores externos (sociais) em que há apenas um natural (imprescindível): a liberdade. Já a moral, é autônoma, uma vez que é caracterizada no dever pelo dever, interna (subjativa), a pessoa obedece às leis da sua razão, também chamadas de leis da liberdade, caracterizando uma incoercibilidade. Apesar dessa distinção, Kant não acreditava que ao seguir as normas jurídicas os indivíduos estariam se privando de sua liberdade, pelo contrário, o cumprimento das leis leva a garantia de tal, tanto a da própria pessoa, quanto a dos outros.

Além disso, ele fala das convenções sociais que são externas aos indivíduos, heterônomas e incoercíveis, uma vez que por mais que leve a uma pressão psicológica de se enquadrar no padrão da sociedade, o indivíduo não é obrigado a isso e não pode sofrer sanção por agir diferente.

O Dr. Renato Vasconcelos Magalhães pauta a diferenciação que Kant faz em dois planos. Um em que o indivíduo apenas segue a lei por interesse ou para não sofrer sanção, isto é, agir conforme o dever, caracterizando o *jurídico da legalidade*. E o *ético*, quando o indivíduo cumpre as normas, não apenas por elas fazerem parte do ordenamento jurídico, mas por concordarem com elas, enxergarem sua importância e as respeitam, desta maneira estão agindo por dever.

Diante de tais conceitos, facilita o entendimento dos dois princípios do Direito em Kant, enumerados pelo Dr. Guido Antônio de Almeida, da *avaliação* e o da *execução*. O primeiro seria em relação a ação do indivíduo na sociedade, isto é, analisar se ela não fere ou irá ferir a liberdade de outro, desta forma este o coloca na "*faculdade de julgar*". Sendo este o "Princípio Universal do Direito", ele servirá de base tanto para as razões individuais quanto para as partes em que se dividem o Direito: Público e Privado. Já o segundo princípio, tido como "Lei Universal do Direito", é o imperativo categórico, colocando-o na "*faculdade de escolher*".

Ao abordar as partes do Direito, ele levanta que o Público está ligado ao Estado, e o Privado estaria fora desse âmbito. Desta forma, este seria o do *estado de natureza*, uma vez que ao passar para o *estado civil*, a sociedade se estatiza e entra em vigor o Público. Mas isto não anula completamente a validade do outro, apenas cria uma integração, dado que o Estado deve garantir os direitos naturais dos indivíduos e estes devem o respeitar para o bem social e individual.

O Dr. Robertônio dos Santos Pessoa apresenta mais uma distinção feita por Kant, a dos preceitos *categóricos* e *hipotéticos*. Enquanto o primeiro formula as normas em que se estabelecem as relações de cumprimento de expectativas, o segundo enuncia as consequências de sua não observância. Na linguagem jurídica, o preceito *categórico* é a *norma referente a conduta lícita*, caracterizada como primária enquanto o *hipotético* seria da secundária, *norma sancionatória*.

### 3. Estado

A nacionalidade de Kant (Prússia), e as transformações que o local sofria, como o tratado de paz com a França, inspirou Kant em uma de suas principais obras “A paz perpétua”, como coloca o Dr. Renato Valladares Domingues. Nesta, Kant elabora projetos para facilitar a convivência entre os países, e isso também depende da maneira em que o Estado se organiza internamente.

Para a organização política do Estado, Kant é liberal republicano, uma vez que defende que o Poder Executivo seja separado do Legislativo, assim como Montesquieu. Na opinião dele, o Legislativo deveria representar a vontade racional do povo, por isso, deveriam elaborar uma Constituição que contenha as normas para a garantia da liberdade dos indivíduos. Desta forma, ao estabelecer o Direito Positivo, a sociedade tem como dever cumpri-lo, caso não, deve ser sancionada. E este deve estar de acordo com os princípios imutáveis jurídicos, isto é, do Direito Natural.

Deste modo, o Executivo deveria atuar de acordo com a Constituição estabelecida pelo Legislativo. Além disso, o Poder Judiciário, para Kant, teria como competência a conclusão do Direito, isto é, sua atuação, e se descumprido, a aplicação de suas devidas sanções.

Diante disso, Kant defende que os Estados devem ter uma federação na qual estabeleçam uma união e certifiquem que um não irá se intrometer nas situações internas do outro. Desta forma, eles irão cooperar para proteger-se de inimigos. Acredito que isso teria objetivo semelhante a Organização das Nações Unidas (ONU), mas esta costuma interferir internamente nos países membros, diferente do que Kant pregava.

#### **4. Conclusão**

Kant conseguiu solucionar conflitos entre correntes filosóficas e também conseguiu elaborar teses para uma melhor harmonia da sociedade. Por mais que tenha opinião divergente de outros filósofos e juristas, serviu de inspiração a muitos ao basear sua teoria jurídica no princípio da liberdade. A partir de tal, ele estabelece os melhores modos, que ele acredita, para garanti-la aos indivíduo e ao Estado.

Apesar de, em muitos casos, não explicar de maneira clara suas ideias, ele merece todo o reconhecimento por sua tese, uma vez que ele conseguiu solucionar conflitos e inspirar várias esferas, como a social, política, jurídica e acadêmica.

#### **5. Referências bibliográficas**

A filosofia do Direito em Kant: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5520](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5520)

A Doutrina do Direito de Emmanuel Kant: <http://jus.com.br/artigos/20165/a-doutrina-do-direito-de-emmanuel-kant/2>

Direito Natural e Direito Positivo em Kant e Ficht: [http://www.uc.pt/fluc/dfci/public\\_publicacoes/vol\\_21\\_n\\_41/Direito\\_natural](http://www.uc.pt/fluc/dfci/public_publicacoes/vol_21_n_41/Direito_natural)

Sobre o Princípio e a lei universal do Direito em Kant: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2006000200002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2006000200002&script=sci_arttext)

Breves considerações sobre o sistema de paz perpétua de Immanuel Kant:  
<http://jus.com.br/artigos/24799/breves-consideracoes-sobre-o-sistema-de-paz-perpetua-de-immanuel-kant>

## **EDUCAÇÃO AMBIENTAL NAS ESCOLAS UM GANHO PARA A CIDADANIA**

**GUILHERME DE ANDRADE ANTONIAZZI:**

Delegado de Polícia Civil. Bacharel em Direito pela Universidade Paulista - UNIP; Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA; Especialista em Direito Público pela FDDJ - SP; Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela ESBAM.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo abordar a importância da educação ambiental ser aplicada nas escolas para o desenvolvimento intelectual e da consciência do ser humano mobilizando-o defender e efetivar a sustentabilidade e preservação do meio ambiente através da cidadania trazendo um ganho efetivo a sociedade, visando uma melhor qualidade de vida. O artigo aborda a questão histórica e o desenvolvimento da educação ambiental durante os anos, e também a questão legislativa que está inserida no Brasil. Por fim, visa demonstrar os conceitos da educação ambiental e o seu ganho para a cidadania quando aplicada nas escolas.

Palavras chave: Educação Ambiental; Escola; Cidadania.

**ABSTRACT:** This article aims to address the importance of environmental education be applied in schools for intellectual development and human consciousness mobilizing to defend and carry the sustainability and preservation of the environment by citizens bringing an effective gain to society to a better quality of life. The article addresses the historical issue and the development of environmental education over the years, and also the legislative issue that is inserted in Brazil. Finally, it aims to demonstrate the concepts of environmental education and its gain for citizenship when applied in schools.

**Key Words:** Environmental education; School; Citizenship.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. História da Educação Ambiental no Mundo e no Brasil. 3. Aspecto legal da Educação Ambiental no Brasil. 4. Educação Ambiental para a cidadania. 5. Considerações Finais. 6. Referências.



## 1. INTRODUÇÃO

A humanidade durante vários séculos vem explorando e modificando demasiadamente o meio ambiente, iniciando-se de forma mais incisiva a partir das grandes navegações no final do século XV e início do século XVI, quando países do oeste europeu partiram em busca do “novo mundo”. As colônias eram muito exploradas pela metrópole tanto no aspecto natural como no social. Após as revoluções industriais iniciadas no final do século XVIII, e o início do capitalismo, o crescimento populacional mundial começou a aumentar de forma acintosa junto com a exploração do meio ambiente que cada vez mais aumentava retirando elementos naturais para serem empregados na produção de produtos de consumo.

Somente a partir dos anos de 1960, o mundo vê que o crescimento industrial e populacional está trazendo grandes conseqüências no meio ambiente quanto a sua degradação. Começa a ser defendida a idéia da educação ambiental ser inserida no meio escolar. Foram promovidos vários encontros e conferências pela Nações Unidas e UNESCO, na defesa da Educação Ambiental ser implementada e difundida em todo o mundo.

Com a realização das conferências e encontros a Educação Ambiental ganhou força, inclusive no Brasil, a tal ponto que está previsto na Constituição Federal que todos têm o direito a educação ambiental. Com a promulgação da Lei que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental e por meio dela, foi estabelecido a obrigatoriedade da educação ambiental em todos os níveis de ensino, sendo um grande ganho que a educação brasileira obteve após vários debates que houve durante alguns anos entre educadores, ambientalistas e governos.

A educação tem um papel de ensinar o conhecimento científico e também de preparar o indivíduo para o exercício da cidadania, trazendo o acesso aos bens de conhecimento materiais, culturais e também exercendo os seus direitos e deveres previstos na Lei e na Constituição Federal.

A educação ambiental aplicada nas escolas traz nos alunos o desenvolvimento intelectual, estímulos e conhecimentos com posturas cidadãs tendo a ciência das suas responsabilidades em manter e lutar para a conservação e a sustentabilidade do meio ambiente.

Assim a educação ambiental trará ganhos para a cidadania, pois faz de cada pessoa um agente transformador, que sabe fazer uma reflexão do contexto histórico, social, e político, dos fatos que estão presentes e atingindo a sociedade e que busque estudar, compreender e debater soluções para solucionar o caso.

A metodologia utilizada foi à exploratória, que visa uma análise documental de doutrinas, legislação, trabalhos e pesquisas já existentes.

## **2. História da Educação Ambiental no Mundo e no Brasil**

O homem da idade da pedra “homo sapiens” viviam geralmente isolados, como nômades utilizando-se da lei do mais forte em busca da sobrevivência, não possuindo moradias fixas. A partir da revolução neolítica com o desenvolvimento de técnicas para o cultivo agrícola o homem começou a viver em pequenos grupos, fixando em territórios, criando as primeiras sociedades.

Por volta de 10 mil anos antes de Cristo, a revolução agrícola já começava a provocar impactos ambientais na natureza, pelas derrubadas das florestas. A partir desta época que o Homem ouviu falar na destruição da fauna e da flora, poluição do ar pelas queimadas, poluição do solo, excesso de matéria orgânica e erosão (DIAS, 1992, p. 33).

Os países do oeste Europeu iniciaram no final do século XV e início do século XVI as grandes navegações, começaram a exploração do mundo e de novos territórios que se tornaram posteriormente colônias, onde se teve uma grande escala de degradação ambiental. No Brasil como colônia de Portugal, na época houve uma grande exploração de pedras preciosas e do Pau-Brasil, no qual houve uma grande destruição da Mata Atlântica durante vários anos, que sentimos até nos dias atuais.

Com a Revolução Francesa, sociedade da Europa, no final do século XVII, passou por inúmeras transformações. Surge o Iluminismo, que tinha como ideias básicas a liberdade, fraternidade e igualdade, sob o aspecto do progresso. Essas ideias faz com que a burguesia, saia vencedora ao derrotar o mercantilismo, o estado absolutista e solidifica uma nova ordem econômica o capitalismo que vai crescendo e se fortalecendo em vários países pelo mundo (BRAICK, 2007, p. 85).

A Revolução Industrial é uma marca do capitalismo que, ao modificar o sistema de produção, consegue aumentar a margem de lucro, promovendo a poluição do ar, dos rios, do solo, etc. A revolução industrial foi o início para toda a problemática ambiental vivenciada nos dias de hoje. No decorrer dos três últimos séculos, o malefício que o capitalismo trouxe para o meio ambiente era justificado pela possibilidade do progresso humano. Novas tecnologias desenvolvidas permitiram avanços em várias áreas. No entanto, a partir da década de 1960, esse progresso começou a ser muito questionado (BRAICK, 2007, p. 86).

No ano de 1965 na Grã-Bretanha, na Conferência em Educação da Universidade de Keele foi pela primeira vez falado sobre educação ambiental. Foi aceito que a Educação Ambiental deveria se tornar parte essencial da educação de todos os cidadãos. Via-se a Educação Ambiental essencialmente como “conservação”, ou ecologia aplicada, e o veículo seria a biologia (DIAS, 1992, p. 40).

Nesse período iniciou-se um questionamento dos meios de desenvolvimento que estariam sendo empregados em vários países do mundo. Em 1968, fundou-se o Clube de Roma, onde se reuniram 30 especialistas para sistematizarem os questionamentos que existiam, e discutirem a crise do meio ambiente atual e do futuro.

No mesmo ano de 1968, foi criado o Conselho para Educação Ambiental, na Inglaterra, onde mais de cinquenta organizações participaram com foco para temas relacionados à educação e ao meio ambiente. Também, mais seis países europeus (Dinamarca, Finlândia, França, Islândia, Noruega e Suécia) discutiram a respeito do

início da educação ambiental no currículo escolar (GUIMARÃES, 1995, p. 56).

Em 1972 o Clube de Roma denunciava que o crescente consumo mundial levaria a humanidade a um limite de crescimento e a um possível colapso. Na Conferência das Nações Unidas de 1972 em Estocolmo, Suécia, foi um marco histórico político internacional para o surgimento de políticas de gerenciamento ambiental. Foi reconhecido o desenvolvimento da Educação Ambiental como elemento crítico para o combate a crise ambiental no mundo. Também um desafio foi lançado no qual seria necessário um esforço internacional para se definir as bases conceituais do que seria a Educação Ambiental. Isso foi feito em encontros sub-regionais regionais, nacionais e internacionais sucessivos, gerando documentos que estabeleceriam seus objetivos, princípios, finalidades e recomendações (DIAS, 1992, p. 26).

O Plano de Ação da Conferência de Estocolmo recomendou a capacitação de professores e o desenvolvimento de novos métodos e recurso instrucionais para a Educação Ambiental (PEDRINI 1997).

Em 1975, é lançado em Belgrado, Iugoslávia, o encontro Internacional em Educação Ambiental, que reuniu especialistas de 65 países, que definiram os princípios e orientações para um programa internacional de Educação Ambiental.

No ano de 1977 em Tbilisi (URSS, Geórgia), realizou-se a Primeira Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental, organizada pela UNESCO, em colaboração com o programa das nações Unidas para o Meio Ambiente, sendo um prolongamento da Conferência das Nações Unidas sobre meio Ambiente Humano de Estocolmo, 1972. A conferência de Tbilisi, constituiu-se em um ponto de partida de um programa internacional de Educação Ambiental, contribuindo para precisar a natureza da Educação Ambiental e definir seus objetivos e características, assim como estratégias pertinentes no plano nacional e internacional (DIAS, 1992, p. 49).

Durante os anos 1980, houve vários encontros, seminários e conferências promovidos pela UNESCO sobre a Educação Ambiental em vários países, onde eram analisadas as conquistas e dificuldades e o estabelecimento de estratégias a serem adotadas em relação à Educação Ambiental.

No ano de 1992 na Conferência das Nações Unidas realizada na cidade do Rio de Janeiro, Brasil, com a participação de 170 países, a Educação Ambiental foi definida como uma educação crítica da realidade, com objetivos de fortalecimento da cidadania para a população como um todo, e não para um grupo restrito, concretizando-se pela possibilidade de cada pessoa portadora de direitos e deveres e de se converter em ator corresponsável na defesa da qualidade de vida, estabelecer uma educação que seja crítica e inovadora, em dois níveis formal, que se daria na escola e não formal que ocorreria fora da escola (DIAS, 1992, p. 61).

Em sua obra, MORIN destacou a importância da Eco-92. O objeto da ciência ecológica é cada vez mais a biosfera em seu conjunto, e isso em função da multiplicação das degradações e poluições em todos os continentes e da detecção, desde os anos 1980, de uma ameaça global à vida do planeta. Uma tomada de consciência progressiva, se manifestou no Rio de Janeiro em 1992, da necessidade vital, para a humanidade inteira, de salvaguardar a integridade da Terra (MORIN, KERN, 1995, p. 37).

A Conferência Internacional sobre Meio Ambiente, Educação e Conscientização Pública para a Sustentabilidade, realizada em Tessalônica, Grécia, no ano de 1997, organizada pela UNESCO, seguiu passos importantes em reuniões em relação a educação em prol do desenvolvimento sustentável realizadas em anos anteriores desde a de Tbilise em 1977. O Objetivo foi o de destacar a função da educação e da e da sensibilidade dos cidadãos em relação à sustentabilidade analisando a contribuição da Educação Ambiental.

Vinte anos depois da Eco 92, no ano de 2012, na cidade do Rio de Janeiro, Brasil, foi realizada a Conferência das Nações Unidas Sobre Desenvolvimento Sustentável, conhecida também como Rio+20, onde



foram discutidas as ações ambientais feitas nos últimos vinte anos. No encontro também foi abordado maneiras para eliminar a pobreza, ações para garantir o desenvolvimento sustentável do planeta e políticas públicas sobre educação ambiental.

O Brasil no momento que se iniciava as discussões sobre a importância da preservação do meio ambiente e da Educação Ambiental estava sob o regime militar iniciado no ano de 1964 e com o seu término em 1985. Quanto a esse período da história brasileira, Germano (1994, p. 94) afirma:

a sociedade brasileira, no período 1964-1985, atravessou ciclos de repressão e de liberalização política, que eram reflexos das lutas de classe, da correlação de forças entre o Estado e os setores oposicionistas da sociedade civil, bem como das contradições inerentes ao próprio bloco no poder, ou seja, dos conflitos existentes entre as diversas facções militares e das classes dominantes.

Durante no final da década de 1960 e início dos anos de 1970, o Brasil estava em pleno desenvolvimento econômico que era sustentado pelo regime militar, não se importando com preocupações ambientais. O Brasil recebeu várias críticas e o governo alegava que havia uma conspiração de nações desenvolvidas para impedir o crescimento do país.

O Brasil enviou uma delegação de representantes oficiais para a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano em Estocolmo, em 1972 e assinou sem qualquer restrição a Declaração da ONU sobre o meio ambiente humano.

O Governo Federal Brasileiro criou no ano de 1973 a Secretaria Especial do Meio Ambiente que foi o primeiro passo para se institucionalizar a Educação Ambiental no país.

As primeiras políticas públicas sobre Educação Ambiental no Brasil surgiram no início dos anos de 1980, com a Lei 6.902/81, que estabeleceu áreas de preservação ambiental e estações ecológicas para a pesquisa, voltadas ao desenvolvimento da educação de preservação. A Lei 6.938/81,

que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, assegura que a Educação Ambiental seja incluída em todos os níveis de ensino, colocando a Educação Ambiental como instrumento a ser investido como auxílio na resolução dos problemas ambientais.

Em 11 de março de 1987, o Plenário do Conselho Federal de Educação (MEC) aprovou, por unanimidade, a conclusão da Câmara de Ensino a respeito do Parecer 226/87 que considerava necessária a inclusão da Educação Ambiental dentre os conteúdos a serem explorados nas propostas curriculares das escolas de 1º e 2º graus. (DIAS, 1992, p. 54).

A Constituição Federal de 1988, trouxe a Educação Ambiental no artigo 225, § 1º, inciso VI, assegurando a sua aplicação em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

No ano de 1989, o Governo cria o IBAMA, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis, órgão do Poder Executivo Responsável pela execução da Política Nacional do Meio Ambiente. O IBAMA no ano de 1995, instituiu em todas as suas superintendências estaduais núcleos de Educação Ambiental.

Com a edição da Lei 9.795/99, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental, tornou força à ampliação e aplicação da Educação Ambiental como disciplina obrigatória.

Com isso, a educação ambiental veio tendo a partir dos anos de 1960, uma evolução e ganhando grande destaque nas Conferências e encontros da Organização das Nações Unidas e da UNESCO, discutindo a sua importância e implementação em vários países.

### **3. Aspecto legal da Educação Ambiental no Brasil**

A Constituição Federal de 1988, no artigo 225, § 1º, inciso VI, prevê que incumbe ao Poder Público, “promover educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”. (BRASIL, 2017).

A Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente, evidenciou, em seu artigo 2º, inciso X, a necessidade de promover a "educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente". (BRASIL, 2017).

O IBAMA, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis, foi criado pela Lei 7.735/89 órgão do Poder Executivo Responsável pela execução da Política Nacional do Meio Ambiente, prevista na Lei 6.938/81, tendo como atividade de fiscalização sobre os recursos naturais, preservação e conservação do patrimônio Natural e também concede autorização para licenças ambientais. O IBAMA criou núcleos nos Estados promovendo a Educação Ambiental.

A Lei nº 9.795/99 e o Decreto nº 4.281/02, estabelecendo a Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA), trouxe um marco legal para a Educação Ambiental, definindo a composição e as competências do órgão gestor da PNEA, trazendo as bases para a sua execução, sendo algo necessário para viabilizar as ações de Educação Ambiental no âmbito do Governo Federal.

Segundo a Lei 9795/99, define Educação Ambiental no artigo 1º, como sendo "os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade". (BRASIL, 2017).

A Política Nacional de Educação Ambiental prevista na Lei 9.795/99, trouxe no seu artigo 2º e 3º, que todos têm o direito a educação ambiental, sendo um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente de forma articulada em todos os níveis e modalidades do processo educativo.

Destaca Genebaldo F. Dias (1992, p. 158) a importância da Educação Ambiental ser trabalhada em todos os níveis nas escolas:

A educação ambiental por ser interdisciplinar, por lidar com a realidade; por adotar uma abordagem que considera todos os aspectos que compõem a questão ambiental – sócios-culturais, políticos, científico-tecnológicos, éticos, ecológicos etc.; por achar que a escola não pode ser um amontoado de gente trabalhando com outro amontoado de papel; por ser catalisador de uma educação para a cidadania consciente, pode e deve ser o agente otimizador de novos processos educativos que conduzam as pessoas por caminhos onde se vislumbre a possibilidade de mudança e melhoria do seu ambiente total e da qualidade da sua experiência humana.

No artigo 4º da Lei 9.795/99, dispõe sobre os princípios básicos da Educação Ambiental:

Art. 4º São princípios básicos da educação ambiental:

I - o enfoque humanista, holístico, democrático e participativo;

II - a concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o sócio-econômico e o cultural, sob o enfoque da sustentabilidade;

III - o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, na perspectiva da inter, multi e transdisciplinaridade;

IV - a vinculação entre a ética, a educação, o trabalho e as práticas sociais;

V - a garantia de continuidade e permanência do processo educativo;

VI - a permanente avaliação crítica do processo educativo;

VII - a abordagem articulada das questões ambientais locais, regionais, nacionais e globais;

VIII - o reconhecimento e o respeito à pluralidade e à diversidade individual e cultural.

O artigo 5º da Lei 9.795/99, estabelece os objetivos da Educação Ambiental:

Art. 5º São objetivos fundamentais da educação ambiental:

I - o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos;

II - a garantia de democratização das informações ambientais;

III - o estímulo e o fortalecimento de uma consciência crítica sobre a problemática ambiental e social;

IV - o incentivo à participação individual e coletiva, permanente e responsável, na preservação do equilíbrio do meio ambiente, entendendo-se a defesa da qualidade ambiental como um valor inseparável do exercício da cidadania;

V - o estímulo à cooperação entre as diversas regiões do País, em níveis micro e macrorregionais, com vistas à construção de uma sociedade ambientalmente equilibrada, fundada nos princípios da liberdade, igualdade, solidariedade, democracia, justiça social, responsabilidade e sustentabilidade;

VI - o fomento e o fortalecimento da integração com a ciência e a tecnologia;

VII - o fortalecimento da cidadania, autodeterminação dos povos e solidariedade como fundamentos para o futuro da humanidade.

O artigo 9º da Lei 9.795/99, traz a necessidade de que a educação ambiental, seja desenvolvida nas instituições públicas e privadas em todos os níveis, educação básica que engloba a educação infantil, ensino fundamental e médio; e a educação superior, especial, profissional e educação de jovens e adultos.



O Poder Público nos níveis, Federal, Estadual e Municipal, incentivará a Educação Ambiental não-formal, que no artigo 13 da Lei 9.795/99, define como: “as ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente”.

#### **4. Educação Ambiental para a cidadania**

Para o convívio em sociedade sempre se exigiu desde a antiguidade um comportamento baseado nas leis, costumes e religião que permeia determinados locais. Isto traz ao indivíduo uma margem de respeito mútuo aos outros e a si próprio, existindo a responsabilidade de se repassar essas referências para as gerações futuras, que por meio de instituições de ensino são dadas as bases de adaptação na sociedade. Com isso a ética na educação tem um papel importante na formação de um indivíduo consciente de seus direitos e deveres na sociedade.

A ética se manifesta nas pessoas de maneira imperativa, como exigência da moral. Pautada na concepção da condição humana, limitada às experiências, as interpretações clássicas da ética apresentam hoje suas brechas e insuficiências. (MORIN, 2005, p. 222).

Segundo Leonardo Boff (1997, p. 32): “Ético significa, portanto, tudo aquilo que ajuda a tornar melhor o ambiente para que seja uma moradia saudável: materialmente sustentável psicologicamente integrada e espiritualmente fecundada”.

Mário Sérgio Cortella (2010, p. 106), afirma que: “A ética é o conjunto de princípios e valores da nossa conduta na vida junta. Portanto, ética é o que faz a fronteira entre o que a natureza manda e o que nós decidimos. A ética é aquilo que orienta a sua capacidade de decidir, julgar, avaliar”.

A educação tem como papel construir no indivíduo uma referência ética quando o faz pensar a importância do trabalho na construção coletiva da sociedade, com qualidade de vida, honestidade e cidadania.

Segundo Gabriel Chalita (2002, p. 34), a educação constitui-se em uma poderosa ferramenta de intervenção no mundo para a construção de novos conceitos e conseqüente mudança de hábitos. A educação também é o instrumento para construir o “conhecimento nas pessoas e a forma com que todo o desenvolvimento intelectual conquistado é passado de uma geração a outra, permitindo, assim, que cada geração tenha um avanço em relação à anterior no campo do conhecimento científico e geral”.

A sociedade em geral deve se valer da compreensão que é ao mesmo tempo meio e fim da comunicação humana. O mundo necessita, em todos os sentidos, de compreensões mútuas entre as pessoas. Dada a importância da educação para a compreensão, em todos os níveis educativos e em todas as idades, o desenvolvimento da compreensão necessita da reforma planetária das mentalidades e esta deve ser a tarefa da educação do futuro (MORIN, 2000, p. 104).

A cidadania pressupõe implicações decorrentes de uma vida em sociedade e dela advém a prática de direitos e deveres que devem sempre estar em equidade, e nesse conjunto existe a possibilidade do cidadão de participar ativamente da vida e do governo da nação a qual faz parte.

A educação para a cidadania já vem sendo discutida no Brasil há muito tempo, conforme escreve Carlota Boto (1999, p. 02):

A preocupação com a educação para a cidadania no Brasil, remonta a Constituição de 1823. Parece curioso que em pleno Império já se fizesse presente entre nós um conjunto de idéias em torno da universalização dos direitos, influenciada pelo coetâneo movimento da ilustração francesa. Embora esse avançado ideário tenha alcançado seu lugar na letra da lei, na realidade ainda predominava entre nós a configuração de uma sociedade escravocrata e excludente, na qual apenas os homens livres e proprietários desfrutavam de direitos devido ao sistema censitário imperial. Esse sistema vigorou durante o Segundo Reinado e tinha sido definido pela Constituição de 1824, a qual assegurava o direito de votar e ser votado, participar da Câmara e do

Senado, apenas àqueles cidadãos que se enquadrasse em determinados níveis de renda. Não obstante, tanto os constituintes de 1823, quanto os de 1824 preconizavam a disseminação de escolas, ginásios e universidades, bem como a garantia da gratuidade do ensino público – apesar de omissos no que respeita à matéria obrigatória.

Ensina Edgar Morin, (2000, p. 72) a importância da cidadania e da educação andarem juntas:

Se é verdade que o gênero humano, cuja dialógica cérebro mente não está encerrada, possui em si mesmo recursos criativos inesgotáveis, pode-se então vislumbrar para o terceiro milênio a possibilidade de nova criação cujos germes e embriões foram trazidos pelo século XX: a cidadania terrestre. E a educação, que é ao mesmo tempo transmissão do antigo e abertura da mente para receber o novo, encontra-se no cerne dessa nova missão.

Para o exercício de uma plena cidadania é necessário a existência de democracia para que se tenha uma liberdade no aspecto público e privado não importando a condição social e nível de riqueza.

Maria Eva Lakatos (1999, p. 44) define a democracia:

A democracia é a filosofia ou sistema social que sustenta o indivíduo, apenas pela sua qualidade de pessoa humana, e sem consideração às qualidades, posição, status, raça, religião, ideologia ou patrimônio, deve participar dos assuntos da comunidade e exercer nela a direção que proporcionalmente lhe corresponde.

Noberto Bobbio, (2002, p. 54) traz a idéia de democracia não só em relação do Poder Público, mas também em outras relações, como as sociais, econômicas, culturais e políticas:

A democracia não se refere só à ordem do poder público do Estado, mas devem existir em todas as relações sociais, econômicas, políticas e culturais. Começa na relação

interindividual, passa pela família, a escola e culmina no Estado. Uma sociedade democrática é aquela que vai conseguindo democratizar todas as suas instituições e práticas.

A democracia tem o seu fundamento no controle da máquina do poder pelo povo e, desse modo, reduz a servidão (que determina o poder que não sofre a retroação daqueles que submete), nesse sentido, a democracia é mais do que um simples regime político; “é a regeneração contínua de uma cadeia complexa e retroativa: os cidadãos produzem a democracia que produz cidadãos” (MORIN, 2000, p. 107).

Muitas vezes à Educação foi dada a tarefa de ser o agente de mudanças desejáveis na sociedade, e a ela se acoplaram as “educações” (sexual, antidroga, para o trânsito, para a saúde e higiene). Dentre elas, nenhuma tem um apelo tão premente e globalizador quando a Educação Ambiental, mesmo porque, pela sua própria natureza integradora, influencia em várias áreas, trazendo um efeito tão devastador quando falha o seu objetivo de desenvolvimento da consciência crítica pela sociedade em relação aos problemas ambientais e aos seus aspectos sócio-culturais, econômicos, políticos, científicos, tecnológicos, ecológicos e éticos (DIAS, 1992, p. 28).

A escola é um espaço para troca e fomento de informações, criando condições e meios que estimulem os estudantes a terem responsabilidades, postura cidadã e terem a percepção que são parte integrante do meio ambiente. O desafio de um projeto de educação ambiental é incentivar as pessoas a se reconhecerem capazes de tomar atitudes (MEIRELLES; SANTOS, 2005, p. 35).

Quando se aplica a educação ambiental, ela atinge várias esferas, sociais, econômicas e ambientais, conforme ensina Arlindo Philippi Júnior (2005, p. 56):

A educação ambiental não é neutra, mas ideológica; é um ato política; a educação ambiental deve envolver uma holística enfocando a relação entre o ser humano, a natureza

e o universo de forma interdisciplinar; a educação ambiental deve promover a cooperação e o diálogo entre indivíduos e instituições, com a finalidade de criar novos modos de vida e atender as necessidades básicas de todos, sem distinções étnicas, físicas, de gênero, idade, religião ou classe social.

O surgimento e desenvolvimento da Educação Ambiental como método de ensino estão diretamente relacionados aos movimentos ambientalistas, pois é fruto da conscientização dos problemas ambientais que atinge todo o mundo. A ecologia, como ciência global, trouxe a preocupação com os problemas ambientais, surgindo à necessidade de se educar no sentido de preservar o meio ambiente (SANTOS, 2007, p. 15).

Na mesma linha Isabel Cristina de Moura Carvalho (2006, p. 51) a Educação Ambiental é concebida inicialmente como preocupação dos movimentos ecológicos com a “prática de conscientização que chama a atenção para o que se tem um fim e má distribuição do acesso aos recursos naturais e envolver os cidadãos em ações sociais ambientalmente apropriadas”.

São vários tipos pedagógicos que surgiram como práticas voltadas ao ensino da Educação Ambiental. Layrargues (2002, p. 88) chama a atenção para esse aspecto. Nesse sentido, comenta:

aquilo que já era consagrado como “educação ambiental”, alguns educadores resolveram atualmente renomear com novos termos definidores. Surgiram então, no Brasil e no mundo, novas adjetivações para a prática educativa relativa ao meio ambiente na década de 90: além da educação ambiental, fala-se agora em educação para o desenvolvimento sustentável, Neal (1995), Ecopedagogia, Gadotti (1997), educação para a cidadania, Jacobi (1997a) e finalmente, educação para a gestão ambiental, Quintas e Gualba (1995).

Com respeito aos diversos nomes dados a Educação Ambiental é algo a ser pensado como um retrocesso não havendo necessidade, pois para se praticar uma educação voltada à formação e ao exercício da



cidadania não é necessário que se altere o nome de uma prática consagrada, já que ela contempla esta dimensão (LAYRARGUES, 2002, p. 103).

A Educação Ambiental deve capacitar ao pleno exercício da cidadania, através da formação de uma base conceitual abrangente, técnica e culturalmente capaz de permitir a superação dos obstáculos à utilização sustentada do meio. O direito à informação e o acesso às tecnologias capazes de viabilizar o desenvolvimento sustentável constitui, assim um dos pilares deste processo de formação de uma nova consciência em nível mundial, sem perder a ótica local, regional e nacional. O desafio da educação, neste particular, é o de criar as bases para a compreensão holística da realidade (DIAS, 1992, p. 32).

A escola deve trazer nas crianças desde o início uma consciência de cidadania ambiental, onde ela vai sentir o respeito um com o outro e assim com toda a coletividade, ampliando a generosidade para o bem-estar de todos envolvendo a sociedade na defesa do meio ambiente.

Portanto, a educação ambiental deve ser acima de tudo um ato político voltado para a transformação social, capaz de modificar valores e atitudes, construindo novos hábitos e conhecimentos nas pessoas, defendendo uma nova ética, que sensibiliza e conscientiza na formação da relação integrada do ser humano, da sociedade e da natureza, aspirando ao equilíbrio local e mundial, como forma de melhorar a qualidade de todos os níveis de vida (CARVALHO, 2006, p. 54).

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No decorrer deste trabalho, buscamos apresentar o histórico e o contexto político em que a educação Ambiental começou a ser discutida em âmbito mundial e no Brasil discorrendo sobre as principais conferências e encontros que foram realizados para a discussão e aprimoramento do que foi implementado.

A base para a formação do ser humano é na família, onde se vai fazer do indivíduo um ser civilizado, adquirindo os primeiros valores éticos e morais e a escola contribui nesse processo, abrindo portas para novos

conhecimentos e aperfeiçoando os já existentes. A escola e a família devem caminhar juntas, lado a lado para que se tenha uma boa educação do indivíduo.

É importante que os professores façam valer as regras e diretrizes da educação. Uma educação para que se consiga alcançar os seus objetivos e metas, não deve somente o professor ensinar a matéria, mas fazer com que o aluno seja participativo e desenvolva os assuntos e ideias, tornando-se um crítico e questionador.

A cidadania é condição fundamental para que se tenha uma sociedade democrática e por meio da educação possa haver uma participação dos alunos na solução dos problemas que enfrenta utilizando-se dos conhecimentos adquiridos na escola. A escola vai ensinando o aluno os valores da cidadania trabalhando projetos, sociais, saúde, ambientais etc.

O Brasil atualmente possui legislação para que a educação ambiental seja implementada em todos os níveis de ensino e seria necessário a formação de frentes de trabalho organizadas para que fossem difundidas de modo mais efetivo pelo poder público, com o apoio da iniciativa privada que poderia ser estimulada a investir na educação com fundamento no princípio ambiental do protetor-beneficiário.

A formação de uma Educação Ambiental nas escolas que deixe o indivíduo com uma visão crítica, transformadora e de emancipação que faça com que adote posturas de participação conscientes de seus direitos, deveres e valores na defesa da sociedade, utilizando do exercício da cidadania para que alcance os seus objetivos na sustentabilidade e preservação do meio ambiente.

Todos devem ter a consciência que o meio ambiente seja preservado e defendido, e por meio da educação aliada com a cidadania os indivíduos terão essa consciência que será multiplicada pelas presentes e futuras gerações, trazendo uma melhor qualidade de vida para toda a sociedade.

## **6. REFERENCIAS**

BOBBIO, Noberto. Teoria Geral da Política. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BOFF, Leonardo. A águia e a galinha: uma metáfora da condição humana. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

BOTO, Carlota. A escola primária como tema do debate político às vésperas da República. São Paulo: Revista Brasileira de História v. 19, nº 38, 1999.

BRAICK, Patrícia Ramos. História das cavernas ao terceiro milênio. 3.ed. São Paulo: Moderna, 2007.

BRASIL, Constituição do Brasil. Brasília: Planalto Presidência da República. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso: 05/12/2017. 2017.

BRASIL, Lei 6.938/81, Política Nacional de Meio Ambiente. Brasília: Planalto Presidência da República. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso: 05/12/2017. 2017.

BRASIL, Lei 9.795/99, Política Nacional de Educação Ambiental. Brasília: Planalto Presidência da República. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso: 05/12/2017. 2017.

CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. Educação ambiental: a formação do sujeito ecológico. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2006.

CORTELLA, Mario Sergio. Qual é a tua obra?: Inquietações Propositivas Sobre Gestão, Liderança e Ética. 9ª ed., Petrópolis, Rio de Janeiro, Vozes, 2010.

CHALIA, Gabriel. Educação: a solução está no afeto. São Paulo: Gente, 2002.

DIAS, Genebaldo. F. Educação ambiental: princípios e práticas. São Paulo: Gaia, 1992.

GERMANO, José Willington. Estado militar e educação no Brasil: 1964-1985. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1994.

GUIMARÃES, Mauro. A Dimensão Ambiental Na Educação. Campinas, SP: Papirus, 1995.

JUNIOR, Arlindo Philippi. E PELICIONI, Maria. Educação Ambiental e Sustentabilidade. 1ª ed. Barueri-SP. Manolie, 2005.

LAKATOS, Eva Maria. Sociologia Geral. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LAYRARGUES, P. P. Educação para gestão ambiental: a cidadania no enfrentamento político dos conflitos socioambientais. In: LOUREIRO, C. F. B. et al. Sociedade e meio ambiente: a educação ambiental em debate. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

LIMA, Waldyr. Aprendizagem e classificação social: um desafio aos conceitos. Fórum Crítico da Educação: Revista do ISEP/Programa de Mestrado em Ciências Pedagógicas. v. 3, n. 1, out. 2004. Disponível em: <http://www.isep.com.br/FORUM5.pdf>. Acesso em: 30/05/2016.

MEIRELLES, Maria de Sousa; SANTOS, Marly Terezinha. Educação Ambiental uma Construção Participativa. 2ª ed. São Paulo, 2005.

MORIN, Edgar. O Método 6: Ética. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. São Paulo: Cortez, 2000.

MORIN, Edgar, KERN Anne-Brigitte. Terra Pátria. Porto Alegre: Sulina, 1995.

PEDRINI, Alexandre Gusmão. Educação Ambiental: reflexões e práticas contemporâneas. 5º ed. Petrópolis Vozes, 1997.

SANTOS, Elaine Teresinha Azevedo dos. Educação ambiental na escola: conscientização da necessidade de proteção da camada de ozônio. 2007. Monografia (Pós-Graduação em Educação Ambiental) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria-RS, 2007.



## **USUCAPIÃO E A INSUBSISTÊNCIA DA HIPOTECA: UM CONFRONTO NA RELAÇÃO ENTRE POSSE E PROPRIEDADE**

**VALQUÍRIA MARIA NOVAES MENEZES:**  
advogada, graduada pela UFPE. Segundo lugar  
no Prêmio IBDP Marília Muricy.

**RESUMO:** Apesar de usucapião e hipoteca serem bem delineados há bastante tempo pela doutrina, nova situação se apresenta à análise. A pretensão de usucapir determinada propriedade que já seja objeto de hipoteca implica confronto entre os dois institutos supracitados. Para solucioná-lo, é imperativo o devido exame de suas peculiaridades, a que este artigo se presta. O conflito em questão tem ganhado espaço na jurisprudência, com abordagens que consolidam a relevância do tema.

**Palavras chaves:** seqüela – usucapião – hipoteca – aquisição originária.

---

### **1. Introdução**

A delimitação de posse e propriedade, em alguns momentos, parece insuficiente para solucionar determinadas contendas que exurgem na realidade jurídica. A complexa combinação de elementos objetivos e subjetivos de tais conceitos traz à tona a necessidade de bem pontuar os caracteres dos direitos reais.

Quando não só a doutrina, mas a própria realidade confunde até onde vai a relação de posse e, por outro lado, onde se inicia a condição de proprietário, manifesta-se imprescindível ter esclarecidos certos conceitos e bem colocada a posição prevalente.

É em tal contexto que se dá a polêmica entre a hipoteca e a usucapião. Somente com a clareza de ambos os conceitos e com a visão geral acerca do fundamento desses dois institutos é que se pode ponderar, em determinadas situações, se subsiste um ou outro.

A teoria do Direito precisa servir à estabilidade das relações sociais. E, para isso, não é preciso ir muito longe; revisitar detidamente seus próprios conceitos pode certificar conclusões relevantes.

## 2. A hipoteca

### 2.1. Noções iniciais

A hipoteca é um instituto conhecido desde o Direito Romano e transformado pelo longo tempo que já percorreu em sua existência. Trata-se de uma espécie de direito real de garantia. Isso significa dizer que seu fim último é o de assegurar o pagamento de determinada obrigação. Por outro lado, particulariza-se por ser um direito vinculado a um bem específico. Em linhas gerais, o credor hipotecário tem por direito a possibilidade de excussão desta coisa para obter o valor da avença que seja eventualmente inadimplida pelo hipotecante.

*"O termo hipoteca vem do grego hypothekē e indica a ideia de pôr debaixo, submeter uma coisa a outra; começou a ser empregado no Direito Romano no segundo século do Império, quando se havia abandonado o princípio do antigo direito, em que os bens não garantem as obrigações pessoais."*<sup>[1]</sup>

A garantia hipotecária se fundamenta na relação de propriedade. Em outras palavras, é o fato de o devedor ser proprietário que lhe permite conceder tal segurança ao credor. É caracterizada como um direito acessório, porque dependente do direito principal - o crédito - e do próprio direito de propriedade para existir. Não fosse o devedor dono da coisa, não poderia ele, por si só, dá-la em garantia.<sup>[2]</sup>

Como destaca Orlando Gomes, a natureza real da hipoteca se manifesta em duas vertentes distintas, com efeitos próprios. Para o devedor, assume a figura de ônus real, gravando a coisa hipotecada, acompanhando-a daí por diante. Já para o credor, as características que se sobressaem são a sequela e a preferência.<sup>[3]</sup> A uma, porque a garantia segue a coisa onde quer que ela esteja. A duas, porque, basicamente, o valor do bem executado judicialmente servirá prioritariamente para adimplir o crédito daquele que desfruta da garantia hipotecária, conforme será analisado mais adiante.

Uma importante vantagem da hipoteca é a manutenção da posse com o devedor do bem dado em garantia. Além disso, mantém ele também o poder de disposição sobre a coisa, com a possibilidade de aliená-la, por exemplo, o que só é possível graças à sequele que grava o bem. Pode, sim, ser vendido, mas sem deixar de ser um bem hipotecado. Ocorre aqui que o direito é que se transmite e, assim, permanece com seus atributos - incluindo também seus gravames.

Neste diminuto artigo, só haverá espaço para refletir aspectos essenciais da hipoteca. A doutrina é riquíssima em detalhes e situações merecedores de atenção do leitor que, infelizmente, não cabem aqui.

## 2.2. Princípios

Antes de passar à análise dos requisitos legais da hipoteca, é preciso observar que esse instituto está sujeito ao condão de dois princípios fundamentais. Trata-se da especialização e da publicidade.

A especialização diz respeito à determinação do bem dado em garantia e do valor da dívida assegurada. Não há como existir a hipoteca geral - estando onerados todos os bens do devedor - ou sem que se saiba o valor da dívida, como em uma hipoteca ilimitada.

A publicidade está intrinsecamente ligada à sua caracterização como direito real. Deve ser a hipoteca registrada, a fim de definir a ordem entre os credores hipotecários, assim como para dar a conhecer o ônus a eventuais adquirentes do bem.

*"Daí dizer a doutrina, com razão, que há 'un stretto collegamento tra la pubblicità e l'opponibilità. [...] O registro vem de uma assentada tradição medieval germânica, que exigia formas solenes para a transmissão de direitos sobre imóveis, depois evoluídas para a imprescindibilidade da inscrição nos livros públicos."*[\[4\]](#)

Uma outra característica da hipoteca, que podemos chamar aqui princípio, é a indivisibilidade. Significa dizer que o pagamento parcial não

dirime proporcionalmente a garantia, que permanece incidindo sobre o bem em sua inteireza. É preciso compreender que esse atributo não advém da indivisibilidade do bem; pode mesmo ser ele divisível e, ainda assim, esse caráter será mantido, vez que diz respeito à garantia e não ao bem garantidor.

### **2.3.Requisitos, constituição e efeitos**

Para configurar a hipoteca, é necessário esclarecer, antes mesmo dos requisitos que a lei lhe impõe, qual deve ser o seu objeto. Essa garantia incide em bens imóveis, salvo a exceção das hipotecas especiais - aeronaves e navios. Estas últimas são possíveis apenas porque esses bens são plenamente identificáveis e a conveniência econômica assim aconselha<sup>[5]</sup>. Também é possível hipotecar o domínio direito, o domínio útil, os acessórios incorporados ao solo, as estradas férreas e determinados recursos naturais (jazidas, minas, demais recursos minerais). Só podem ser hipotecados os bens passíveis de alienação.

Como a hipoteca significa, em último caso, levar o bem à venda, só pode ser constituída por quem tenha capacidade de alienação do bem. Pelo mesmo motivo, a pessoa casada não prescinde da outorga uxória ou marital para levar a cabo tal garantia, a menos que o seja sob o regime de separação absoluta. Incapazes podem hipotecar através de seus respectivos representantes. A propriedade é direito essencial à configuração da hipoteca. Quem firma esse gravame sem ter a propriedade pode convalidar a garantia se a adquire supervenientemente.

A hipoteca pode ser constituída convencional, legal ou judicialmente. No primeiro caso, através de contrato. Não é possível constituí-la por ato unilateral de vontade, exigindo-se sempre a anuência do credor. Não apenas o devedor pode dar seu imóvel em garantia, como também um terceiro sem qualquer vínculo com a obrigação pode fazê-lo sobre imóvel próprio, em favor daquele. O contrato é título constitutivo, mas carece da escritura pública para efetivar a hipoteca - salvo quando o bem é de pequeno valor, quando pode se revestir da forma particular -, exigindo-se sempre o registro. Em síntese, o contrato de hipoteca é unilateral, solene e consensual.

Na hipoteca legal, é a sentença da especialização que constitui documento hábil a levar a registro o gravame. Já no caso da hipoteca judicial, é a carta de sentença ou o mandado judicial que configuram o título. Em ambos os casos, o registro também é imprescindível.<sup>[6]</sup>

Quanto a seus efeitos, a garantia hipotecária se traduz em situações jurídicas distintas para os diferentes sujeitos envolvidos. Quanto ao devedor, este dá bem seu em garantia, mas conserva sua posse. Como efeito disso, pode ainda dispor do bem e utilizar-se dos interditos para manter-se com ele. O credor, por sua vez, diante da hipoteca, tem como principal efeito o direito de excutir o bem em caso de descumprimento da obrigação pelo devedor. É estritamente vedado pelo direito brasileiro o pacto comissório - que significa a simples adjudicação do bem dado em garantia em caso de inadimplemento da avença. Afinal, esse instituto pode levar ao enriquecimento ilícito, vez que o valor do bem pode ultrapassar o do crédito, e viola o devido processo legal, tomando do devedor a coisa sem que haja o devido trâmite<sup>[7]</sup>. Em relação a terceiros, é direito oponível erga omnes.

A extinção da hipoteca se dá conforme as previsões do Código Civil.

Pela extinção da obrigação principal. A hipoteca é um direito real acessório. Existe para assegurar a obrigação e não tem vida para além dela, pois não teria razão de ser. O direito do credor hipotecário consiste numa garantia, que, portanto, só existe enquanto há o que garantir.

Pelo perecimento da coisa. Trata-se aqui de uma impossibilidade fática. Tendo o bem, por um evento natural, por exemplo, perecido, não há mais objeto para a garantia, que se revela insustentável.

Pela resolução da propriedade. Esta possibilidade de extinção é prevista para os casos em que o devedor hipotecário possui apenas a propriedade resolúvel do bem dado em garantia. Até se implemente a condição ou o termo a que se sujeita sua posição jurídica, subsistirá a hipoteca. Advindo uma ou outro, ela será extinta, também, por falta de objeto. Ainda que o bem exista, sem propriedade, não se pode falar em hipoteca.



Pela renúncia do credor. A garantia hipotecária é constituída em favor do credor. É por esse evidente motivo que se justifica a possibilidade de renúncia, a qual inevitavelmente levará a hipoteca à extinção.

Pela remição. Em poucas linhas, a remição é instituto através do qual se faculta ao adquirente de bem hipotecado fazer o resgate dessa garantia, saldando a dívida em lugar do devedor originário e se subrogando na posição de credor.

Pela arrematação ou adjudicação. Uma e outra possibilidade se configuram no curso da execução da dívida, quando a arrematação ou a adjudicação se apresentam para a satisfação do credor. São formas de extinguir a dívida e, assim o fazendo, não resta espaço para a hipoteca, sem substrato no qual possa incidir. A hipoteca também pode ser extinta findo o prazo para o qual foi prevista - que é, no máximo, de até 30 anos.

*"A extinção da hipoteca é o ato pelo qual a garantia real regularmente constituída sobre um imóvel ficará suprimida e não produzirá mais efeitos jurídicos. Com a extinção da garantia, mesmo não sendo paga a totalidade da dívida, o credor perde o direito à execução hipotecária sobre o imóvel, passando à condição de mero credor quirografário, de garantia fidejussória, ou seja, cuja garantia é uma cártula ou contrato de natureza obrigacional, e não de direito real."*<sup>[8]</sup>

## **2.4.Hipoteca e propriedade: acessoriedade e sequela**

Para debater sobre a hipoteca, não é possível esquecer dois caracteres seus: a acessoriedade e a sequela. São alicerces do instituto que, no decorrer deste texto, serão invocados recorrentemente.

Quanto à sequela, é importante sedimentar seu conceito e extensão. Esse traço fundamental dos direitos reais significa que o bem objeto de qualquer desses institutos pode ser perseguido por seu titular onde quer que esteja. Essa possível persecução, chamada sequela, é o aspecto dinâmico que se manifesta da inerência, outra característica dos

direitos reais, tida como a adesão intrínseca deles ao bem que lhes serve de objeto.<sup>[9]</sup>

A acessoriedade, por sua vez, é decorrente de sua própria finalidade. Como garantia que é, a hipoteca só subsiste enquanto persistir a obrigação garantida. Por outro lado, trabalhamos aqui uma outra perspectiva de acessoriedade da hipoteca. Essa garantia só pode ser dada porque o bem oferecido pertence ao devedor. Não pode ele dar em garantia o que não é seu. A hipoteca, portanto, é corolário da propriedade.

Em razão da sequela, por outro lado, o direito real uma vez constituído se mantém como gravame da coisa, ainda que a propriedade do hipotecante seja transmitida. Essa compreensão é difundida e aceita pacificamente, em razão dos próprios caracteres dos direitos reais.

### **3.A usucapião**

A usucapião é um instituto criado para adaptar os conceitos jurídicos a uma nova realidade. Explica a aquisição de propriedade por aquele que é mero possuidor a partir do decurso do tempo e do preenchimento dos requisitos legais. A posse e a ação do tempo são os seus elementos essenciais, determinantes da aquisição. Não há qualquer vínculo com o proprietário anterior.

Na tentativa de justificar filosoficamente o instituto, os juristas terminaram por desenvolver duas teorias. A primeira, subjetiva, fundamenta-se na ideia de que haveria, diante da posse e do passar do tempo, uma renúncia do proprietário anterior. A bem da verdade, essa teoria está escorada em uma presunção de vontade muito frágil. A renúncia pode servir à aquisição da propriedade, mas, nos casos aqui analisados, ela não existe. Como assinala Orlando Gomes, é fugir à natureza humana aceitar tal ideia. A segunda teoria, objetiva, considera que a usucapião existe como forma de dar estabilidade às relações. Diante da posse e do tempo decorrido, de mais vale legitimá-la do que manter situações conflituosas.

A lei impõe alguns requisitos básicos, de ordem pessoal, formal e objetiva. Quanto aos primeiros, requer o ordenamento que haja a

capacidade específica do usucapiente de adquirir aquele bem - veda-se por isso, por exemplo, a aquisição por usucapião de imóvel de ascendente para descendente. Objetivamente, é necessário determinar quais bens podem ser sujeitos à usucapião. Podem sê-lo todos aqueles que podem ser objeto de posse<sup>[10]</sup>, exceto aqueles fora do comércio, com expressa vedação constitucional à usucapião dos bens públicos - embora esta seja hoje uma nova fonte de discussão.

Formalmente, os requisitos essenciais da usucapião, sem os quais nenhuma de suas modalidades se concretiza, são a posse e o decurso do tempo. É possível obtê-la com maior facilidade se houver também requisitos suplementares, o justo título e a boa-fé.<sup>[11]</sup> "Usucapio deriva de *capere* (tomar) e de *usus* (uso). Tomar pelo uso."<sup>[12]</sup>

### **3.1. A relevância da posse como substrato da usucapião**

A usucapião configura uma hipótese, no mínimo, curiosa. Trata-se de recorrente situação na realidade em que poucos detêm muito e muitos, pouco ou nada. Um possuidor que se aloja e um proprietário que se mantém inerte são peças suficientes para uma eventual aquisição por usucapião. Há uma tênue relação entre a posse e a propriedade, transformando aquela nesta através dos efeitos saneadores do tempo, que são capazes inclusive de superar eventual ilegitimidade daquela relação possessória.<sup>[13]</sup> Há mesmo quem defenda até a possibilidade de se entender cessado o vício da posse precária para admitir contagem de prazo para usucapião, em prol do direito de moradia assegurado constitucionalmente.<sup>[14]</sup> Filiamo-nos a esta corrente, que cresce em teoria e em jurisprudência.

Quanto à posse, na doutrina tradicional, exige-se que tenha *animus domini*, seja mansa e pacífica, além de que tenha continuidade. É possível, para a contagem do prazo, juntar o tempo já decorrido com possuidor anterior, desde que a posse deste não seja viciada. Se houver esses atributos, objetivamente considerados, a intenção subjetiva não importará para a aquisição por usucapião; a boa-fé ou má-fé só terá seus efeitos sentidos quanto ao prazo determinado pela lei.

Fala-se em usucapião extraordinária para determinar aquela em que a posse se deu por 15 anos, para imóvel, ou 10, caso o possuidor tenha estabelecido no imóvel moradia habitual, ou realizado obras e serviços de caráter produtivo nele. Não se exige justo título, nem boa-fé. É o caso também daquele que possui apenas um dos requisitos suplementares, além dos essenciais - apenas o justo título ou apenas a boa-fé, sem aquele. A usucapião ordinária, por sua vez, exige a reunião da posse, do justo título, da boa-fé e do prazo de 10 anos. Pode ser esse período reduzido a 5 anos, em caso de posterior cancelamento de matrícula regularmente realizada a partir de aquisição onerosa, desde que o possuidor tenha estabelecido moradia ou realizado investimentos de interesse social e econômico no bem.

Justo título e boa-fé, esclareça-se, são elementos distintos. O justo título é o ato ou fato jurídico que potencialmente teria capacidade de transmitir a propriedade, mas, em razão de algum vício, tem esse característica tolhida. Como ato ou fato jurídico responsável por fundamentar uma relação, não se exige seja escrito, registrado ou formalmente válido. É imaginável a situação na qual determinado possuidor detenha o justo título, mas de má-fé, sabendo, por exemplo, ter adquirido *a non domino*.<sup>[15]</sup>

### **3.2. Usucapião como forma de aquisição originária**

A aquisição por usucapião é originária não porque, como afirmam alguns<sup>[16]</sup>, se dá antes de que tenha havido qualquer outro proprietário daquele bem, hipótese cada vez menos palpável hoje. Fosse assim, também a aquisição por avulsão ou aluvião não seriam formas originárias e seria cada vez mais rara esse meio de obtenção da propriedade. Fala-se na usucapião como forma originária de aquisição porque ela se desvincula de tal maneira do proprietário anterior que independe de sua existência ou inexistência.

Há outras modalidades de usucapião - especial, do Estatuto da Cidade, e especialíssima, do novo art. 1.240-A do CC - que não cabem na discussão aqui desenvolvida, mas que precisam ser analisadas para que sua aplicação seja a mais coerente possível.

#### **4. O conflito entre usucapião e hipoteca: definição da prevalência de um dos institutos**

Entender isoladamente a hipoteca e a usucapião é uma tarefa sem grandes problemas, muito bem esclarecida pela doutrina. No entanto, desponta uma situação nova, cuja compreensão tem sido desenvolvida, sobretudo, pela jurisprudência. O que deve prevalecer quando há um bem hipotecado que preenche os requisitos para aquisição por terceira pessoa?

Para os partidários da garantia hipotecária, a solução parece clara. A realidade do direito do credor hipotecário, materializada na sequela como seu efeito, imputa ao adquirente, seja por qualquer forma, o ônus de arcar com a hipoteca. É preciso, porém, fazer uma análise mais detida, pois conclusões irrefletidas podem ser prejudiciais à sociedade e à compreensão jurídica.

#### **5. Primeiros esboços de uma solução**

Para responder à situação posta, é imprescindível partir de uma confrontação entre os principais caracteres de cada um dos institutos.

A hipoteca não pode ser compreendida senão como um direito acessório. Diferente do que muitas vezes se apregoa, não é acessório apenas em relação ao crédito, mas é acessório diante também do direito de propriedade. Como já se referiu, só é possível dar algo em garantia se há, por fundamento, a relação de propriedade. No entanto, a hipoteca, uma vez constituída, não se restringe à propriedade enquanto ela estiver nas mãos do devedor hipotecante. Pela sequela, estudada anteriormente, acompanhará o bem, porque compreende a transmissão da propriedade. Em um olhar apressado, parece que essa característica da hipoteca, direito real que é, será suficiente para sobrepor-se também à aquisição por usucapião.

Contudo, a usucapião é caracterizada por ser uma forma de aquisição originária da propriedade. Há total desvinculação do proprietário anterior. Não se trata, aqui, de transmissão de propriedade. Deixa de existir aquela que ali havia para dar legitimidade a esta que a usucapião permite. Inexiste também, então, a hipoteca, e prevalece a usucapião.



## 6. Mitigação da seqüela?

Haveria, então, a mitigação da seqüela? Não se trata de enfraquecer essa característica da garantia hipotecária. Mas é a compreensão de que diante da inexistência do direito principal - a propriedade - perde razão de ser o direito acessório - a hipoteca - e com ela, todos os seus efeitos.<sup>[17]</sup> Na usucapião, a propriedade não se adquire do antigo proprietário, mas, de fato, é contra ele que se dá. "Inclui-se entre os modos originários. É que, a despeito de acarretar a extinção do direito de propriedade do antigo titular, não se estabelece qualquer vínculo entre ele e o possuidor que o adquire."<sup>[18]</sup> Não há uma transferência de direitos. A situação se assemelha àquela em que o bem perece - e, com ele, a hipoteca.

O raciocínio falacioso dos defensores da prevalência da garantia hipotecária tropeça no fato de que não há como subsistir a propriedade frente à usucapião, que é forma originária de aquisição. Sem que o direito principal persevere, também o acessório, a hipoteca, sucumbe.

## 7. Conclusão

Diante dos apontamentos feitos, a discussão encontra um norte. A prevalência há de ser dada à usucapião, como forma de aquisição originária, frente à hipoteca sem alicerces, que não tem onde se fundar, se inexistente propriedade. Não havendo transmissão do direito de propriedade gravado, mas sua extinção, deixa de existir também a hipoteca.

A ideia aqui apresentada se consolida paulatinamente na jurisprudência brasileira.<sup>[19]</sup> O próprio STJ, no Informativo de Jurisprudência no. 527, publicado em 9 de outubro de 2013<sup>[20]</sup>, já assegura a preponderância da usucapião frente à garantia hipotecária judicialmente constituída. Já houve decisão unânime, inclusive, da 3ª Turma do mesmo STJ no sentido de que a outorga de hipoteca não é, por si só, medida que interrompa o lapso prescricional para a aquisição pelos efetivos possuidores.<sup>[21]</sup>

A conjugação entre os próprios conceitos jurídicos e a realidade conduz ao entendimento apresentado. No entanto, como conformá-lo com as hipóteses previstas de extinção da hipoteca no Código Civil?

Ontologicamente, poder-se-ia dizer que a situação explanada se assemelha àquela prevista para a propriedade resolúvel. Neste caso, não por condição ou termo deixou de haver a perpetuidade desse direito, mas por um outro instituto, juridicamente legitimado: a usucapião.

### Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **A relação jurídica real no direito contemporâneo : por uma teoria geral do direito das coisas** - Recife : O Autor, 2010. p. 63.

AQUINO, Leonardo Gomes de. Garantias reais: disposições gerais do penhor, da hipoteca e da anticrese. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, 39, p. 222- 248, jul./set.2009.

CARRANZA-ÁLVAREZ, César; TERNERA-BARRIOS, Francisco. **Poseción y propiedad inmueble : historia de dos conceptos colindantes**. In: *Estud. Socio-Juríd.*, Bogotá (Colômbia), 12 (2): 87-108, julio-diciembre de 2010.

DOMINGUES, Rogério Ribeiro. Estudo acerca do justo título na usucapião ordinária, com exame da evolução dos institutos da posse, da propriedade e da usucapião . *Revista Forense*. [S.l.], 408, p. 317- 350, mar./abr.2010.

[1] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. – 6. ed. – Salvador : Jus Podivm, pp. 274-275.

FIGUEIREDO, Ivanildo. **Direito imobiliário**. – São Paulo : Atlas, 2010. p. 23.

GOMES, Orlando. **Direitos reais** – 19. ed. – atual. Luiz Edson Fachin. – Rio de Janeiro : Forense, 2008.

LOTTI, Armando Antonio. Algumas considerações sobre posse, usucapião e justo título à luz do novo código civil. Revista de Direito Imobiliário. São Paulo, 59, p. 61 - 67, jul./dez.2005.

MAIDAME, Márcio Manoel. A possibilidade de mudança do caráter da posse precária e sua utilidade para fins de usucapião . Revista de Direito Privado. São Paulo, 11, p. 188- 213, jul./set.2002.

MARQUES, Beatriz Pereira de Samuel, Marques, Luiz Henrique de Oliveira. O rumos da hipoteca diante do advento da súmula 308 do superior tribunal de justiça. Revista de Direito Imobiliário. São Paulo, 63, p. 11 - 37, jul./dez.2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** – 22. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil : direitos reais.** – 9. ed. – São Paulo : Atlas, 2009.

NOTAS:

[1] MARQUES, Beatriz Pereira de Samuel, Marques, Luiz Henrique de Oliveira. O rumos da hipoteca diante do advento da súmula 308 do superior tribunal de justiça. Revista de Direito Imobiliário. São Paulo, 63, p. 11 - 37, jul./dez.2007. p. 20.

[2] Pode-se opor a tal afirmação, à primeira vista, a situação do representante que firma a hipoteca de bem do representado, embora saibamos que não é proprietário desse bem. Em verdade, só poderá dar em hipoteca bem do representado ou curatelado em razão de obrigação assumida no nome deste, sendo que, tanto para convencionar a avença, quando para dar bem em garantia, se faz necessária a autorização judicial. A propriedade é tão essencial na configuração da hipoteca que não podem dar em garantia de dívidas próprias os bens daqueles que representam.

[3] GOMES, Orlando. **Direitos reais** – 19. ed. – atual. Luiz Edson Fachin. – Rio de Janeiro : Forense, 2008. p. 411.

[4] ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **A relação jurídica real no direito contemporâneo : por uma teoria geral do direito das coisas** - Recife : O Autor, 2010. p. 67.

[5] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** – 22. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2014. pp. 319-320.

[6] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** – 22. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2014. pp. 323-328.

[7] AQUINO, Leonardo Gomes de. Garantias reais: disposições gerais do penhor, da hipoteca e da anticrese. Revista de Direito Privado. São Paulo, 39, p. 222- 248, jul./set.2009. p. 232.

[8] FIGUEIREDO, Ivanildo. **Direito imobiliário.** – São Paulo : Atlas, 2010. p. 23.

[9] ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **A relação jurídica real no direito contemporâneo : por uma teoria geral do direito das coisas** - Recife : O Autor, 2010. p. 63.

[10] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil : direitos reais.** – 9. ed. – São Paulo : Atlas, 2009. p. 201.

[11] GOMES, Orlando. **Direitos reais** – 19. ed. – atual. Luiz Edson Fachin. – Rio de Janeiro : Forense, 2008. p. 188-191.

[12] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil : direitos reais.** – 9. ed. – São Paulo : Atlas, 2009. p. 199.

[13] GOMES, Orlando. **Direitos reais** – 19. ed. – atual. Luiz Edson Fachin. – Rio de Janeiro : Forense, 2008. p. 188.

[14] MAIDAME, Márcio Manoel. A possibilidade de mudança do caráter da posse precária e sua utilidade para fins de usucapião . Revista de Direito Privado. São Paulo, 11, p. 188- 213, jul./set.2002.

[15] DOMINGUES, Rogério Ribeiro. Estudo acerca do justo título na usucapião ordinária, com exame da evolução dos institutos da posse, da propriedade e da usucapião . Revista Forense. [S.l.], 408, p. 317- 350, mar./abr.2010. p. 348.

[16] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** – 22. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2014. p. 118.

[17] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais.** – 6. ed. – Salvador : Jus Podivm, pp. 274-275.

[18] GOMES, Orlando. **Direitos reais** – 19. ed. – atual. Luiz Edson Fachin. – Rio de Janeiro : Forense, 2008. p. 187.

[19] **Jurisprudência mineira.** Belo Horizonte, a. 64, nº 205, p. 47-237, abr./jun. 2013. pp. 204-208.

[20] Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso 21 dez 2014.

[21] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – REsp 1.253.767/PR, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 18/02/2016, DJe 26/02/2016, T3 – TERCEIRA TURMA.



## **MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: ACIDENTES NA CONSTRUÇÃO CIVIL**

**IGOR LEITE BRASILEIRO:** Mestre em Direito do Trabalho e Relações Internacionais do Trabalho pela Universidad Nacional de Trés de Febrero (UNTREF), em Buenos Aires, Argentina; Especialista em Advocacia Criminal pela Faculdade Projeção, em Brasília-DF; Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI), em Caratinga-MG; Bacharelado em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina (CEUT).

**RESUMO:** O meio ambiente do trabalho se reporta como sendo o conjunto de condições existentes no local de trabalho relativo à saúde e qualidade de vida do trabalhador. Quando inadequado, acaba por expor o indivíduo que labora a certos riscos, ou mesmo, a possíveis acidentes e doenças ocupacionais. Neste sentido, há que se firmar merecida atenção à Indústria da Construção Civil, pois que o referido setor é bastante representativo na economia brasileira pela sua enorme quantidade de empregados, além de ser vislumbrado com grandes problemas em termos de saúde e segurança no trabalho. Partindo-se desta patente realidade, o presente artigo, teve a pretensão de analisar e questionar os acidentes trabalhistas na construção civil, se valendo de dados e informações que possibilitaram tornar conhecidas as principais causas e as circunstâncias em que ocorrem.

**PALAVRAS-CHAVE:** Meio Ambiente Do Trabalho. Acidentes. Construção Civil.

**ABSTRACT:** The environment of work is reported as the number of conditions in the workplace on health and quality of life of the employee. When inappropriate, ultimately exposing the individual who works to certain risks, such as the possible accidents and occupational diseases. Accordingly, we conclude that attention to the construction industry, since this sector is fairly representative in the Brazilian economy for its huge number of employees, and is seeing major problems with in terms of health and safety. Based on this patent fact, this article had the intention to examine and question the labor accidents in construction, is worth of data

and information as possible make known the major causes and the circumstances in which they occur.

**KEYWORDS:** Environment of work. Accidents. Construction.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O Meio Ambiente Nas Constituições Alienígenas. 3 A Inserção Do “Meio Ambiente” No Ordenamento Jurídico Brasileiro. 3.1 Direitos Humanos De Primeira Geração. 3.2 Direitos Humanos De Segunda Geração. 3.3 Direitos Humanos De Terceira Geração. 4 Classificações Do Meio Ambiente. 4.1 Meio Ambiente Natural. 4.2 Meio Ambiente Artificial. 4.3 Meio Ambiente Cultural. 4.4 Meio Ambiente Do Trabalho. 5 O Meio Ambiente Do Trabalho E A Construção Civil. 6 Norma Regulamentadora Nr-18. 7 Causas Dos Acidentes De Trabalho Na Construção Civil. 8 Da Pesquisa De Campo. 9 Considerações Finais. Referências.

---

## 1 INTRODUÇÃO

A expressão “meio ambiente” (*milieu ambient, environment, environnement* ou *médio ambiente*) foi, ao que parece, utilizada pela primeira vez pelo naturalista francês Geoffroy de Saint-Hilaire em 1835 e pertence a uma categoria cujo conteúdo é mais facilmente intuído que definível, em virtude da riqueza e complexidade do que encerra.

Em uma linguagem técnica, é considerado como a combinação de todas as coisas e fatores externos ao indivíduo ou população de indivíduos em questão. Não é mero espaço circunscrito – é realidade complexa e marcada por múltiplas variáveis.

Assim, o meio ambiente é entendido como um todo unitário que se apresenta exteriorizado ao indivíduo ou a uma sociedade e que, por esta peculiaridade, realiza imponderáveis influências no campo social das relações humanas.

Coelho (2008), engenheira ambiental e estudiosa do assunto, achou por bem definir meio ambiente como **o conjunto de fatores físicos, químicos e bióticos aos quais, cotidianamente, nos referimos como**

**natureza.** Em outras palavras, é o lugar em que vivemos, do qual dependemos para a nossa sobrevivência e o qual nos envolve e nos cerca.

Além da noção de meio ambiente como algo externo e de múltiplas variáveis, existe esta outra que o encara como associação de fatores naturais, os quais se apresentam como pressuposto de existência e de sobrevivência do indivíduo ou de um dado grupo de pessoas.

O doutrinador constitucionalista José Afonso da Silva, por sua vez, definiu meio ambiente como sendo a “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

Reportando-se ao parâmetro legal, a definição de meio ambiente é encontrada no artigo 3º, I, da Lei n. 6.938/81 - Lei da Política Nacional do Meio Ambiente -, onde “para os fins previstos nesta Lei, entende-se por [...] Meio Ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Percebe-se que o legislador optou por trazer um conceito jurídico aberto, a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma legal, estando em plena harmonia com a Constituição Federal da República Brasileira de 1988, a qual proclamou no seu artigo 225, *caput*, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, sendo dever do Poder Público e da coletividade a sua defesa e proteção às presentes e futuras gerações.

Deste modo, a *Magna Lex* definiu, de maneira muito simples, o direito ao ambiente, tutelando-o em todos os seus aspectos, além de consagrar a devida preservação do mesmo, já que anteriormente fora protegido somente por normas infraconstitucionais.

E, neste sentido, o presente artigo se propôs a tratar do meio ambiente do trabalho, ramo do meio ambiente que envolve o local de

trabalho e suas influências no indivíduo trabalhador, buscando-se analisar os acidentes de trabalho na construção civil, tendo em vista ser este o segmento laboral que nos últimos anos abarca uma enorme quantidade de mão de obra, envolve os maiores riscos e quase sempre atua com trabalhadores com baixo grau de escolaridade ou analfabetos.

Partindo deste pressuposto, foi necessário desenvolver o referido tema por meio de pesquisas bibliográficas, com o fito de demonstrar a inserção da expressão meio ambiente nas constituições estrangeiras, assunto tratado no capítulo 2, como meio de apontar a importância dada ao mesmo no âmbito internacional.

Por conseguinte, o capítulo 3 veio a tratar da tutela ambiental no Brasil, consagrado, pela primeira vez na Carta Constitucional de 1988 e que o legislador constituinte vislumbrou classificá-la como um direito social. Nesse sentido, necessário se fez informar a categorização do meio ambiente como direito fundamental de terceira geração, em meio à evolução histórica dos Direitos Humanos abordada pela doutrina.

O capítulo 4 veio a trazer a classificação do meio ambiente em suas principais acepções, quais sejam em natural, artificial, cultural e do trabalho, cuja finalidade é facilitar didaticamente seu estudo. Tal disposição permite, ainda, a delimitação do meio ambiente à seara trabalhista, cujo objeto é a salvaguarda do homem no seu ambiente de trabalho contra as formas de degradação no labor.

Por sua vez o capítulo 5 relaciona o meio ambiente do trabalho com a construção civil, aludindo-se às péssimas condições de trabalho, aos riscos e aos acidentes trabalhistas, já que, neste setor, muitas são as interferências na vida e saúde do obreiro.

O capítulo 6 encarregou-se de tratar acerca da décima oitava Norma Regulamentadora (NR) que trata das Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção, ressaltando o problema da fiscalização ante o descumprimento de normas de segurança.

Fora frisado no capítulo 7 as causas dos acidentes de trabalho na construção civil, mencionando-se as duas principais – atos inseguros e

condições inseguras de trabalho – e suas respectivas conseqüências à saúde dos trabalhadores.

O capítulo 8 se dedica à pesquisa de campo de campo realizada no canteiro de obras da ponte João Isidoro França, conhecidamente como ponte do sesquicentenário, em Teresina-PI; tendo como principal objetivo a elucidação do tema deste artigo.

Por fim, o capítulo 9 se apresenta à conclusão deste artigo, demonstrando o resultado das reflexões levantadas, bem como de todo o conjunto de informações utilizadas neste artigo; e ao fim chega-se a um entendimento sobre a problemática envolvendo o meio ambiente do trabalho, os acidentes e a sua existência na construção civil.

## **2 O MEIO AMBIENTE NAS CONSTITUIÇÕES ALIENÍGENAS**

A expressão “meio ambiente” ingressou no ordenamento jurídico internacional com grande importância e hodiernamente se encontra prevista em sede constitucional nos mais diversos países.

De acordo com Milaré (2007, p.143), “o despertar ecológico, embora explosivo em várias partes do mundo, é relativamente recente e, por isso mesmo, carente ainda de melhor proteção jurídico-institucional.”

Denota-se aí a presente preocupação internacional em tutelar juridicamente o meio ambiente, onde, com o passar dos anos, os Estados estrangeiros foram, aos poucos, apresentando meios mais eficientes de proteção, pois as constituições estrangeiras se aperfeiçoaram com o tempo, estipulando meios hábeis para se resguardar a tutela ambiental.

Foi a partir da década de 1970, mas precisamente em 1972, quando ocorreu a Conferência de Estocolmo, que os países passaram a elaborar seus textos constitucionais assegurando uma tutela eficaz para o meio ambiente. Deste modo, pôde-se responder aos clamores universais contra o que se convencionou chamar ecocídio<sup>[1]</sup>, passando as constituições a tratar com importância o direito do ambiente.



Assim sendo, a Constituição do Chile, de 1972, veio a assegurar a todas as pessoas um meio ambiente livre de contaminação, impondo ao Estado o dever de velar para que esse direito não seja transgredido; facultou-se ao legislador estabelecer restrições específicas ao exercício de determinados direitos ou liberdades, restrições essas tendentes à proteção do ambiente (art. 19.8).

A Carta da Iugoslávia de 1974, dentre outras exposições, estabeleceu que o homem tem direito a um ambiente de vida sadio e que a comunidade social deverá assegurar as condições necessárias ao exercício desse direito. Estabeleceu ainda que todos os que explorarem o solo, as águas e os outros recursos naturais são obrigados a assegurar as condições indispensáveis ao trabalho e à vida do homem num meio sadio. Todos têm o dever de preservar a natureza e os seus bens, as raridades e os lugares pitorescos naturais e os monumentos culturais.

Em Portugal, o constituinte de 1976 inscreveu o direito fundamental do homem à qualidade do meio ambiente entre os “direitos e deveres sociais”, estabelecendo que todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. Cuidou ainda de incumbir ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelos às iniciativas populares, ações como a prevenção e o controle da poluição, dos seus efeitos, das formas prejudiciais de erosão, dentre outras.

A Carta chinesa, de 1978, veio a afirmar que é propriedade de todo o povo as jazidas minerais, as águas, as florestas, as terras incultas (art. 6º), e que “o Estado protege o meio ambiente e os recursos naturais, tomando medidas preventivas e lutando contra a poluição e outros males comuns” (art. 11).

A Carta do Peru, de 1980, dispôs que todos têm o direito de viver em um ambiente saudável, ecologicamente equilibrado e adequado para o desenvolvimento da vida e a preservação da paisagem e da natureza, sendo dever do Estado prevenir e controlar a poluição ambiental (art. 123). Em sentido aproximado, as Constituições de El Salvador, de 1983 (art. 117), da Guatemala, de 1985 (art. 97), e do México, de 1987 (art.

27), as quais dispõem acerca dos direitos e deveres ambientais dos cidadãos.

Mais recentemente, a Lei Fundamental da Argentina, em decorrência da reforma constitucional de 1994, estabeleceu que todos os habitantes gozam do direito a um meio ambiente sadio, equilibrado, apto para o desenvolvimento humano e as atividades produtivas devem satisfazer as necessidades presentes sem comprometer as das gerações futuras, devendo haver o dever de preservá-lo.

### **3 A INSERÇÃO DO “MEIO AMBIENTE” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A expressão “meio ambiente” fora inserida no ordenamento jurídico nacional, pela primeira vez, na Carta Fundamental de 1988, pois “as Constituições que precederam a esta jamais se preocuparam com a proteção do ambiente de forma específica e global.” (MILARÉ, 2007, p.147) Deste modo, o Texto Supremo captou com indisputável oportunidade o referido termo assentando-o em capítulo próprio, inserido na Ordem Social.

Em verdade, o tema é abordado na nossa Constituição Federal de 1988 nos mais diversos dispositivos, pois o “direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado”, objetivamente vigente na nossa ordem jurídica, é consagrado como direito fundamental, considerado direito do homem, garantido jurídico-institucionalmente e limitado espaço-temporalmente. Daí a sua tamanha importância.

Nesse sentido, ao se reportar à evolução histórica dos Direitos Humanos – legada por Norberto Bobbio, filósofo que também se aplicou ao estudo da filosofia e da política –, verifica-se tratar de um direito fundamental de terceira geração e para melhor compreensão, há que se abordar de forma lacônica a inclusão do meio ambiente como direito fundamental em meios às gerações dos direitos humanos.

#### **3.1 Direitos Humanos de Primeira Geração**

Os direitos de primeira geração (civis) surgiram no século XVIII e compreendem as liberdades civis e clássicas, abrangendo os direitos ditos negativos, ou seja, aqueles exercidos contra o Estado. Eles constituem a fundação da democracia moderna e neles podem ser incluídas as liberdades físicas, as liberdades de expressão, as liberdades de consciência, os direitos de propriedade privada, os direitos da pessoa acusada e as garantias de direito.

### 3.2 Direitos Humanos de Segunda Geração

No decorrer do século XIX e início do século XX, surgem os direitos de segunda geração (políticos). Eles configuram desdobramentos naturais dos direitos de primeira geração. São tidos como direitos positivos, já que aqui a liberdade aparece sob a forma positiva, como autonomia e como desejo de participar do Estado, isto é, na formação da vontade política. Neles estão englobados o direito ao sufrágio universal, o direito a constituir partido político, direito ao plebiscito e ao referendo e à iniciativa popular legislativa.

### 3.3 Direitos Humanos de Terceira Geração

No início do presente século, alcançam-se os direitos de terceira geração (econômicos e sociais), também conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade. Eles se caracterizam por não poderem ser divididos pelos atores sociais, pertencendo a todos os indivíduos ao mesmo tempo, não podendo ser concedidos a um ou a outro de forma separada. Englobam a paz, uma saudável qualidade de vida, o progresso, a autodeterminação dos povos e o direito ao meio ambiente.

Logo, os direitos fundam por uma evolução, assim como toda a humanidade, no encontro com a necessidade de reestudar sua existência em relação ao meio ambiente, sua inserção no ordenamento jurídico e renovação de toda a sua estrutura clássica, atribuindo-se novas vertentes carecedoras de tutela especial.

Assim, é possível afirmar que o Direito do ambiente é, de fato, ramo novo para a ciência do direito, em pleno desenvolvimento, sendo considerado, pela Carta Política da República, como Direito Social, não se

excluindo o seu caráter de direito fundamental a ser desfrutado por todos os indivíduos.

## **4 CLASSIFICAÇÕES DO MEIO AMBIENTE**

O meio ambiente tem como seu objeto maior a tutela da vida em todas as suas formas e, especialmente, a vida humana, como valor fundamental. “Embora seja unitário o conceito<sup>[2]</sup> de meio ambiente, a doutrina o tem classificado em quatro principais aspectos: natural, artificial, cultural e do trabalho.” (MELO, 2008, p. 23) Essa classificação não só facilita o estudo didaticamente, como também facilita a identificação da atividade degradante e do bem imediatamente agredido. É importante que se analise cada um desses segmentos.

### **4.1 Meio Ambiente Natural**

O meio ambiente natural ou físico é constituído pelo solo, a água, a flora e a fauna; representando o equilíbrio dinâmico entre os seres vivos na terra e o meio em que vivem. Portanto, é aquele que, mesmo tendo sido criado originariamente pela natureza, não vem a sofrer qualquer interferência da ação humana que tenha como resultado a modificação de sua substância.

Assim, é importante ressaltar que a interferência do homem em um componente do meio natural não é suficiente para que o mesmo não mais pertença a esta classe. Para que isto ocorra, necessário se faz que a substância do meio ambiente natural, com a interferência da ação humana, seja alterada, pois sem essa alteração na substancialidade, não há que se afirmar que o meio ambiente natural se descaracterizou.

### **4.2 Meio Ambiente Artificial**

Se a característica que permite a classificação de um determinado meio como natural é o fato de ter ele procedência pelos procedimentos normais da natureza (sem a interferência substancial do homem), o meio ambiente artificial, em contrapartida, é reconhecido por ser fruto da citada interferência. Desse modo, aquele meio ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem é um meio ambiente artificial.

Diz-se isso pela certeza de que após ser manuseado, em sua substância, pela ação humana, o meio ambiente, certamente, comportar-se-á de modo diverso. Suas características, suas propriedades, suas peculiaridades e particularidades apresentar-se-ão de modo distinto daquele que ele apresentaria se não tivesse sofrido o “toque” do homem.

#### 4.3 Meio Ambiente Cultural

O meio ambiente cultural diz respeito à história, formação e cultura de um povo. José A. da Silva diz que ele “é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico. Este, embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior, que também é cultural, pelo sentido de valor especial.” (SILVA, 1988, p. 3)

Com efeito, preleciona o artigo 216 da Constituição Federal que:

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (BRASIL. Constituição, 1988)

Assim, é imperioso mencionar que este enunciado Constitucional não vem a ser taxativo, podendo abranger outros bens não relacionados sendo que, o conteúdo das expressões citadas haverá de ser definido pelo poder público, através de critérios técnicos. Daí tem-se a consagração do pluralismo cultural, implicando no reconhecimento de que a cultura brasileira não é única, mas sim resultante da atuação e interação dinâmica de todos os grupos e classes sociais das diversas regiões.

#### 4.4 Meio Ambiente do Trabalho

Pode-se considerar o meio ambiente do trabalho como sendo “o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio



e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos<sup>[3]</sup>, autônomos, etc.)”. (FIORILLO, 2000, p.21)

A definição acima é das mais abrangentes, pois não se limita a tratar do assunto apenas em relação ao trabalhador conhecidamente como aquele que ostenta uma carteira de trabalho assinada. Isso é muito importante e está dentro do contexto maior assecuratório do meio ambiente equilibrado para todos, como estabelece a constituição (art. 225, *caput*).

Vale lembrar que a definição geral do meio ambiente abarca todo cidadão e, a de meio ambiente do trabalho todo trabalhador que desempenha alguma atividade, remunerada ou não, porque realmente todos receberam a proteção constitucional de um ambiente de trabalho adequado e seguro, necessário à sadia qualidade de vida.

## **5 O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E A CONSTRUÇÃO CIVIL**

O meio ambiente do trabalho assim entendido como o local adequado e seguro em que o obreiro desenvolve suas atividades laborais, como visto, é um dos mais importantes e fundamentais direitos do cidadão trabalhador. E a razão deste entendimento assenta-se no fato de não ser possível que se conceba que um trabalhador atue no “limbo”, no “vácuo”, de maneira isolada do ambiente social, cultural e ambiental.

Ora, se é imperiosa esta inter-relação com o meio ambiente, resta evidente que o indivíduo que labora, ao exercer sua atribuição, modifica e é modificado, evolui e impulsiona a evolução do setor ao qual é vinculado; e foi para tentar manter esta harmônica ambi-afetação de patrão e empregado, que o ordenamento jurídico erigiu ao patamar de direito fundamental o respectivo direito a um meio ambiente do trabalho que permita o amplo e saudável desenvolvimento das faculdades do trabalhador.

O referido assunto é considerado tema de especial importância a ser debatido na atualidade, uma vez que se busca salvaguardar a saúde e a segurança do obreiro, mormente numa época caracterizada por

profundas transformações no mundo do trabalho. Vale frisar, ainda, que as mudanças sofridas no setor trabalhista têm acompanhado as exigências da globalização econômica ocorrida nos últimos anos, de forma que o número de trabalhadores, em atividade, saltou para um alto índice percentual, e que na maioria das vezes não fora acompanhado por igual índice no fator qualidade e segurança desses mesmos trabalhadores.

Com efeito, a forma como o labor interfere na vida e na saúde das pessoas têm se refletido nas preocupações da sociedade internacional e, como visto, nas constituições dos mais diversos países, já que elas abordam direitos fundamentais tanto para as presentes, como para as futuras gerações.

Esclarecem Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, que o objeto dessa tentativa de tutela “é, pois, o homem trabalhador, enquanto ser vivo, das formas de degradação e poluição do meio ambiente onde exerce o seu labor, que é essencial à sua sadia qualidade de vida.” (FIORILLO, 1997, p. 66)

Assim, a depreciação e degradação do ambiente onde se exerce o labor, que é provocada pela atuação com substâncias ou sob circunstâncias de risco (insalubridade, periculosidade, etc.), afeta o trabalhador na sua homeostase orgânica, no seu equilíbrio físico e mental, vez que afeta a sua saúde e reduz a sua produtividade laborativa.

Nesse sentido, os fatos envolvendo a ocorrência de acidentes de trabalho repercutem com uma certa preocupação sobre o valor atribuído à vida e é exatamente por isto que o presente estudo repousa discussão na indústria da construção civil, pois, conforme apontam pesquisadores da Universidade de São Paulo, é este o setor que apresenta as piores condições de segurança em nível mundial e expõe um dos maiores índices de ocorrência de acidentes de trabalho.(SILVEIRA, ROBAZZI)

Pois de acordo com estatísticas da Delegacia Regional do Trabalho (DRT) de Porto Velho, o referido setor “registra índices de 30% de reincidência de infrações trabalhistas” (CARDOSO, , 2007) e embora tal índice diga respeito ao estado de Rondônia, este problema tem repercussão em todo o país, devido ao aquecimento do setor na economia.

É da natureza da função, que se exerce na construção civil, o dever do empregador tomar as devidas precauções para evitar acidentes. Neste setor produtivo o empregado fica submetido não somente ao cansaço físico e à árdua jornada de trabalho, como também, ao risco de estes fatores acabarem por provocar quedas, intoxicações, e lesões das mais variadas, inclusive em face dos produtos administrados pelos trabalhadores (solventes, cimento, tintas, etc.), sem as correspondentes cautelas funcionais.

No âmbito nacional, o aquecimento deste setor é responsável por recordes na geração de emprego e segundo dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) do Ministério do Trabalho, o emprego formal na construção civil aumentou 4,6% em 2004; 8,4% em 2005 e 7,3% em 2006. Conseqüentemente, no mesmo período, o número de acidentes envolvendo trabalhadores do setor foi de 6,2%; 5,8% e 6,2%, respectivamente. (RODRIGUES, <http://www.agenciabrasil.gov.br>, 2009).

Logo, o crescimento significativo do setor vem acompanhado de uma elevação do número de acidentes e, por vezes, da precarização da mão de obra, pois a falta do devido cuidado para com a segurança dos trabalhadores acaba por elevar o número de acidentes todas as vezes em que ocorre um aumento do número de contratações laborativas neste setor empregatício.

Foram, ainda, constatadas 31.529 ocorrências de acidentes na indústria da construção civil em 2006, o que a levou a ocupar o quinto lugar no ranking do Ministério da Previdência dentre os setores econômicos com maior número de acidentes; ficando atrás apenas dos setores de alimentação e bebidas (48.424), comércio varejista (41.419), saúde e serviços sociais (40.859) e agricultura (34.388).

Esse tipo de notícia, veiculada na mídia nacional, retrata um preocupante cotidiano repleto de constantes ocorrências de acidentes de trabalho e de muitas situações de risco à vida de trabalhadores, levando a crer que a cada instante, milhares de pessoas estão correndo risco de vida e sofrendo algum tipo de acidente, com ou sem conseqüências mais graves.

Considerando-se o ano de 2009, este não começou bem entre os trabalhadores da construção civil, pois que antes de terminar o mês de abril, já havia se registrado quatro mortes em canteiros de obras e de acordo com o site *A Gazeta*, “são três mortes a mais que o registrado no ano passado, quando apenas um operário morreu, embora tenha acontecido 370 acidentes de trabalho.” (OLIVEIRA, TV Gazeta, 2009)

Esta notícia torna clara que é necessária uma reflexão acerca dos motivos determinantes de tais acidentes para que se possa sugerir e implementar medidas e/ou políticas de intervenção no trabalho direcionadas à prevenção e combate aos riscos de acidentes, além de punição, mais severa e eficaz, dos responsáveis pela perpetração das causas que geram estes elevados índices de sinistros.

Diante de tal quadro, percebe-se que indústria da construção civil, no Brasil, mantém elevados índices de ocorrências e embora a análise das estatísticas deva levar em conta o crescimento da atividade produtiva, o referido setor é uma área que necessita de bastante atenção e de maiores alertas da sociedade no intento de promover um meio ambiente do trabalho saudável, adequado e seguro segundo os parâmetros constitucionalmente erigidos.

## **6 NORMA REGULAMENTADORA NR-18**

As Normas Regulamentadoras, também conhecidas como NRs, vem a regulamentar e fornecer orientações sobre procedimentos obrigatórios relacionados à medicina e segurança no trabalho no Brasil. Como anexos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT –, são de observância obrigatória por todos os segmentos empresariais.

Assim, há que se remeter merecida atenção à NR – 18 que vem tratar acerca das “Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção”. Esta NR estabelece diretrizes de ordem administrativa, de planejamento e de organização, que objetivam a implementação de medidas de controle e sistemas preventivos de segurança nos processos, nas condições e no meio ambiente de trabalho na Indústria da Construção.

Logo, o artigo 200, I, da CLT vem a assegurar a existência jurídica desta Norma Regulamentadora, prelecionando que:

Cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata este Capítulo, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho, especialmente sobre medidas de prevenção de acidentes e os equipamentos de proteção individual em obras de construção, demolição ou reparos. (BRASIL, Decreto-Lei nº 5.452, 1943)

Nesse sentido, O órgão responsável pela verificação do cumprimento das Normas Regulamentadoras é o Ministério do Trabalho e Emprego, através de agentes como médicos, enfermeiros, engenheiros e técnicos lotados nas Delegacias Regionais de Trabalho (DRT) de todo o país.

Por sua vez, caso haja qualquer irregularidade, de acordo com a lei, esta será apurada por meio do Termo de Notificação (TEN) –, dentro dos prazos estipulados, incorrendo o órgão responsável em autuar pela infração e obrigar o empregador ao pagamento de uma multa, evidenciando-se assim um caráter punitivo.

Entretanto, talvez funcionasse bem este sistema caso tão logo ocorressem as irregularidades e com o devido conhecimento da notícia pelo órgão ministerial, fossem autuadas as empresas, exigido delas o legítimo cumprimento das normas de segurança, bem como ocorresse a imposição de multa a que lhe é devida.

O fato é que o número de agentes de inspeção é insuficiente para a demanda, o que incorre numa realidade bem diferente, em que poucas são as fiscalizações ou um tanto falhas.

## **7 CAUSAS DOS ACIDENTES DE TRABALHO NA CONSTRUÇÃO CIVIL**



O acidente é considerado um evento indesejável e inesperado que produz desconforto, ferimentos, danos, perdas humanas e ou materiais. Assim, não é obra do acaso, nem da falta de sorte, mas algo que está intrinsecamente ligado ao fator segurança. A referida aceção congrega estudos e pesquisas visando eliminar ou reduzir os efeitos de fatores perigosos que conduzem ao acidente, atuando desde uma simples residência até os conglomerados industriais.

Poucas indústrias apresentam uma diversidade de riscos como a indústria da Construção Civil. Estes riscos têm maior repercussão em virtude de uma complexidade de fatores, relacionados, fundamentalmente, à mão-de-obra e aos processos e métodos de trabalho.

Por ser a construção civil uma atividade que abriga um grande contingente de trabalhadores, é também considerado o setor de maior absorção de mão-de-obra desqualificada. Isto é, a atuação desta atividade produtiva exige um elevado número de empregados desconsiderando sua qualificação individual (precariedade da mão-de-obra), bem como se descuidando das necessárias cautelas protetivas, seja por falta de recursos da empresa, seja por desídia do empregador, ou ainda por objetivos escusos, como a vil contenção de gastos.

A ocorrência de lesões é resultante de acidentes que podem decorrer de atos inseguros ou de condições inseguras de trabalho, gerados pelo comportamento das pessoas.

Os atos inseguros são as causas que residem exclusivamente no fator humano, isto é, aqueles que decorrem da execução de tarefas de uma forma contrária às normas de segurança. Assim, os atos inseguros devem ser entendidos como as maneiras segundo as quais os indivíduos se expõem consciente ou inconscientemente aos riscos de se acidentarem, e, exatamente por isto, eles correspondem à grande maioria das causas de acidentes de trabalho.

Deste modo, podem-se considerar atos inseguros:

- a) A falta de adaptação entre o trabalhador e sua função - ocorre quando, muitas vezes os obreiros são colocados a desenvolver atividades específicas de determinada função

para as quais não se encontram preparados, isto é, não há coerência entre a atividade e às condições técnicas do indivíduo para executá-la.

- b) O desconhecimento dos riscos da função e/ou da forma de evitá-los – isto advém quando muitos dos atos inseguros são resultantes do desconhecimento, por parte dos trabalhadores e dos riscos a que ficam expostos durante a realização de determinadas atividades.
- c) E o desajustamento - se dá quando muitos trabalhadores não se enquadram, não se acostumam, ou não aceitam determinadas situações de trabalho, impossibilitando seu ajuste às condições existentes, mesmo que estas sejam adequadas.

Assim é possível citar como exemplo de atos inseguros o não seguimento das normas de segurança existentes, tal como subir em local de altura elevada sem o uso do cinto de segurança; a utilização dos equipamentos de proteção individual – EPI – incorretamente ou a não utilização dos mesmos; a distração ou brincadeiras no local de trabalho; a manutenção ou limpeza das máquinas em movimento, dentre outros.

Remetendo- se agora às condições ambientais de insegurança, verifica-se que os ambientes de trabalho podem apresentar um ou mais fatores que poderão causar danos à saúde dos trabalhadores, conforme a função que cada um desempenha e do tipo de atividade da empresa.

Logo, para cada tipo de acidente surge a necessidade de diferentes investigações, tanto para identificação das causas, como para elaboração de alternativas para solução dos problemas. E de acordo com isso consideram-se como condições ambientais de insegurança:

- a) Risco no canteiro de obras - quando se refere às áreas insuficientes, pisos fracos e irregulares, ao excesso de ruído e trepidações, à falta de ordem e limpeza, às instalações impróprias ou com defeitos, à falta de sinalização, etc.

- b) Risco da maquinaria – quanto à localização imprópria das máquinas, à falta de proteção em partes móveis e em pontos de agarramento, defeitos, etc.
- c) Risco na proteção do trabalhador - quando os equipamentos de proteção individual são insuficientes ou totalmente ausentes, as roupas e calçados são impróprios, os equipamentos de proteção apresentam defeitos, dentre outros.

Assim podem-se citar como principais exemplos de condições ambientais de insegurança o trabalho sem os dispositivos de segurança funcionando, o trabalho com ferramentas inadequadas, a utilização dos equipamentos de proteção individuais (EPI's) inadequados.

Portanto, seja por ato volitivo (ato inseguro), seja por um fator externo ao trabalhador (condições de insegurança), os acidentes de trabalho tem ocorrido com espantosa frequência e em quantidade vultuosa, fato que deixa demonstrado o descaso do setor da construção civil para com a segurança e prevenção dos acidentes laborativos; um dever que lhe é exigido quer por natureza da atividade edificante, quer pela boa exegese da Carta Política Brasileira em consonância com o ordenamento jurídico pátrio.

## **8 DA PESQUISA DE CAMPO**

Tendo como principal objetivo a visualização “in loco” dos problemas relacionados ao meio ambiente do trabalhador na construção civil, desenvolveu-se uma pesquisa de campo, que fora realizada no dia 07 de março de 2009, em obra de grande vulto na cidade de Teresina-PI.

Visitou-se a construção da ponte João Isidoro França, popularmente conhecida como ponte do sesquicentenário, e foi possível observar que a obra constitui-se de grande estrutura em concreto armado, com extensão de 363 metros, distribuídas em seis vãos e possuindo mastro único com mirante no seu topo, cujo valor está alçado em R\$ 64.750.060,27 (sessenta e quatro milhões e setecentos e cinquenta mil e sessenta reais e vinte e sete centavos).

O referido projeto é executado por construtora de grande renome nacional que conta com um contingente de 320 trabalhadores (na época da pesquisa), configurando, a maioria deles, uma mão-de-obra desqualificada e geralmente desprovida de qualquer grau instrução, eis que muitos deles vieram do campo em busca de meios de sobrevivência.

Estes obreiros exercem um regime de trabalho um tanto exaustivo, já que a obra conta com prazo a ser cumprido, cuja previsão de entrega está prevista para outubro deste ano. Por conta disso, há trabalhadores em atividade a todo o momento, inclusive à noite, eis que de acordo com as informações prestadas, deparam-se, no momento, a uma altura de 40,8m, de um total de 98m a se concluir, erguendo-se 03 metros a cada 4,2 dias.

Aduz o engenheiro da obra que a construtora fornece todos os equipamentos de proteção individual aos trabalhadores e ainda os orienta sobre a sua utilização no intuito de se evitar acidentes. Entretanto, em meio à visita puderam-se constatar algumas irregularidades.

Comumente se via um obreiro manuseando ferragens sem a utilização das luvas, que por sinal as retirou; trabalhadores em zona de ruído sem a proteção auricular, também fornecida; obreiro em área de risco que, mesmo utilizando o cinto de segurança, não cuidou de afixá-lo para se resguardar de um possível acidente, dentre outros descumprimentos das normas de segurança.

Isto, em muito se deve à falta de conscientização do obreiro, fator determinante para a situação dos riscos aos quais é exposto a todo o momento. Inevitavelmente, tal fator tem relação direta com seu baixo grau de instrução, pois mesmo que se haja orientação quanto ao uso dos equipamentos de proteção, o obreiro não restará preocupado em cumprir as normas de segurança tão logo se sinta incomodado com uso dos EPIs.

Foram estes dados os observados nesta pesquisa de campo e que em muito contribuíram para um maior esclarecimento do tema deste artigo de forma a tornar mais “palpável” a necessidade de um maior cuidado e zelo para com a segurança dos trabalhadores, evitando-se os

acidentes e assegurando um verdadeiro ambiente de trabalho que promova e edifique a integridade do indivíduo que labora.

## **9 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em meio à importância no plano internacional a que alcançou a expressão meio ambiente nos últimos anos e, conseqüentemente, a tutela do mesmo nos ordenamentos jurídicos constitucionais dos mais diversos países, é inegável se tratar de direito fundamental inerente ao indivíduo, pois que deve ser assegurada uma proteção ambiental do meio natural, isenta de degradações e apta ao convívio das pessoas.

Neste sentido, a Carta Magna brasileira de 1988 assentou com arrebatadora importância o direito a todos os seus cidadãos a um “meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (BRASIL, 1988). Pois que tal aceção fora utilizada pelo constituinte de forma a envolver o meio ambiente nos seus mais diversos segmentos, cujos principais são o natural, o artificial, o cultural e o do trabalho.

Este último reporta-se como o mais importante ao presente artigo, pois analisa as condições laborais do empregado, envolvendo fatores físicos, químicos ou biológicos que conectados ou não influenciam no desenvolvimento do seu labuto. Como conseqüência disto, pode o empregado vir a ser submetido a condições por vezes degradantes à sua saúde, ou mesmo sofrer alguma doença ocupacional por conta de possíveis acidentes de trabalho.

Deste modo, a indústria da construção civil tem merecido suntuosa atenção face à alta incidência de acidentes e à constante exposição dos seus riscos aos indivíduos que nela laboram, buscando-se questionar quais os motivos determinantes para as causas de acidentes neste setor.

Com isto, fora possível averiguar que os acidentes trabalhistas como também os riscos a que são submetidos os obreiros podem decorrer de atos inseguros dos mesmos ou de condições de insegurança no canteiro de obras, sendo os primeiros responsáveis pela maioria dos



sinistros, pois trata do comportamento pelo qual o trabalhador se expõe consciente ou inconscientemente aos riscos de acidente.

O setor da construção civil, além de abarcar com um enorme contingente de trabalhadores, vem acompanhado de fatores que em muito contribuem para a ocorrência de sinistros, sendo um dos principais a mão de obra despreparada ou desqualificada – levando-se em consideração que boa parte dos obreiros não dispõe de qualquer instrução, sendo muito deles analfabetos.

Ocorre que a grande maioria dos empregados da construção civil é oriunda do campo, que se dirige aos grandes centros urbanos na busca de melhores condições de vida e sustento. Deste modo, quase sempre se submetem a regimes de trabalho puxado e um tanto exaustivo.

Por meio da pesquisa de campo realizada, fora possível visualizar como de fato isto ocorre na prática, levando-se a crer que a patente realidade deve ser combatida com uma política mais ativa de instrução ao trabalhador sobre os riscos acerca dos acidentes ocupacionais. Assim, é necessário que além de se fazer cumprir as normas de segurança no trabalho, é preciso também conscientizar o obreiro de que sua vida pode estar em xeque.

Portanto, há que se instruir, conscientemente, o obreiro de que sua vida é o seu maior patrimônio; é um bem a zelar; para que assim se possa reduzir ou eliminar os riscos existentes e/ou neutralizar os mesmos, refletindo-se aí a busca incessante da segurança para que se possa garantir um meio ambiente do trabalho digno de uma sadia qualidade de vida.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981. Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Brasília, DF. Senado Federal, 1981.

CARDOSO, Abdoral. *Audiência inédita define metas para reduzir acidentes de trabalho em Rondônia*. Assessoria de comunicação social, Porto Velho, dez. 2007. Disponível em: . Acesso em: 10 mai. 2009.

COELHO, Luiza Spengler. *Definição de Meio Ambiente*. Licenciamento ambiental, Campo Grande, ago. 2008. Disponível em: . Acesso em: 06 mar. 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2008.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. ref., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NEBEL, Bernard J. *Environmental science. The way the world works*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1990, p.576.

OLIVEIRA, Adailson. *Acidentes de trabalho aumentam em 2009*. TV Gazeta, Rio Branco, abr. 2009. Disponível em: < [http://agazeta.net/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3656:acidentes-de-trabalho-aumentam-em-2009&catid=19:acre&Itemid=145](http://agazeta.net/index.php?option=com_content&view=article&id=3656:acidentes-de-trabalho-aumentam-em-2009&catid=19:acre&Itemid=145)>. Acesso em: 10 mai. 2009.

RODRIGUES, Alex. *Média de acidentes de trabalho na construção se aproxima da do aumento do emprego no setor*. Agência Brasil, ago. 2008. Disponível em: . Acesso em: 16 abr. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVEIRA, C. A. ; ROBAZZI, M.L.C.C. ; WALTER, E.V. ; MARZIALE, M.H.P. . *Acidentes de trabalho na construção civil identificados através de*

*prontuários hospitalares*. Revista da Escola de Minas, Ouro Preto - MG, v. 58, p. 39-44, 2005.

NOTAS:

- [1] No dizer de René Ariel Dotti, entende-se como tal a morte ou destruição de todo um fenômeno natural de ressonância projetado pelas relações entre o meio ambiente e os seres vivos (Meio ambiente e proteção penal., RT, São Paulo, v. 655, p.246, 1990.)
- [2] Considerando-se o conceito dado pela Lei n. 6938/81.
- [3] Sejam celetistas ou estatutários, pois o art. 39, § 3º da Constituição assegura também aos servidores públicos, sem distinção, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (CF, art. 7º, inciso XXII).

## INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

**LUIZA PRADO LIMA SANTIAGO RIOS BRITO:**  
analista do Ministério Público da União  
graduada pela Universidade Federal de Minas  
Gerais e pós-graduada em Direito do Trabalho  
pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci.

**Resumo:** O presente artigo trata dos fundamentos e das características da teoria da perda de uma chance, bem como de sua aplicação no âmbito do Direito do Trabalho.

**Palavras-chave:** teoria da perda de uma chance; Direito do Trabalho.

---

A teoria da perda de uma chance, inserida no campo da responsabilidade civil, que visa à reparação dos danos injustos provocados por ato comissivo ou omissivo do agente ofensor, teve origem na França e se aprofundou na Itália, vindo a se consolidar no direito brasileiro principalmente após a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

O espaço alcançado no ordenamento jurídico pátrio pela citada teoria é verificado não apenas no âmbito do Direito Civil, mas também na seara trabalhista, não sendo raras as situações, no seio das relações de trabalho, que comportam o seu cabimento.

Tal teoria conta com certa resistência de parte da doutrina e gera polêmicas pela dificuldade de sua aplicação nos casos concretos submetidos aos Tribunais pátrios, em especial no que concerne à fixação do valor da reparação devida e à identificação do objeto, na situação fática, realmente passível de indenização.

Baseada em princípios de Direito Civil, a perda de uma chance se caracteriza, fundamentalmente, pela possibilidade de reparação de um dano, seja moral ou material, causado a determinado indivíduo em decorrência de ter sido privado de obter certa vantagem ou impedido de evitar algum prejuízo[1].

Entende-se por chance, assim, e consoante elucida Cristina Maria N. da Fonseca[2], a “probabilidade de obter um benefício futuro e evitar uma perda”, o que, uma vez obstado por ato danoso do agente, seria passível de indenização. É a probabilidade real de que um certo evento ocorreria não fosse a intervenção do agente.

Na lição de Sérgio Cavalieri Filho[3], ocorre a perda de uma chance quando, em razão da conduta de outrem, “desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima”, a exemplo da chance de concorrer a uma promoção no emprego, de progredir na carreira artística ou de conseguir o provimento de um recurso judicial por falha do advogado.

Em outras palavras: a perda de uma chance repousa na ideia de que havia uma probabilidade, para o indivíduo lesado, de obter um resultado final e que dessa oportunidade perdida que culminou, em última análise, na perda da vantagem almejada, emergiria, portanto, um prejuízo indenizável.

Impende acentuar, contudo, que a chance ou oportunidade perdida a merecer a tutela estatal há de ser real, séria, viável, e não apenas hipotética, de forma a proporcionar ao indivíduo efetivas condições de atingir o resultado esperado. Perpassa, pois, por uma noção de legítima expectativa da efetiva ocorrência daquele resultado, muito além de uma esperança ou mera intenção subjetiva, embora não se tenha, em verdade, certeza quanto à obtenção do desfecho pretendido, já que o curso natural dos fatos é, nestes casos, interrompido, sendo, subtraída, assim, a chance de se chegar àquele desfecho almejado.

Nesse sentido, Sérgio Savi[4] alerta:

Não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito no



recurso, por exemplo), é que se poderá em reparação da perda da chance como dano material emergente.

E, nesse ponto, situa-se uma das primeiras dificuldades de aplicação do instituto, que é a identificação, no caso concreto, de uma chance verossímil e concreta de se atingir o resultado esperado ou obstar o prejuízo a ensejar reparação, tarefa, sem dúvida, árdua para os julgadores, conforme julgados abaixo transcritos.

O que importa, por ora, é assinalar que a aplicação da teoria da perda de uma chance exige que seja realizado um juízo de probabilidade para se avaliar as possibilidades que a vítima teria de alcançar determinado resultado ou impedir a ocorrência de certo prejuízo, já que, quanto ao resultado final em si, sempre haverá incerteza acerca da sua efetiva implementação, restringindo-se a questão, assim, a essa análise de probabilidade.

Além disso, impõe-se, ainda, a observância ao princípio da razoabilidade para se determinar o valor devido a título de indenização, que deve, necessariamente, ser proporcional à maior ou menor probabilidade que o indivíduo tinha de conseguir a chance perdida<sup>[5]</sup>.

A esse respeito, Cristina Maria N. da Fonseca<sup>[6]</sup> assevera que, sob a ótica do instituto em estudo, a indenização visa reparar a perda da possibilidade de alcançar o resultado pretendido ou de evitar um prejuízo, e não, propriamente, o dano final equivalente ao resultado perdido. Vale dizer, segundo Raimundo Simão de Melo<sup>[7]</sup>:

[...] uma coisa é a perda da vantagem esperada; outra é a perda da chance de obter a vantagem ou de evitar um prejuízo. (...). O que se indeniza não é o valor patrimonial total da chance por si só considerada (...). O que se indeniza é a possibilidade de obtenção do resultado esperado; o valor da indenização deve ser fixado tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre este incidindo um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado

esperado. (...) Quanto maiores essas possibilidades, maior deve ser o valor da indenização.

Nessa perspectiva, conclui-se que a teoria da perda de uma chance representa um verdadeiro alargamento do instituto da responsabilidade civil, coadunando-se com a ideia de reparação integral dos danos, pois passa-se a ampliar, a partir da sua adoção e incorporação ao ordenamento jurídico pátrio, o conceito de dano reparável, a fim de alcançar um dano autônomo (chance perdida), albergando, assim, danos que até então eram tidos como incertos e/ou com efeitos puramente emocionais[8].

Note-se, entretanto, que não é unânime na doutrina o enquadramento ou a natureza jurídica da perda de uma chance à luz da responsabilidade civil. Isso porque, enquanto alguns a qualificam como espécie de danos emergentes, outros defendem a sua inserção na categoria de lucros cessantes, o que gera, inevitavelmente, insegurança na aplicação do instituto e tratamento distinto diante de casos concretos[9].

Raimundo Simão de Melo[10] defende, ainda, que se trata de uma terceira espécie de dano, situada, de forma equidistante, entre o dano emergente e os lucros cessantes, diante da probabilidade e ausência de certeza da consumação do resultado almejado que lhe são próprios.

De toda sorte, certo é que, na atualidade, a aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance tem sido propagada pela doutrina e jurisprudência pátrias, em sua constante tarefa de interpretação e adequação das normas/princípios do ordenamento aos fenômenos e novos anseios sociais.

Em termos legais, a admissão desse instituto funda-se, primeiramente, na disposição contida no artigo 5º, inciso V, da Constituição da República, consubstanciada em verdadeira cláusula geral de responsabilidade ao prescrever que a todos “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Desse comando constitucional decorre, portanto, que

aquele que causar dano, de qualquer espécie, a outrem será obrigado a indenizá-lo, proporcionalmente ao agravo.

Na mesma direção, tem-se os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, que estabelecem a responsabilidade civil decorrente de ato ilícito, inclusive na sua forma objetiva de acordo com a teoria do risco, dispondo tais preceitos, respectivamente, que:

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

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

(...)

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

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

E, dos dispositivos acima transcritos, extrai-se a mesma indeterminação dos danos passíveis de indenização verificada no aludido preceito constitucional, reforçando, assim, a existência de cláusula geral de responsabilidade a abarcar os mais variados tipos de dano injusto, não sendo diferente com a perda de uma chance, mormente diante de toda a construção doutrinária e jurisprudencial que envolve esse instituto.

Raimundo Simão de Melo<sup>[11]</sup> cita, ainda, a norma do artigo 402 do Código Civil, que prevê que, “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

A jurisprudência pátria, com supedâneo em todos esses dispositivos, tem reconhecido o direito à indenização pela perda de uma chance.

Em julgamento de caso emblemático sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça confirmou entendimento favorável à aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance, com o deferimento da correspondente indenização postulada pela requerente.

Na situação fática delineada no caso, a autora teria tido frustrada a chance de ganhar o prêmio máximo de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) oferecido no programa televisivo “Show do Milhão”, de perguntas e respostas, em virtude de a última questão a que ela teria que responder para ter direito àquele prêmio máximo ter sido mal formulada, sem apresentar uma resposta estritamente correta, o que, na ocasião, motivou-a a desistir de respondê-la para garantir, ao menos, o recebimento do prêmio até então alcançado. Com base nesses fatos, a autora pleiteou o pagamento de indenização por danos materiais em valor correspondente ao prêmio máximo, bem como por danos morais advindos da frustração sofrida pela chance perdida, o que foi integralmente deferido pelo Juízo de origem.

Perante o Superior Tribunal de Justiça, a ré recorreu pedindo a reversão do julgado e, sucessivamente, a redução do valor da indenização deferida, tendo sido acolhido pela Corte Suprema apenas esse pedido sucessivo, mantendo-se, contudo, o reconhecimento do direito à indenização por dano advindo da perda de uma chance.

Nos fundamentos do voto condutor, da lavra do Relator, o Ministro Fernando Gonçalves, foi ponderado que a autora, ao se deparar com uma questão mal formulada, foi alvo de conduta ensejadora de dano pela perda da real oportunidade de sagrar-se milionária. Quanto à redução do valor da indenização, o magistrado pontuou que, não se tendo como afirmar categoricamente que a autora acertaria o questionamento final de R\$1.000.000,00 caso tivesse sido ele corretamente formulado, até mesmo porque isso envolve uma série de outros fatores que poderiam influenciar no desfecho dos fatos, inclusive de ordem emocional, não seria devido

deferir a indenização no valor correspondente ao prêmio máximo da forma vindicada, mas, sim, por uma probabilidade matemática de acerto de uma pergunta com quatro itens, no valor de R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

A propósito, seguem, abaixo, tais fundamentos:

Na espécie dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente - ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso - que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à "pergunta do milhão". Isto porque há uma série de outros fatores em jogo, dentre os quais merecem destaque a dificuldade progressiva do programa (refletida no fato notório que houve diversos participantes os quais erraram a derradeira pergunta ou deixaram de respondê-la) e a enorme carga emocional que inevitavelmente pesa ante as circunstâncias da indagação final (há de se lembrar que, caso o participante optasse por respondê-la, receberia, na hipótese, de erro, apenas R\$ 300,00 (trezentos reais). Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza - ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante. Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta,



justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano. Resta, em conseqüência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação, reclama investigação probatória e análise de cláusulas regulamentares, hipóteses vedadas pelas súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra. A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma "probabilidade matemática" de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida.

Eis, ainda, a ementa desse julgado:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o

participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (STJ - Resp 788459/BA, Quarta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Publicado no DJE de 13 de março de 2006)

No âmbito da Justiça do Trabalho, a teoria da perda de uma chance, de raízes nitidamente civilistas, como visto, tem se mostrado plenamente aplicável e compatível com seus princípios e regras - inclusive na esteira do comando aberto do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que permite a transposição de institutos de outros ramos para o Direito do Trabalho -, e vem sendo enfrentada, de forma cada vez mais frequente, pelos Tribunais trabalhistas, especialmente diante da variedade de situações que comportam a sua aplicação na seara laboral, seja na fase pré-contratual, seja durante ou até mesmo após o término do contrato de trabalho[12].

Raimundo Simão de Melo[13] acrescenta que, no campo das doenças e acidentes do trabalho, “maiores ainda são as possibilidades da ocorrência de danos pela perda de uma chance”, reafirmando que esse instituto encontra campo fértil na dinâmica das relações de trabalho.

Pode-se vislumbrar o dano decorrente da perda de uma chance, por exemplo, na situação em que o obreiro, admitido em perfeitas condições de saúde e vigor físico e mental, adquire doença ocupacional no curso do contrato, tendo sua capacidade laborativa reduzida, total ou parcialmente, assim como diminuídas as suas potencialidades, sendo-lhe subtraída, assim, a chance de obter uma promoção ou de ascender na sua carreira profissional[14].

Nas decisões a seguir colacionadas, estão retratadas algumas situações enfrentadas pelo Poder Judiciário Trabalhista no tratamento da responsabilidade civil pela perda de uma chance oriunda da relação de trabalho.

Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PERDA DE UMA CHANCE. EXPECTATIVA DE RECONTRATAÇÃO FRUSTRADA. QUEBRA DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA LEALDADE CONTRATUAL. ARTIGO 422 DO CÓDIGO CIVIL. Trata-se de ação de indenização por danos morais decorrentes da expectativa de manutenção de emprego, após a desativação do parque industrial onde o autor laborava, em virtude da promessa de realocação dos empregados em outra usina da reclamada. Na hipótese, o Regional, baseado no conjunto-probatório dos autos, manteve a decisão do Juízo de origem que concluiu pela existência de promessa de realocação dos empregados, após o encerramento de uma das unidades industriais da reclamada, o que criou no autor expectativa positiva de contratação, sendo que o descumprimento de tal obrigação lhe gerou a sensação de frustração, humilhação e constrangimento. Verifica-se que houve uma promessa frustrada de recontratação do reclamante. Por certo, no ato da rescisão do contrato de trabalho, a empresa realizou a promessa de transferência dos empregados para outra usina, o que se faz presumir que o reclamante deixou de procurar novas colocações no mercado de trabalho, pois contava com a recontratação prometida. O dano, nos casos em que a recontratação não seja efetivada, gerando expectativa no empregado de manter-se no emprego em virtude das promessas realizadas pela empregadora, é *in re ipsa*, ou seja, decorre do próprio evento danoso, não havendo falar em demonstração do dano, pois, nesse caso, ele se situa no psicológico do lesado, em que é impossível se extrair uma prova material. Tem-se, assim, que a reclamada não agiu

com a devida lealdade e boa-fé em relação ao empregado, que ficou à disposição da empregadora. Nessas condições, configurou-se a conduta ilícita da empresa e, por consequência, o alegado dano moral sofrido a justificar a reparação pretendida pelo reclamante (precedentes). Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 10318-43.2014.5.15.0120 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 13/12/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/12/2017)

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. O Tribunal a quo, com base no conjunto probatório, concluiu que não se pode dizer que a dispensa do reclamante ocorreu de modo absolutamente descontextualizado com a Resolução 696/2008, que passou a dispensar empregados com base no fator idade, já que o reclamante foi dispensado sem justa causa, tendo recebido as verbas rescisórias e aposentadoria antecipada, o que era previsto na resolução referida. Nesse contexto, considerou nula a dispensa do reclamante, em função da discriminação sofrida em razão da idade. Mesmo que o Banco reclamado argumente que, no âmbito do direito potestativo do empregador, é possível a dispensa imotivada, certo é que, no presente caso, além de não haver registro de opção do reclamante ao Plano Antecipado de Afastamento Voluntário, e muito menos recebimento de indenização específica, como citado no recurso também se percebe que o empregador, ao editar norma interna de política de desligamento dos empregados, acabou criando de forma oblíqua e indireta uma situação de discriminação em razão do critério idade não previsto na legislação, sem justificativa ou circunstância para tal discriminação, o que é repudiado no ordenamento jurídico vigente por

regramento da Constituição Federal, especialmente os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil previstos nos artigos 1º, III e IV, e 3º, IV, bem como se distancia do disposto na Convenção 168 da OIT, ratificada pelo Brasil, e, ainda, está em contramão ao que estabelecido no artigo 1º da Lei 9.029/1995. Precedentes da SBDI-1. Recurso de revista não conhecido. DANOS MORAIS. No que se refere aos danos morais, o egrégio Colegiado Regional, com base nas provas dos autos, concluiu que restaram caracterizados os pressupostos para responsabilidade civil, na medida em que foi demonstrado o impulso do agente, o resultado lesivo e o nexó causal entre ambos. Assim, a aferição da alegação recursal ou da veracidade da assertiva do Tribunal Regional depende de nova análise do conjunto fático-probatório dos autos, tarefa que é vedada nesta instância recursal, nos termos da Súmula 126 do TST. Recurso de revista não conhecido. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O valor arbitrado a título de reparação por dano moral somente pode ser revisado na instância extraordinária nos casos em que se vulneram os preceitos de lei ou Constituição que emprestam caráter normativo ao princípio da proporcionalidade. E, considerando a moldura factual definida pelo Regional e insusceptível de revisão (Súmula 126 do TST), o valor atribuído (R\$50.000,00) não se mostra excessivamente elevado a ponto de se o conceber desproporcional, tendo em vista a dispensa discriminatória, em razão da idade, imposta ao reclamante. Recurso de revista não conhecido. REMUNERAÇÃO. O Tribunal Regional não analisou a questão da remuneração à luz dos dispositivos legais apontados como violados. Portanto, nos termos da Súmula 297 do TST, tal matéria carece de



prequestionamento. Recurso de revista não conhecido. **INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE.** A teoria da perda da chance consiste na responsabilidade do autor do dano quando obsta outra pessoa de auferir vantagem ou simplesmente a impede de evitar prejuízos, revelando-se, assim, a superveniência de chance séria e real. No presente caso, ficou demonstrado que o reclamado retirou do reclamante as possibilidades de cumprimento das condições para a aposentadoria integral, que culminaria no recebimento de uma aposentadoria de maior valor, persistindo o dever de indenizar. Dessa forma, não há falar em violação direta e literal dos artigos 5º, II, 7º, I, e 173, § 1º, da CF, 112 e 114 do CC. Recurso de revista não conhecido. **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL.** A jurisprudência está sedimentada no sentido de que os arts. 389 e 404 do Código Civil atual, ao incluírem os honorários advocatícios na recomposição de perdas e danos, não revogaram as disposições especiais contidas na Lei 5.584/70, aplicada ao processo do trabalho, consoante o art. 2º, § 2º, da LINDB. Assim, permanece válido o entendimento de que, nos termos do art. 14, caput e § 1º, da Lei 5.584/70, a sucumbência, por si só, não justifica a condenação ao pagamento de honorários pelo patrocínio da causa, os quais, no âmbito do processo do trabalho, são revertidos para o sindicato da categoria do empregado, conforme previsto no art. 16 da Lei 5.584/70. O reclamante não está assistido por advogado credenciado pelo sindicato profissional. Ressalva do relator quanto à tese de mérito. Recurso de revista conhecido e provido. **AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE.**

REINTEGRAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Confirmada a ordem de obstaculização do recurso de revista, na medida em que não demonstrada a satisfação dos requisitos de admissibilidade, insculpidos no artigo 896 da CLT. Agravo de instrumento não provido. (ARR - 92300-94.2010.5.17.0013 , Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 29/11/2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/12/2017) (destaque acrescido)

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PERDA DE UMA CHANCE. PROFESSORA. DISPENSA NO INÍCIO DO ANO LETIVO. De acordo com a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, o prejuízo material indenizável é aquele decorrente de uma probabilidade séria e real de obtenção de um resultado positivo legitimamente esperado pela vítima que é obstado por ato ilícito praticado pelo ofensor. A despedida de empregado sem justa causa encontra-se dentro do poder potestativo do empregador, não caracterizando, por si só, ato ilícito ou abuso de direito. No presente caso, todavia, conforme se depreende do acórdão do Tribunal Regional, restou demonstrado o uso abusivo do exercício do direito de rescisão contratual por parte do reclamado. Com efeito, a dispensa da reclamante no início do ano letivo, quando ela já tinha a expectativa justa e real de continuar como professora da instituição de ensino reclamada e auferir daí os ganhos correspondentes, evidencia o abuso do poder diretivo do empregador de dispensa, notadamente pela dificuldade que a reclamante teria em lograr vaga em outra instituição de ensino, tendo em vista o início das aulas. Recurso de revista não conhecido. (RR - 246-65.2013.5.04.0531 , Relatora

Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 04/10/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/10/2017)

Por tudo quanto exposto, percebe-se que a teoria da perda de uma chance, de inspiração francesa e fundamentos civilistas, possui plena aplicabilidade no Direito do Trabalho e representa um inegável avanço na sistemática de responsabilização civil. Assim, constitui uma nova e legítima ferramenta para a reparação de danos injustos, atendendo, substancialmente, ao princípio constitucional da dignidade humana e ao da proteção do trabalhador.

### **REFERÊNCIAS**

FONSECA, Cristina Maria Nepomuceno. Responsabilidade pela perda de uma chance – compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro e aplicabilidade nas relações de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 10, p. 1272-1280, out. 2008.

MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 4, p. 438-441, abr. 2007.

SILVA, Cássia Bertassone da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 24, n. 277, p. 9-21, jul. 2012.

SILVEIRA, Wendel Santos. Responsabilidade civil do empregador pela perda de uma chance do empregado. *O Trabalho: doutrina em fascículos mensais*, Curitiba, n. 185, p.6.806-6.818, jul. 2012.

### **NOTAS:**

[1] MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 4, abr. 2007, p. 438.

[2] FONSECA, Cristina Maria N. Responsabilidade pela perda de uma chance – compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro e aplicabilidade nas relações de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 10, out. 2008, p. 1.273.

[3] CAVALIERI FILHO, apud FONSECA, op. cit., p. 1.273.

[4] SAVI, apud SILVEIRA, Wendel Santos. Responsabilidade civil do empregador pela perda de uma chance do empregado. *O Trabalho: doutrina em fascículos mensais*, Curitiba, n. 185, jul. 2012, p. 6.812.

[5] FONSECA, op. cit., p. 1.274.

[6] Ibid., p. 1.274.

[7] MELO, op. cit., p. 438.

[8] SILVA, Cássia Bertassone da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 24, n. 277, jul. 2012, p. 14.

[9] FONSECA, op. cit., p. 1.274.

[10] MELO, op. cit., p. 439.

[11] Ibid., p. 439.

[12] SILVEIRA, op. cit., p. 6.816.

[13] MELO, op. cit., p. 441.

[14] FONSECA, op. cit., p. 1.276.