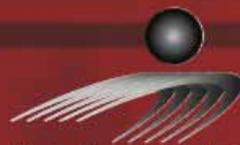


# DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares



Volume 4 - Número 1







ISSN 1980-0878



**DIREITO E SOCIEDADE**  
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 4 – Número 1 – jan./dez. 2009





**Fundação Padre Albino**

**ISSN 1980-0878**



**DIREITO E SOCIEDADE**  
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 4 – Número 1 – jan./dez. 2009

**Faculdades Integradas Padre Albino**

Publicação do Curso de Direito com objetivo de divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao direito, à administração, sociologia, história, literatura, economia e áreas afins.

#### FUNDAÇÃO PADRE ALBINO

##### Conselho de Curadores

Presidente: Antonio Hércules

##### Diretoria Administrativa

Presidente: Geraldo Paiva de Oliveira

Núcleo Gestor de Educação: Antonio Carlos de Araújo

#### Faculdades Integradas Padre Albino

Diretor Geral: Nelson Jimenes

Vice Diretor: José Carlos Rodrigues Amarante

Coordenadora Pedagógica: Dulce Maria Silva Vendruscolo

Coordenador do Curso de Direito: Donizett Pereira

#### DIREITO E SOCIEDADE.

Editor chefe: Elisabete Maniglia

#### Conselho Científico

Alfredo José dos Santos – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Cristiane Miziara Mussi - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFFRJ)

Donizett Pereira - Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA)

Elisabete Maniglia - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Lucas de Abreu Barros - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas)

Marcelo Truzzi Otero - Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA)

Marcos Simão Figueiras - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Plínio Antônio Britto Gentil - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Silvia Ibiraci de Souza Leite - Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA)

Vera Lúcia Lopes Spina - Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA)

Revisora de texto: Vera Lúcia Lopes Spina

Bibliotecária e Assessora Técnica: Marisa Centurion Stuchi

Desenho de logomarca (capa): Fábio Guilherme Marssari

#### Núcleo de Editoração de Revistas (NER)

Marino Cattalini

Antonio Marcio Paschoal

Luciana Bernardo Miotto

Marisa Centurion Stuchi

Virtude Maria Soler

Os textos publicados neste periódico são de inteira responsabilidade de seus autores.

Permite-se a reprodução desde que citada a fonte.

Pede-se permuta.

D598 Direito e Sociedade. Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares / Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito. -. - Vol. 4, n. 1 (jan./dez. 2009) - .- Catanduva: Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito, 2006-

Annual.

ISSN 1980-0878

1. Direito - periódico. I. Faculdades Integradas Padre Albino. Curso de Direito.

CDD 340

CDU 34

Endereço para correspondência: Rua do Seminário, 281. CEP 15806-310. Catanduva-SP, Brasil. Tel.: (17) 3522-2405. E-mail: [secretaria.faeca@fipa.com.br](mailto:secretaria.faeca@fipa.com.br).

Impressão deste periódico: Ramon Nabalbos – Gráfica e Editora Ltda.

Data da impressão: dezembro de 2009. Tiragem: 400 exemplares.

## Sumário

<i>Apresentação</i>	
<b>Os Editores</b> .....	9
<i>Prefácio</i>	
<b>Donizett Pereira</b> .....	11
<i>Artigos</i>	
Segurança humana e direitos humanos	
<b>Antenor Celloni</b> .....	15
Direitos e garantias fundamentais: processo evolutivo, previsão e alcance no ordenamento jurídico	
<b>Beatriz Trigo</b> .....	23
Estudo dos programas assistenciais prestados à população catanduvense	
<b>Cristiane Mizziara Mussi</b> .....	38
Teorizando o direito agrário: uma apresentação conceitual e principiológica	
<b>Elisabete Maniglia</b> .....	51
Política urbana e criminalidade	
<b>Fábio Cantizani Gomes</b> .....	76
Jurisdição constitucional e tribunal de contas	
<b>Ivana Mussi Gabriel</b> .....	86
Extinção da punibilidade em crimes contra a ordem tributária e a previdência social	
<b>Plínio Antônio Britto Gentil, Ana Paula Jorge</b> .....	104
Loteamentos fechados	
<b>Ricardo Bosquesi</b> .....	113
<i>Chamadas por trabalhos / Normas para publicação</i> .....	129



## Apresentação

A Revista DIREITO E SOCIEDADE chega à sua quarta edição, consolidando um trabalho de quatro anos de dedicação do corpo docente, discente e coordenação do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino à pesquisa, ao debate e à discussão dos grandes temas da humanidade, notadamente no campo jurídico, político e social.

Em todos esses anos a publicação da revista desafiou acadêmicos e pensadores do direito ao debate de ideias em âmbito nacional e internacional, seja abrigando artigos de renomados juristas, seja compilando artigos originados nos vários grupos de pesquisa desenvolvidos *interna corporis*.

Consolida-se como instrumento de consulta para todos os que labutam na seara jurídica e marca uma trajetória de sucesso singular, destacando-se gloriosamente em um cenário acadêmico nacional que se mostra cada vez menos propício à reflexão e ao enfrentamento das questões sociais de forma eficiente e com rigor científico.

Esse número da revista inaugura uma nova composição para o conselho editorial, contemplando juristas de renome nacional, circunstância que evidencia o necessário caráter dinâmico de quem pretende sempre alinhar-se com o que o direito tem de mais moderno em termos de reflexão científica, sem desprezar a cultura herdada dos clássicos jurídicos.

A importância da revista, como instrumento eficaz de permuta de experiências, pode ser atestada pelo teor das análises refletidas em seus artigos, sempre destacando as matérias que mais de perto influenciam a intransigente defesa dos direitos e garantias universais, tornando sua leitura imprescindível para todos que de alguma forma frequentam o cenário jurídico nacional.

Os Editores



## Prefácio

### Um novo direito para um novo tempo

**DONIZETT PEREIRA**

*Mestre pela Unesp*

*Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva - SP*

Vivemos enredados em uma intrincada e complexa teia de relacionamentos intersubjetivos, vivenciando um ambiente de estudos destituído de fronteiras físicas, o que criou o que se convencionou denominar de sociedade da informação<sup>1</sup>.

Diante desse quadro, um novo desafio se impõe ao profissional de direito, que vê seu desempenho cotidiano ser invadido pela necessidade de conciliar o secular aprimoramento das técnicas de estudos e a adaptação que se faz urgente aos novos meios de captação do aprendizado representado pelo universo digital.

Um novo panorama, calcado em uma plataforma digital global, multifacetária e dotada de uma dinamicidade nunca experimentada pela humanidade, desafia os projetos pedagógicos dos cursos superiores a se adaptarem, para fornecer um ensino cuja qualidade será medida, futuramente, pela disponibilidade que teve no presente, para se modernizar sem perder sua capacidade de formar a base científica dos projetos de vida de uma nova geração.

Essa geração, denominada de geração Y, possui comprovadamente uma grande habilidade para interagir simultaneamente com várias pessoas, o que confere um alto grau de superficialidade em suas relações, não conseguindo se manter por muito tempo concentradas em uma atividade, seja ela qual for.

Nessa assertiva, o projeto pedagógico do curso de direito deve ser dotado de estratégias que permitam uma efetiva interação entre a necessária reflexão científica e a competência para lidar com o ambiente digital.

O homem, sujeito e principal beneficiário da investigação jurídica, não pode mais ser analisado sem que se considere sua interação com o mundo da informação, influenciando sua forma de aprendizado. Assman<sup>2</sup>, assim se posiciona:

<sup>1</sup> Sociedade que está atualmente a constituir-se, na qual são amplamente utilizadas tecnologias de armazenamento e transmissão de dados e informação de baixo custo.

<sup>2</sup> ASSMANN, Hugo. A metamorfose do aprender na sociedade do conhecimento. In: \_\_\_\_\_. *Redes digitais e metamorfose do aprender*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 16.

A construção do conhecimento já não é mais produto unilateral de seres humanos isolados, mas de uma vasta cooperação cognitiva distribuída, da qual participam aprendentes humanos e sistemas cognitivos artificiais.

O aprendizado atual vive a experiência de um conhecimento globalizado e abrangente, que lhe permita atender às expectativas do devir, das inúmeras transformações experimentadas pela comunicação por meio das conexões digitais, interligando pessoas e produzindo significados coletivos para todos os conflitos sociais.

As redes sociais oferecem uma gama insuperável de oportunidades de interação, uma imensurável quantidade de conteúdos, dos quais se utilizam diuturnamente desde o mais abastado até os menos prestigiados financeiramente.

E o papel do curso de direito é fornecer subsídio a esse contingente de pessoas ávidas por equacionar e solucionar essa emergente massa de interrelações, esse exponencial arcabouço de conflitos existenciais, que faz emergir uma insuperável necessidade de reforma do pensamento.

Para Morin<sup>3</sup>,

A reforma necessária do pensamento é aquela que gera um pensamento do contexto e do complexo. O pensamento contextual busca sempre a relação de inseparabilidade e as inter-retroações entre qualquer fenômeno e seu contexto, e deste com o contexto planetário. O complexo requer um pensamento que capte relações, inter-relações, implicações mútuas, fenômenos multidimensionais, realidades que são simultaneamente solidárias e conflitivas (como a própria democracia, que é o sistema que se nutre de antagonismos e que, simultaneamente, os regula), que respeite a diversidade, ao mesmo tempo que a unidade, um pensamento organizador que conceba a relação recíproca entre todas as partes.

A velocidade com que se desenvolveram os novos mecanismos tecnológicos, que culminou no atual estado de sofisticação dos meios de informação, produziu um hiato entre as convicções que secularmente alimentaram o ideário de quem ministra o ensino do direito e o anseio de aprendizado da nova geração, esse orientado e sustentado por novas concepções no campo da comunicação.

E é sob essa perspectiva que o Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino lança o quarto número da revista “Direito e Sociedade”, cujo nome já prediz seu engajamento com as grandes causas sociais, com o preparo de seu corpo discente para uma nova era de realizações, sem descuidar por um só minuto dos direitos dos menos favorecidos e secularmente desvalidos.

Um novo olhar sobre a educação jurídica se tornou imprescindível, para contemplar uma nova postura docente, que promova a substituição da imposição

---

<sup>3</sup> MORIN, Edgar. *Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 21.

unilateral pela construção comunitária do conhecimento jurídico; que permita uma reflexão qualitativa sobre os fenômenos propiciados pela vida em sociedade, de forma global e estruturante.

Por outro lado, a utilização, como metodologia de ensino, das premissas lançadas pelo formalismo positivista ou pelo idealismo jusnaturalista há muito deixou de atender aos reclamos atuais em torno do tema. O primeiro reduz o ensino ao direito posto, o segundo, à ideologia de cada propositor.

Essa moderna estrutura de captação e desenvolvimento das informações sugere uma nova visão epistemológica do direito, promovendo uma re-significação não só da matriz curricular e da estrutura física dos cursos, mas também da transmissão dos conteúdos tal qual defendida secularmente. Esse o nosso propósito.

Prestigiar o novo aprender sem descurar do ensino clássico, reassentar os paradigmas utilizados como metodologia de trabalho em suportes digitais que possam ser compartilhados por um sem número de pessoas; formando uma rede de interrelações complexa e multifacetária, realinhando os saberes e redimensionando os valores humanos tornou-se tarefa incansavelmente praticada pelos componentes do corpo docente desta que pretende ser a grande escola de ensino do direito do interior paulista.

Assim, o curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino oferece à comunidade científica o número quatro da Revista “Direito e Sociedade” constituindo-se de um eficiente instrumento para permuta de informações, ciente da eterna incompletude dos saberes hauridos da experiência humana no universo, mas intransigente na sua defesa em relação ao dever cumprido.

\*

## Referências

ASSMANN, Hugo. A metamorfose do aprender na sociedade do conhecimento. In: \_\_\_\_\_. *Redes digitais e metamorfose do aprender*. Petrópolis: Vozes, 2005.

MORIN, Edgar. *Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

# Segurança humana e direitos humanos

ANTENOR CELLONI

Mestre em Ciências Sociais pela UFSCar (Universidade Federal de São Carlos).

“[O povo] não deve sentir a verdade da usurpação: ela foi um dia introduzida sem razão e tornou-se razoável; é preciso fazer que ela seja vista como autêntica, eterna e esconder o seu começo se não quisermos que logo tenha fim.”

*Pensamentos* - Pascal

**Resumo:** Diante da condição econômica e sua projeção social e cultural no mundo contemporâneo, buscamos expor resumidamente a realidade dos *direitos humanos* e a sua importância para a *humanização do ser humano*. Esta só pode ser compreendida na perspectiva das lutas por valorização do bem-estar humano na natureza ou, mais especificamente, é preciso chamar a atenção para o aspecto da luta de classes, onde uma *elite*, utilizando-se de ferramentas científicas, interpreta e manipula o anseio geral, ou seja, os empecilhos históricos são racionalizados ao máximo. A questão que aflige os indivíduos sociais oprimidos em toda a história é sempre em torno do por que não se avança progressivamente na paz social? Neste sentido, resgatamos alguns fundamentos do *direito natural* e até algumas declarações pactuadas mais recentemente visando mostrar que a intervenção pela alfabetização e contra a ignorância progrediu relativamente. Contudo, há indicações de que o maior problema é que todo o conjunto de ações relativas aos *direitos humanos* é majoritariamente usado apenas como aparência e não, efetivamente, para o seu fortalecimento. Na esteira do debate desta realidade também procuramos mostrar a fundamental importância dos *guardiões da espécie humana* na sua sobrevivência e perpetuação.

**Palavras-chave:** Alienação. Cidadania. Direitos humanos. Direito natural. Direito positivo.

**Abstract:** Given the economic condition and its projection in the social and cultural world contemporary, we seek a brief description of the reality of rights humans and their importance for the humanization of man. This only can be understood in view of the struggles for valuation of the human being in nature or, more specifically, you must call attention to the aspect of class struggle, where an elite, if using scientific tools, interprets and handles the general wish, or is, the historical obstacles are streamlined as possible. The question that afflicts the oppressed social individuals in history is always in around why do not you progress gradually in peace. In sense, rescued some fundamentals of natural law to some recently agreed upon statements in order to show that the intervention for literacy and against ignorance progressed relatively. However, there are indications that the biggest problem is that the entire set of actions on human rights are mainly used only like appearance and not to actually strengthen it. Following discussion of this reality also try to show the fundamental importance of the guardians of the human species in its survival and perpetuation.

**Keywords:** Alienation. Citizenship. Human rights. Natural law. Positive law.

## Introdução

O mundo cotidiano das pessoas relativo à *qualidade de vida*, saúde, paz e bem-estar indica-nos que há uma distância razoavelmente grande entre a condição cultural e material de *indivíduo* para a de *cidadão*. Em países como o Brasil esta relação é, de fato, de extremos. Apesar de todos os esforços aparentes e efetivos, pouco se tem avançado no sentido de mudar a condição de miséria generalizada da maioria das pessoas. Mas, partindo da premissa que os principais patrimônios

da humanidade<sup>1</sup>, interpretando numa perspectiva mundial vigente, são as garantias públicas ou a chamada segurança legal e de fato para os cidadãos numa sociedade constituída, tem no ponto de vista de Barros<sup>2</sup>, que “no globo terrestre, condições e estágios de cultura divergentes apontam para uma convergência de processo e resultado: a civilização humana progride, mas o desrespeito aos direitos humanos não regride”. Aqui, o autor faz sua interpretação sob uma concepção pragmática ou objetiva, porém pode ser tida como ponto de partida para uma questão intrigante que salta e ainda não respondida, ou seja, por que não conseguimos racionalmente progredir e solidificar nem mesmo os princípios básicos expressos pelo *direito natural*?

Para o nosso estudo, partimos do entendimento de que os *direitos humanos* são a base para a garantia da paz civil e política para os povos. Buscamos debater e expor alguns traços preponderantes do indivíduo e do cidadão na esteira da valorização ativa das garantias institucionais e, o porquê de tamanho atraso cuja relevância pode ser ímpar em propor reflexões que possam ajudar a desfazer possíveis bloqueios para o avanço das garantias individuais e coletivas públicas, ou a cidadania.

## Do *direito natural* aos *direitos humanos*

A construção e afirmação da proteção do indivíduo social para a constituição da sociedade, historicamente é o alicerce para todas as dimensões da vida humana. Portanto, não há como fortalecer uma sem a outra. Ambas, são faces da mesma condição e imprescindíveis para o bem-estar da civilização no espaço e no tempo.

Ontologicamente, a filosofia reúne vários conceitos sobre o *direito natural*<sup>3</sup>, onde a relação é a oposição entre *direito natural* e *direito positivo* ou *realista*. De acordo com as várias escolas, temos: a) na aceção do Direito Romano (*Jus Naturae*) “entende-se o *Direito Comum* a todos os homens e animais, em oposição ao *Jus Gentium*, que era o *Direito Comum* a todos os homens”; b) para os *escolásticos*<sup>4</sup> é o que tem por fundamento a *razão divina* (Direito Natural Primário), podendo ser completado pelos homens, por sua legislação e pelos costumes (Direito Natural Secundário), que tomam as formas do *Jus Gentium* e do *Jus Civile*; e c) os *enciclopedistas* aceitam a teoria fundada na concepção do *Contrato Social*<sup>5</sup> de Rousseau

<sup>1</sup> São também: saúde, educação e segurança.

<sup>2</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 446.

<sup>3</sup> De caráter universal, imutável e pertencente a todos os tempos, não são construídos pelos homens, mas emanados de leis alheias à vontade humana. Alguns dos princípios do *direito natural* são: “o bem deve ser feito”, “dar a cada um o que é seu”, “não lesar a outrem”, “respeitar a personalidade do próximo”, “respeitar as leis da natureza”, “o direito à vida e à liberdade” etc.

<sup>4</sup> Santo Tomás de Aquino sistematizou três espécies de leis: a *lex aeterna*, ou razão divina; a *lex naturalis*, gravada por Deus nos corações dos homens e a *lex humana*, criada pelo homem a partir dos fundamentos da lei natural.

<sup>5</sup> O Contratualismo deu origem a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Princípio da predominância da vontade geral e de que todos são iguais perante a lei, mas na prática igualam todos aqueles que desenvolveram a capacidade cognitiva e os que não desenvolveram, consequentemente, responsabilizando todos igualmente por suas escolhas e punindo pelas consequências.

“concretizada no sentido individualista do direito, posto em prática pela ‘Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão’, pugnada pela Revolução Francesa”<sup>6</sup>.

Partindo da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de origem francesa, podemos afirmar que esta é, sem dúvida, um grande passo como conquista *guardiã* do Ser Humano e para os outros animais; entretanto, muita resistência se encontrou para a sua valorização real. Como tudo, isto também é um processo e, de acordo com Bobbio<sup>7</sup>, “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolve-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”<sup>8</sup>. Ao mesmo tempo, a “plena realização” de que fala Bobbio<sup>9</sup> é um processo que depende fundamentalmente da capacidade de organização política dos “oprimidos” nas diversas sociedades. Mais, daqueles que desenvolveram sua capacidade cognitiva, isto é, capacidade de adquirir conhecimento e desenvolver uma percepção crítica, pois

<sup>6</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 275-276.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 30.

<sup>8</sup> Citamos abaixo, a partir de Piovesan (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 345-348), os Instrumentos Internacionais e Regional Interamericano de proteção aos *direitos humanos* ratificados pelo Brasil:

**A) Instrumentos do Sistema Internacional:**

**Carta das Nações Unidas**, adotada e aberta à assinatura pela Conferência de São Francisco em 26-06-1945 e ratificada pelo Brasil em 21-9-1945.

**Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adotada e proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10-12-1948 e ratificada pelo Brasil em 10-12-1948.

**Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos**, adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 16-12-1966 e ratificado pelo Brasil em 24-01-1992.

**Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia das Nações Unidas em 16-12-1966 e ratificado pelo Brasil em 24-01-1992.

**Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio**, adotada pela Resolução 260-A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 9-12-1948 e ratificada pelo Brasil em 4-9-1941.

**Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**, adotada pela Resolução 39/46 da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10-12-1984 e ratificada pelo Brasil em 28-9-1989.

**Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher**, adotada pela Resolução 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas em 18-12-1979 e ratificada pelo Brasil em 1º-2-1984.

**Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Mulher**, adotado pela Resolução A/54/L4 da Assembléia Geral das Nações Unidas em 15-10-1999 e ratificado pelo Brasil em 28-06-2002.

**Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial**, adotado pela Resolução 2.106-A (XX) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 21/12/1965 e ratificada pelo Brasil em 27-03-1968.

**Convenção sobre os Direitos da Criança**, adotada pela Resolução L.44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 20/11/1989 e ratificada pelo Brasil em 24-9-1990.

**B) Instrumentos do Sistema Regional Interamericano:**

**Convenção Americana de Direitos Humanos**, adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica em 22-11-1969 e ratificada pelo Brasil em 25-9-1992.

**Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos e matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, adotado pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 17-11-1988; e ratificada pelo Brasil em 21-8-1996.

**Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura**, adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 9-12-1985 e ratificada pelo Brasil em 20-7-1989.

**Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**, adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6-6-1994 e ratificada pelo Brasil em 27-11-1995.

<sup>9</sup> Op. cit.

existe uma permanente vigilância, exercida pelos detentores do poder, para que essa capacidade não se desenvolva.

Diante de inúmeros atos de degradação do Ser Humano na história, calcados nos modelos econômicos e culturais voltados para a criação, manutenção e reprodução de privilégios políticos e sociais para certas minorias sociais, intensificaram-se as lutas - principalmente, desde as manifestações de resistência ao escravismo, ao servilismo e depois, a todo tipo de exploração do “homem pelo homem” - por ações propositivas, pelo equilíbrio e respeito ecológico. Progressos fundamentais que os *guardiões* da espécie humana conquistaram edificando vários instrumentos locais, regionais, nacionais e internacionais de *direitos humanos*. Porém, estas conquistas estão limitadas a alguns aspectos da vida social, a atenção ainda não se voltou para a elaboração de novas formas de organização da produção material.

Numa perspectiva mais ampla, no mundo contemporâneo, as duas grandes guerras mundiais do século XX, marcadas pelo horror do genocídio, foram concebidas a partir de projetos políticos e econômicos profundamente degradantes e desumanizadores e,

É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução<sup>10</sup>.

Significou sim, mas no polo daqueles conscientes das injustiças que primeiro resistiram e, na medida do possível, pressionaram os Estados e solidificaram alguns avanços para a busca do *bemcomum*.

## Limites do (neo) liberalismo

Os direitos e as garantias constitucionais não são, ainda, suficientes para sustentar de fato, as chamadas “igualdades de oportunidades” tão caras às classes e grupos “oprimidos” nos aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais na história<sup>11</sup>. Neste sentido, a instituição, no mundo contemporâneo, do liberalismo, apesar de ter sido um grande avanço contra os regimes políticos dos absolutismos medievais e modernos, tornou-se um grande empecilho para a humanização do Ser Humano, pois uma de suas características principais, que é o *individualismo burguês*, transforma o Ser Humano em simplesmente *coisa*, sem conteúdo ou identidade. Isto (ou tais processos) é um conjunto de conceitos e determinações com fundamentos

<sup>10</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. *Revista de Informação e Debates da Associação Juizes para a Democracia*, Cotia (SP), n. 4, p. 172, 2001.

<sup>11</sup> As constituições democráticas preservam uma contradição fundante: defendem a humanização do indivíduo e, ao mesmo tempo, uma ordem econômica contrária e desumanizadora.

mercadológicos colocando-se acima de tudo e de todos e, nesta circunstância, não se permite a possível humanização e, dificilmente, o Ser Humano sobreviverá (no Planeta Terra).

Observando, mais atentamente, podemos perceber que tudo isto tem relação com um conjunto de princípios cuja base está calcada no mundo biológico das dimensões da competição e sobrevivência dos mais aptos e fortes, portanto são objetivas<sup>12</sup>. Ao mesmo tempo, isto cria uma contradição profunda, pois estes referenciais, aqui considerados biológicos para a cultura, não são dialéticos no sentido histórico e não consideram os milhares (milhões) de anos de existência da humanidade no Planeta Terra e nem sua possível humanização. Este modelo capitalista de produção, principalmente na sua face social e que se impõe à humanidade, é conhecido também como *darwinismo social* e, em se tratando principalmente dos trabalhadores, determina-lhes somente a esteira da violência via a mediação dos limites da cultura econômica e política de cada respectiva época. Numa perspectiva crítica, Marx mostrou que tal processo é:

a reificação (Werdinglichung) das pessoas; ou melhor, a inversão completa da relação pessoa-coisa. Enquanto o capital é, por assim dizer, personificado e elevado à dignidade de sujeito de direito, o trabalhador é aviltado à condição de mercadoria, de mero insumo no processo de produção para ser utilmente na fase de fastígio do capitalismo financeiro, dispensado e relegado ao lixo social como objeto descartável<sup>13</sup>.

Então, o que a vanguarda ou os defensores ativos da cidadania entendem por patrimônio dos *direitos humanos* esbarra na lógica capitalista das relações econômicas e ideológicas históricas, ou seja, que os direitos *humanos também* são mercadorias e que podem ser comercializados e são instrumentos de poder nas mãos de governantes e agentes privados.

Assim, a desumanização e sua causa não podem ser combatidas na totalidade, pois como os *direitos humanos* podem e são utilizados como fonte de dominação e ganhos econômicos, em geral, são apresentados abstratamente ou através de discursos profissionalizados nas academias e movimentos sociais, contando com um sistema educacional eficiente para reproduzir as relações capitalistas subjetivas e objetivas, o que implica em manter a segregação social, a existência de cidadãos e não-cidadãos e, por fim, o darwinismo social faz a seleção.

O sistema educacional desenvolve ainda um “conhecimento” estruturado e restrito a uma área do saber e de enfoque enigmático. Com isso, forma mão-de-obra ou indivíduos sociais com a sua atenção focada em áreas específicas do saber e

<sup>12</sup> Também é preciso frisar que o que diferencia o ser humano dos outros animais é sua capacidade cognitiva, o que permite ter um controle sobre sua forma de organização e do desenvolvimento dos seus processos psicológicos. O problema é: esse modo de produção permite que todos desenvolvam a capacidade cognitiva nos libertando da condição animal?

<sup>13</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 24.

qualquer assunto fora desses enfoques não chama a sua atenção e, aqueles que decifram o enigma são cooptados pelos que detêm o poder. Uma prova desse processo é a tamanha e racional desigualdade social existente e, mesmo constitucionalmente, não é possível, ou não há efetividade dos *direitos humanos* para a humanização do Ser Humano.

## Os *direitos humanos* e o crime

Diante de certos casos de ações mais violentas contra indivíduos e grupos há a acusação generalizada proveniente de organizações contrárias às liberdades públicas ou de senso comum de associar os *direitos humanos* à proteção excessiva de sujeitos de atividades criminosas.

Uma manifestação até compreensível, principalmente, porque a maioria da sociedade pouco conhece dessas garantias, as quais existem constitucionalmente. Estas poderiam ser reclamadas como fundamentais e necessárias para a preservação do indivíduo social quando em situações de ameaça à sua integridade física, cultural e econômica. Aparece aqui outro fenômeno que em si está carregado de limitações, ou seja, a vítima não consegue reagir em sua defesa, pois seu alcance está bloqueado pela ignorância, condição econômica e pela manipulação ideológica de intervenção para inverter a importância dos *direitos humanos* para a proteção Humana, de que “só servem para os bandidos”<sup>14</sup>. É notório este uso absurdo dos *direitos humanos* como justificativa para desviar as causas da violência na sociedade capitalista; ou melhor, nesta esteira, o suposto criminoso<sup>15</sup> pode ter nos *direitos humanos* garantias à preservação do indivíduo social ou, permitindo que seja levado a julgamento por leis constituídas em processos históricos e, assim, garantindo o devido processo legal.

Isto ajuda a esconder a incapacidade de ação na dimensão completa das leis e garantias institucionais, bem como dificultar a criação de leis mais humanizadas para a proteção da integridade da pessoa humana. Ao mesmo tempo, certos movimentos sociais atuam no sentido de facilitar o acesso à justiça, porém esbarram na ignorância dos indivíduos sociais oprimidos.

## A marcha dos *direitos humanos* e as instituições brasileiras

Somente diante de grandes genocídios, terrorismo, guerras civis, escravismos, exploração do trabalhador e da criança e outros atos inqualificáveis é que a

---

<sup>14</sup> O desenvolvimento da capacidade cognitiva e a consequente aquisição de conhecimento filosófico e científico dão a coragem para o indivíduo social reagir. Sem o conhecimento ativo, suas respostas são preponderantemente emocionais ou subjetivas.

<sup>15</sup> O crime tem sua lógica econômica, social, cultural e biológica. Este é instituído conforme a sociedade, portanto, no tempo e espaço na história.

humanidade buscou resguardar-se das tiranias. No Brasil, em grau mínimo, estas garantias foram tardias. Com uma história de muita violência social, cultural e econômica, o Brasil desenha pactos de direitos bastantes lentos em relação ao que é mais elementar: os princípios do *direito natural*.

Vivenciamos, cotidianamente, uma violência generalizada em todas as dimensões, ou seja: a) culturais (ignorância de conhecimentos científicos e técnicos elementares para a vida); b) políticas (*elites*, oligarquias ou “donos do poder” massacram os poucos *germens* de democracia direta); c) econômicas (alta concentração e acumulação de riqueza entre os “donos do poder” marginalizando a maioria da sociedade); e d) social (onde o povo resiste motivado, somente, pelo instinto de sobrevivência).

Dos Instrumentos Internacionais e Interamericanos de *direitos humanos* ratificados pelo Brasil para a sua popularização cultural há uma grande jornada. Os movimentos sociais, que têm exclusivamente este objetivo, encontram muita dificuldade de ação porque enfrentam a ignorância, a falta de recursos econômicos e o medo daqueles que não suportariam a socialização dos direitos à maioria do povo, porque isto elevaria, sobremaneira, a capacidade da sociedade de se auto-organizar.

## Conclusão

A desigualdade social e a ignorância não parecem diminuir em nenhum lugar. Direta ou indiretamente afetam o cumprimento dos *direitos humanos*, seja por ser uma violência de natureza histórica ou por reduzir as possibilidades da maioria a ter acesso ao mínimo do patrimônio científico e técnico já alcançado para seu bem-estar.

Os governantes, no máximo timidamente, respondem às pressões das vítimas e dos defensores dos *direitos humanos*. Inúmeras dimensões poderiam ser abordadas pelos governantes, se não fosse sua opção pela politização dos *direitos humanos*. A educação poderia ser ativada convocando os laços guardiões com práticas de valorização da pessoa humana.

Não há dúvida que muito se avançou institucionalmente em termos de direitos e garantias com os pactos históricos, mas insuficientes, visto que muitas vidas já foram ceifadas.

\*

## Referências

- BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização*. Revista de Informação e Debates da Associação Juízes para a Democracia, Cotia (SP), n. 4, p. 172, 2001.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

# Direitos e garantias fundamentais: processo evolutivo, previsão e alcance no ordenamento jurídico

BEATRIZ TRIGO

*Administradora de Empresas e Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP. Especialista em Direito Civil e Processo Civil, mestranda em Sistema Constitucional e Garantia de Direitos, pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru. Professora de Direito Civil, História do Direito, Introdução ao Estudo do Direito, Prática Tributária e Direito do Consumidor, Coordenadora do Centro de Prática Jurídica e de Estágio e Monitoramento de aprendizado, da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.*

**Resumo:** O texto trata das modificações dos direitos e garantias fundamentais, adotando os principais elementos que compõem a Constituição Federal, analisados a partir da evolução histórica dos direitos humanos. Na perspectiva histórica, os direitos fundamentais passam a ser reconhecidos, de modo escrito, assim as declarações marcaram a limitação do poder absolutista dos monarcas, sendo marcos da evolução histórica dos direitos fundamentais. No século XIX, as declarações de direitos buscaram superar a primeira barreira, qual seja, instruir e proteger os direitos privados e políticos, para posteriormente consagrar os direitos econômicos, sociais e culturais. A humanidade evoluiu, ainda que lentamente, na busca da efetivação dos direitos fundamentais, considerando que ainda muito falta para o Estado do Bem-Estar Social.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Dimensões. Constituição. Estado.

**Abstract:** The text deals with the modifications of the rights and fundamental guarantees, adopting the main elements that composes the Federal Constitution, analyzed after a historical evolution of the human rights. In the historical perspective, the fundamental rights start to be recognized, in written way, thus the declarations had marked the limitation of the absolutist power of the monarchs, being landmarks of the historical evolution of the fundamental rights. In the 21st century, the bills of rights searched to surpass the first barrier, which are, to instruct and to protect the private laws and politicians, later to consecrate the economic laws, social and cultures. The humanity evolved slowly, despite, in the search of the fundamental rights, considering that still lacks for the State of the Social welfare.

**Keywords:** Fundamental Rights. Dimension. Constitution. State.

## Introdução

Na ordem global contemporânea, os padrões tradicionais de relacionamento entre Estado e sociedade são redefinidos por novas dinâmicas sociais. Nesse marco, as doutrinas e ideologias que no passado orientavam as relações desenvolvidas no âmbito do Estado-Nação hoje se mostram insuficientes para responder aos desafios impostos pelo aumento da pobreza, da desigualdade e da exclusão social que atingem distintas sociedades.

Nesse plano, assumem relevância as iniciativas de inclusão social que buscam formas de interlocução entre Estado e sociedade, instaurando políticas públicas voltadas a garantir os direitos humanos.

O século XX foi cenário de diversos tipos de manifestações políticas e registrou, desde conjunturas traumáticas, como as originadas em mobilizações pró-autoritárias, até as de caráter libertário, geradas por movimentos em defesa da paz, do meio ambiente, dos direitos humanos e da cidadania.

Esse mesmo cenário foi palco de mudanças profundas e aceleradas para combater a discriminação racial e as desigualdades sociais, estruturais e de gênero. Com a intensificação dos processos libertários e a luta contra a exclusão social, as minorias dirigiam-se da esfera privada ao espaço público para nele atuarem como sujeitos e agentes das transformações econômicas, políticas e socioculturais em diferentes sociedades.

Tais avanços, contudo, ainda são contidos por várias formas de discriminação que dificultam a promoção da igualdade estrutural, o fortalecimento da cidadania e a inclusão social.

Neste sentido, a questão proposta tem como objeto o estudo dos direitos e garantias fundamentais como princípio basilar inserido na Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988.

Com muita frequência ultimamente, as políticas públicas voltadas para a tutela de garantias constitucionais limitam-se à edição legislativa, sem uma preparação eficiente dos agentes envolvidos e principais beneficiários.

Os estudos sobre o tema encontram-se permeados por diferentes perspectivas teóricas e políticas, diferenças estas causadoras de acentuada polêmica. Portanto, refletir criticamente em torno dessa polêmica é indispensável para analisarmos os rumos das desigualdades estruturais na atualidade e, de alguma forma, contribuir para a mitigação dessa verdadeira chaga, que teima em continuar aberta, a despeito de mais de um século ter se passado após a “libertação”, que, aliás, teve origem legal.

## Os direitos fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais são limitações à atividade do Estado e destinados à proteção dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no Brasil.

Antes de adentrarmos propriamente no conceito de “Direitos Fundamentais” é necessário lembrar que há uma imprecisão na utilização do termo mais adequado. Diversos termos foram utilizados na construção doutrinária para representar os direitos fundamentais, como por exemplo: direitos humanos, direitos naturais, direito público subjetivo, liberdades públicas, direitos morais, direitos sociais, direitos individuais, direitos civis, direitos políticos, direitos do cidadão, direitos do homem, direitos humanos fundamentais, liberdades fundamentais.

De toda forma, em que pese todos os fundamentos para cada termo empregado aos direitos em estudo, o presente trabalho, segundo a posição doutrinária

majoritária, e tratando-se de um estudo baseado na evolução histórica, adotará a expressão “direitos fundamentais”.

Conforme previsão normativa, Direitos Fundamentais são aqueles direitos inerentes à própria condição humana, referindo-se a princípios que resumem a concepção do mundo, no nível de Direito Positivo, com prerrogativas e instituições que se concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Os direitos fundamentais não foram conquistados e reconhecidos de uma só vez, havendo uma luta pela sua efetivação, passando, assim, do individual ao coletivo e deste à categoria de direitos de solidariedade.

As lutas por reduções de desigualdades e injustiças da convivência humana remontam a datas longínquas, como se percebe nos estudos históricos universais.

Durante todo o processo de transformação do pensamento humano, desde o início da Idade Antiga, passando pela Idade Média até a Idade Moderna, mais especificamente pela Revolução Francesa de 1789, foram traçados os direitos fundamentais, que acabaram pensando pela falta de garantias no ordenamento jurídico, até porque suas considerações tracejavam muito mais o campo filosófico jusnaturalista.

Para José Martinez de Pisón, em seu livro *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*:

Entre la elaboración de una teoría sobre los derechos humanos y el surgimiento y la evolución del Estado de Derecho existe, sin lugar duda, un estrecho nexo. Pero, así como suele insistirse en que los derechos humanos son una pieza fundamental del correcto funcionamiento y de la legitimidad del Estado de Derecho, no siempre se reconoce la importancia de las libertades individuales en la construcción del segundo<sup>1</sup>.

Neste movimento do pensamento humano sobre os seus direitos, sobre o Estado e sobre o desenvolvimento das teorias jusnaturalistas, tivemos um lento processo de transição e de absorção de idéias sobre direitos fundamentais.

Na lição de Dimitri Dimoulis Leonardo Martins, em seu livro *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, há três elementos essenciais: o Estado, o indivíduo e o texto normativo regulador entre Estado e indivíduos, que se apresentam na segunda metade do século XVIII<sup>2</sup>.

O Estado, a que se refere Dimitri Dimoulis, vai além do aparelho de poder centralizador, mas um Estado relacionado com a política filosófica do século XVII, o Estado consolidado paralelamente ao regime Capitalista.

<sup>1</sup> PISÓN, José Martinez de. *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*. Madrid: Editorial Tecnos, 2001. p. 131.

<sup>2</sup> MARTINS, Dimitri Dimoulis Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.25.

Do ponto de vista da filosofia e da teoria política, o indivíduo não é mais considerado membro do coletivo. Ele passa a ser considerado autônomo, independente, ser moral a partir das constituições modernas, que possibilitaram ao indivíduo tornar-se um sujeito de direito. O texto normativo regulador entre Estado e indivíduos é, no sentido formal, exteriorizado pelas Constituições e pelos textos de Declarações de Direitos, que enunciam e garantem direitos fundamentais.

## **Evolução histórica dos direitos fundamentais**

Durante séculos a distinção entre Direito Natural e Direito Positivo sustentou-se no pensamento jurídico de que Direito Natural partia da idéia de imutabilidade e universalidade, distanciando-se da ideia da *razão* trazida pelo Direito Positivo, perspectiva oriunda da modificação das correntes filosóficas trazidas pelo Iluminismo; no campo econômico, do Liberalismo; no campo social, da ascensão da burguesia; impulsionada pelo modo de produção capitalista, a fonte de todo o Direito foi sendo gradualmente desenvolvida.

O surgimento histórico das Declarações de Direitos trouxe o reconhecimento dos direitos inerentes às pessoas, com a proteção do Homem perante o Estado, todavia, os direitos individuais não eram conferidos a todos os homens da mesma maneira. Como exemplo, o Código de Hammurabi, no século XVIII, a.C., que distinguia os homens em três classes sociais, atribuindo aos homens de cada classe social penas distintas.

Na Grécia do século V a.C., surgem estudos sobre a liberdade do homem, com a participação política dos “cidadãos”, conhecida como “democracia Ateniense”.

No Direito Romano, com a Lei das Doze Tábuas estabeleceu-se vedações ao Estado face aos direitos individuais, consagrando a propriedade privada, a liberdade e os direitos dos cidadãos romanos.

Foi na Idade Média, apesar da forte discriminação entre as classes sociais, que surgiram vários instrumentos jurídicos objetivando a limitação do poder, dentre os quais, a Carta de Libertação, outorgada por João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra, por imposição dos nobres e da Igreja, objetivando o fim do poder absoluto do rei; o *Habeas Corpus Act*, em 1679; e a Declaração de Direitos, em 1689, marcando a evolução das liberdades individuais do homem.

Na sequência, os direitos fundamentais passam a ser reconhecidos nos Estados Unidos, com a Declaração de Direitos de Virgínia, em 1776, com a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e com a Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787.

A consagração normativa dos direitos fundamentais na França se deu através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, com o advento da Revolução Francesa.

O início do século XX trouxe diplomas fortemente marcados pelas preocupações sociais, como a Constituição Mexicana, em 1917, a Constituição de Weimar, em 1919 e a Constituição Soviética, em 1918.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada em Paris, em 1948, constitui a mais importante conquista dos direitos humanos fundamentais em nível internacional, criada a partir das atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial.

Posteriormente, outros documentos foram aprovados, como, por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Assim, percebe-se que os direitos fundamentais buscam a proteção da vida e da liberdade. São as chamadas *liberdades negativas*, que caracterizam limites à atuação do Estado frente ao cidadão. Esses direitos foram previstos inicialmente com a Revolução Francesa de 1789, contendo 17 artigos que proclamavam os princípios da liberdade, igualdade formal, propriedade, legalidade e as garantias individuais liberais em uma concepção individualista.

Sob a mesma perspectiva surgem os direitos de proteção sociais, culturais e econômicos que se caracterizam pelo direito dos cidadãos exigirem uma prestação positiva do Estado para sua proteção. São as chamadas *liberdades positivas* dos cidadãos, provenientes principalmente das lutas das classes trabalhadoras, após a Revolução Industrial. Os direitos previdenciários e os direitos trabalhistas são exemplos das conquistas desses direitos.

Os direitos de solidariedade, vinculados ao desenvolvimento, à paz internacional, ao meio ambiente saudável, à comunicação, que constituem os direitos difusos, estão relacionados aos direitos de fraternidade. Em regra, não se destinam à proteção individual, mas sim à proteção de grupos, o que se afina com as necessidades das sociedades de massa, provenientes da urbanização das sociedades humanas.

A formação histórica dos direitos fundamentais é bastante complexa, já que foi traçado um panorama histórico de um tema que passou e ainda passa por diversas transformações, mudando de um pensamento de cunho filosófico para uma ideologia, podendo-se até designá-lo nos dias atuais de uma mera pretensão, tamanha a sua ineficácia.

## **Os direitos fundamentais e as chamadas “gerações”/dimensões dos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais foram classificados pela doutrina contemporânea por “gerações”, com a tentativa de demonstrar que a história é marcada por gradação.

A primeira geração foi marcada pelos direitos individuais e políticos, que consagram as liberdades individuais.

Os direitos culturais, sociais e econômicos foram os direitos fundamentais considerados de segunda geração, marcados pela abolição da propriedade privada e pelo tratamento diferenciado dos titulares do direito.

Os direitos considerados de terceira geração são os direitos coletivos, como da solidariedade, fraternidade, paz, patrimônio histórico e outros voltados à humanidade como um todo, relacionados com a proteção do meio ambiente, o desenvolvimento econômico e a defesa do consumidor.

A quarta geração de direitos pode ser traduzida como o resultado da globalização dos direitos fundamentais, são direitos relativos à manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia.

A quinta geração é representada pelos direitos advindos da realidade virtual, envolvendo a internacionalização da jurisdição constitucional em virtude do rompimento das fronteiras físicas.

Apesar de muito usada, a opção terminológica “gerações” causa problemas, visto que a palavra sugere substituição de uma geração por outra geração posterior, enquanto na realidade não existe nenhuma hierarquia ou sucessão entre os direitos fundamentais, devendo ser tratados como valores interdependentes e indivisíveis.

A evolução dos direitos fundamentais não seguiu a ordem cronológica liberdade, igualdade, fraternidade em todos os lugares ou situações históricas, ou seja, nem sempre foram reconhecidos os direitos de primeira geração para somente depois serem reconhecidos os de segunda e terceira. Dessa forma, a doutrina mais moderna vem defendendo a ideia de acumulação de direitos, preferindo, assim, a utilização da terminologia “dimensões”.

Bonavides ensina que as diversas dimensões dos direitos fundamentais correspondem a gerações de movimentos revolucionários: desde as revoluções liberais contra o absolutismo até as Constituições deste século. Cada dimensão dos direitos fundamentais traduz o resultado de reivindicações concretas decorridas por situações de violação ou ameaça a bens elementares do ser humano em um dado momento histórico<sup>3</sup>.

Dimitri Dimoulis Martins aponta que a tendência contemporânea distingue duas dimensões centrais dos direitos fundamentais, trata-se da função subjetiva e da função objetiva<sup>4</sup>.

A dimensão subjetiva tem conteúdo normativo, refere-se ao direito do titular de resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual.

A dimensão objetiva oferece três aspectos: em primeiro lugar o caráter de normas de competência negativa, assim “o que está sendo outorgado ao indivíduo em termos de liberdade para ação e em termos de livre-arbítrio, está sendo objetivamente retirado do Estado”<sup>5</sup>; em segundo lugar há o critério de interpretação e configuração

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>4</sup> Op. cit., p.116.

do direito infraconstitucional, que deve ser interpretado à luz do direito constitucional e, por fim, o terceiro aspecto trata-se do dever estatal de tutela dos direitos fundamentais.

## **Direitos fundamentais de primeira dimensão**

Os direitos considerados de primeira dimensão são aqueles de defesa da pessoa humana frente ao Estado, limitando o poder e indicando certa autonomia, informados pelos valores da liberdade e a segurança, da pessoa humana contra o Estado, também chamados de direitos de cunho negativo.

De acordo com as ideias revolucionárias do século XIX, a primeira dimensão é composta pelos direitos de liberdade, que correspondem aos direitos civis e políticos, sendo o indivíduo considerado titular do direito, ostentando uma subjetividade que é seu traço marcante.

## **Direitos fundamentais de segunda dimensão**

No decorrer da segunda metade do século XIX e início do século XX, passou a ser projetada a segunda dimensão dos direitos fundamentais, na qual foram questionados os direitos sociais, que originaram o despertar de uma consciência acerca da importância de salvaguardar o indivíduo e de proteger os Direitos Fundamentais.

Assim, a concepção de objetividade e de valores fez com que os princípios da igualdade e da liberdade tomassem um novo sentido, deixando de ser direitos individuais para assumirem uma dimensão coletiva: direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos.

## **Direitos fundamentais de terceira dimensão**

Os direitos de terceira dimensão ganham o caráter coletivo, de solidariedade, o que não estava presente nas duas dimensões anteriores, porquanto visam à proteção do direito ao desenvolvimento, à democracia, à paz, ao meio ambiente, à propriedade da humanidade, à comunicação, dentre outros.

## **Direitos fundamentais de quarta dimensão**

Em virtude do avanço tecnológico pode-se estipular uma quarta dimensão de direitos fundamentais, abrangendo o direito à democracia, ao pluralismo e à informação.

---

<sup>5</sup> Ibid., p. 119.

Como resultado da globalização dos direitos fundamentais, os direitos da quarta dimensão podem significar o futuro da cidadania e da liberdade de todos os povos.

## Os direitos fundamentais no Brasil

Todas as Constituições brasileiras, desde o início, registraram uma declaração dos direitos fundamentais.

Oportuna a afirmação de José Martínez de Pisón, em seu livro *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*:

La Constitución es la piedra angular del edificio jurídico-político del Estado constitucional de Derecho, en detrimento del tradicional papel de la ley. Esta nueva centralidad supone también importantes cambios en este edificio que afecta a las funciones del Estado y los poderes de la Administración, al sistema democrático mismo y a su legitimidad o al papel de los jueces, entre otros aspectos. Dicho de otra forma, tal y como hemos visto, conlleva también un reforzamiento de la democracia como democracia sustancial, un abandono, por tanto, de los modelos formales en favor de los materiales. Ahora bien, en buena medida, puede afirmarse que estos cambios derivan de la nueva posición de los derechos fundamentales en una Constitución que tiene fuerza vinculante, que senala los límites y los espacios de la legislación y de la actividad política<sup>6</sup>.

Na Constituição do Império, em 1824, havia a previsão dos direitos fundamentais com disposições em seu art. 179, com 35 incisos, dedicados aos direitos e garantias individuais, porém esta previsão passou a ficar comprometida com a criação do Poder Moderador, que não tinha limites para seus poderes.

Em 1891, a Constituição Republicana acresceu outros direitos como fundamentos importantes, tais como: direitos de reunião, de associação, a garantia do *habeas corpus* etc. O texto foi reproduzido nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967, ressaltando-se que a Constituição de 1934 acrescentou alguns direitos sociais e criou os institutos do mandado de segurança e da ação popular.

O art. 122 da Constituição Federal de 1937 trouxe um amplo rol de direitos e garantias individuais, assim como a vedação de penas perpétuas e a ampliação dos casos em que era possível a pena de morte.

A Constituição de 1946 dedicou-se aos direitos ligados à classe trabalhadora, trazendo um capítulo tratando da Declaração dos direitos à nacionalidade e à cidadania e outro aos direitos e garantias individuais.

A novidade trazida pela Constituição de 1967 foi o sigilo dos meios de comunicação e a ampliação dos direitos dos detentos.

Pode-se constatar que houve uma evolução dos direitos fundamentais do Homem, passando dos direitos individuais aos direitos sociais e coletivos, tendo

<sup>6</sup> Op. cit., p.164.

esses direitos consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde foram positivados tanto os direitos individuais quanto os difusos e coletivos, trazendo, também, diversos remédios constitucionais para garantir a eficácia desses direitos.

Esse diploma constitucional garante os Direitos Fundamentais Individuais, que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a independência dos indivíduos diante do Estado, assim como os Direitos Fundamentais Sociais, que reconhecem o direito dos cidadãos de terem uma atividade positiva do Estado, que deixou de ser mero garantidor da segurança, além da positivação de uma categoria de direitos que pertencem a toda a coletividade, sem ser de ninguém, particularmente, que são os direitos difusos, como o direito a um meio ambiente saudável.

## **Os direitos fundamentais e a Constituição federal de 1988**

Diante da sequência história apresentada até o momento, passaremos a mostrar o contexto jurídico atual, com base na Constituição Federal de 1988, que traz os Direitos Fundamentais classificados em Direitos Individuais (art. 5º); Direitos Coletivos (art. 5º); Direitos Sociais (arts. 6º e 193); Direitos à Nacionalidade (art. 12) e Direitos Políticos (arts. 14 a 17), elencando mais de cinquenta direitos fundamentais.

O grande número de direitos fundamentais e a sua dispersão na Constituição não devem servir para diminuir seu alcance interpretativo e nem excluir outros existentes implicitamente. Ao contrário, os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma extensiva, o que é necessário para a consolidação de sua inclusão social.

Quanto ao grau de efetividade destas normas fundamentais, convém invocar o entendimento de Dalmo de Abreu Dallari<sup>7</sup> quando afirma que, basicamente, no conjunto das situações e na realidade atual, pode-se dizer que os direitos fundamentais ainda não adquiriram existência real para grande número de brasileiros. A marginalização social imensa e a discriminação econômica e social está apoiada na própria Constituição.

## **Os direitos fundamentais previstos no direito internacional no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro**

Dispõe o § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal que: os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

---

<sup>7</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2002.

Assim, pode-se concluir que a norma abrange não apenas as garantias previstas na Constituição Federal, mas também reconhece direitos previstos em tratados internacionais, podendo os mesmos servir como base de controle de constitucionalidade. Dada a polêmica doutrinária a respeito da hierarquia normativa dos tratados internacionais, seguimos a posição de Flávia Piovesan, Cançado Tridade e Ingo Sarlet, de que este dispositivo garante hierarquia constitucional aos tratados de direitos Humanos.

No entanto, devem ser observados os seguintes requisitos:

- a) *origem contratual da norma de direitos humanos*: a norma abrange os tratados internacionais, ou mesmo acordos aprovados de forma semelhante, excluindo assim outras fontes do Direito, como costumes, princípios gerais e outros;
- b) *conformidade constitucional dos tratados internacionais*: o tratado não pode contrariar norma constitucional pétrea.

Além da Constituição Federal, o Estado brasileiro, a partir do processo de democratização, ratificou os principais tratados de proteção dos direitos humanos, passando, portanto, a se inserir no cenário de proteção internacional dos direitos humanos.

Conforme assegurou Dalmo de Abreu Dallari: O primeiro passo para se chegar à plena proteção dos direitos é informar e conscientizar as pessoas sobre a existência de seus direitos e a necessidade e possibilidade de defendê-los<sup>8</sup>.

É possível constatar que a evolução dos direitos humanos influencia o ordenamento jurídico e, principalmente, o Estado Democrático de Direito, pois eles são frutos de lutas cujas conquistas ainda não se solidificaram no tempo.

Muitos são os doutrinadores que tratam do assunto e muitos são os exemplos de documentos históricos de proteção de direitos humanos criados pelas sociedades mais recentes, embora as lutas contra desigualdades e opressão tenham existido desde os tempos mais remotos.

## Características dos direitos e garantias fundamentais

Segundo Alexandre de Moraes, os direitos fundamentais caracterizam-se pela universalidade, efetividade, concorrência, inalienabilidade, imprescritibilidade, interdependência, complementariedade, irrenunciabilidade e inviolabilidade em qualquer ordenamento jurídico<sup>9</sup>, no seguinte sentido:

- a) *interdependência*: as previsões constitucionais possuem intersecções para atingirem suas finalidades;

---

<sup>8</sup> Op. cit., p. 69.

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*: comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1997.

- b) *universalidade*: tem caráter universal porque destinam-se a todos os seres indiscriminadamente;
- c) *efetividade*: o Poder Público deve garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos;
- d) *concorrência*: eles podem ser exercidos cumulativamente;
- e) *inalienabilidade*: são direitos intransferíveis e inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial;
- f) *imprescritibilidade*: não há a perda do direito pelo decurso de tempo, ou seja, não perdem sua validade por prescrição;
- g) *irrenunciabilidade*: não se renuncia a direitos fundamentais – alguns podem até não ser exercidos, mas nunca renunciados;
- h) *inviolabilidade*: impossibilidade de desrespeito por determinação infraconstitucional e mesmo por emenda constitucional; e
- i) *complementaridade*: os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas como um todo (sistematicamente), com a finalidade de alcançar os objetivos previstos pelo legislador constituinte.

## Classificação positivista dos direitos fundamentais

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior classificam os direitos fundamentais por diversos enfoques, porém iremos nos ater apenas ao enfoque jurídico positivo<sup>10</sup>.

Com base na Constituição de 1988, os direitos fundamentais apenas estão classificados e divididos em direitos individuais (art. 5º), direitos coletivos (art. 5º), direitos sociais (arts. 6º e 193), direitos nacionalidade (art. 12) e direitos políticos (arts. 14 a 17).

A Constituição não inclui os direitos fundados nas relações econômicas, entre o rol de Direitos Fundamentais, mas eles existem e estão estabelecidos nos arts. 170 a 192.

O artigo 5º da Constituição menciona direitos e deveres individuais e coletivos. Entende-se por *direitos individuais* aqueles pertinentes ao particular, garantindo a independência dos indivíduos diante dos demais membros da sociedade e, principalmente, frente ao Estado e, por *direitos coletivos* aqueles que cabem ao indivíduo enquanto parte de um determinado conjunto, ou seja, enquanto ser social, parte integrante da sociedade.

---

<sup>10</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David.; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

## O princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituinte de 1988 deixou manifesto seu intento de conferir aos princípios fundamentais, entre eles o da dignidade da pessoa humana, a característica de normas-base e integradoras de toda ordem constitucional, incluindo a as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que, juntamente com os princípios fundamentais, designam o chamado núcleo essencial da nossa Constituição.

O dispositivo constitucional (art. 1º, inc. III, da CF) no qual está disposta a dignidade da pessoa humana não apenas uma norma, mas também um princípio e valor fundamental, sendo uma norma tanto enunciadora de direitos e garantias fundamentais como de deveres fundamentais.

Nesse sentido, Luiz Alberto David Araújo e Nunes Júnior destacam que “o intérprete deve retirar do Texto Constitucional os valores para sua tarefa. A dignidade da pessoa humana deve servir de farol para a busca da efetividade dos direitos constitucionais<sup>11</sup>.”

É oportuno afirmar que a dignidade preexiste ao Direito, sendo ela a exigência constitucional necessária à legitimação da ordem jurídica. Com o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana assegurados no sistema jurídico, pode-se dizer que o sistema é constitucionalmente legítimo.

Nesse sentido, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) dispõe, em outras palavras, que a Constituição só existe numa sociedade que reconhece e garante a dignidade da pessoa. Com efeito, a dignidade da pessoa humana o indicador de quão legítima substancialmente uma certa ordem jurídico-constitucional, uma vez que ela se refere aos próprios fundamentos e objetivos do poder estatal, em resumo, própria razão da existência desse poder.

Ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana seja o elemento informador dos demais direitos fundamentais, o grau de intensidade com que os demais direitos fundamentais vinculam-se a ele varia, de maneira que existem direitos fundamentais que são explicitações e outros que derivam diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, ainda que a dignidade da pessoa humana não seja o princípio informador de todos os demais direitos fundamentais, ele “*atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais*”, nas palavras de José Afonso de Silva, segundo o qual todos os direitos devem ser interpretados à luz do princípio da dignidade humana, pois embora nem todos os direitos fundamentais se configurem como explicitações da dignidade humana, todos contêm, em intensidades e graus diversos, algum conteúdo ou mesmo certa vinculação com a dignidade da pessoa humana<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Op. cit., p.109.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

O princípio da dignidade da pessoa, de um lado, estabelece limites à atuação do Estado, com o fim de impedir que a ordem estatal possa contrariar a dignidade pessoal. De outro lado, é necessário que se reconheça, proteja e promova efetivamente uma vida digna para todas as pessoas.

## Conclusão

O presente estudo trouxe uma síntese histórica, uma abordagem das dimensões dos direitos fundamentais e sua evolução no Direito Brasileiro.

Todo este processo de mudança mostra que a sociedade e o Estado, apesar de, na maioria das vezes, serem motivados por intenções eminentemente mesquinhas e em busca essencialmente do poder, foram também alicerçados por nobres causas sociais.

O papel do Homem na sociedade passou por diversas transformações na busca de garantir o bem-estar social, porém, a mera positivação dos direitos humanos/fundamentais em diversos planos (nacional e internacional) não é o bastante para garanti-los: é necessário buscar mecanismos que os tornem efetivos.

Todavia, as atuais avaliações substantivas a respeito dos procedimentos, alcances, resultados e impactos dos diversos planos de ação voltados para os direitos fundamentais ainda não são suficientes.

Ao tratarmos da classificação dos direitos fundamentais, podemos verificar que, independentemente da classificação adotada, estamos muito mais diante de um problema ético-moral de efetivação dos direitos fundamentais do que uma questão terminológica. Assim, os direitos fundamentais devem ser tratados como um conjunto, como valores interdependentes e indivisíveis.

Em que pese a existência de uma evolução histórica, ou mesmo uma legislação ampla que fortaleça os direitos fundamentais e que assegure garantias aos mesmos, isto tem sido insuficiente para reverter o quadro de desigualdades existentes, sendo necessárias políticas públicas efetivas que garantam a efetividade (eficácia social) dos direitos fundamentais – ou seja, que eles sejam garantidos na prática, no mundo do *ser* e, não apenas no mundo do *dever-ser*.

Finalmente, esperamos que os direitos fundamentais não tenham parado no tempo, pois a sociedade ainda anseia por diversas mudanças, principalmente, quanto ao papel do Estado em não apenas garantir os direitos através de seus ordenamentos jurídicos, mas também de torná-los efetivos para a consagração dos ideais modernos de uma sociedade mais justa e igualitária.

\*

## Referências

- ARAUJO, Luiz Alberto David.; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2002.
- MARTINS, Dimitri Dimoulis Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997.
- PISÓN, José Martinez de. *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

## Bibliografia consultada

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ÁVILA, Marcelo Roque Anderson Maciel. *A garantia dos direitos fundamentais frente às emendas constitucionais*. Rio de Janeiro: Destaque, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>> . Acesso em: 20 nov. 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. *História constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002.
- BORGES, Rosângela Mara Sartori. Princípio da dignidade da pessoa humana: instrumento da não-discriminação. In: FACHIN, Zulmar (Org.). *Direitos fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008.
- CAVALCANTI, Vanuza; BECKER, Antonio. *Constituições Brasileiras de 1824 a 1988*. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004.
- CORRER, Rinaldo. *Deficiência e inclusão social: construindo uma nova comunidade*. Bauru: EDUSC, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DANIEL, Roberto Francisco; FERREIRA, João Gabriel Lemos. A ética do Estado e a pessoa portadora de deficiência: escolhas de políticas públicas. In: ARAUJO, Luiz Alberto David; RAGAZZI, José Luiz (Coord.). *A proteção da pessoa portadora de deficiência: um instrumento de cidadania*. Bauru: EDITE, 2006.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

- GOBBI, Carlos Augusto. *Garantia constitucional a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) Centro de Pós-Graduação, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, 2007.
- HORTA, Raul M. *Direito constitucional*. 2. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- LEITE, Celso Barroso. *A proteção social no Brasil*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito e filosofia política: a justiça possível*. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. São Paulo: Quartier do Brasil, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MONTEIRO, Pedro Márcio de Góes. *Princípios previdenciários à luz da dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Brasileiro*. 2001. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Bauru, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, 2001.
- OLIVEIRA, Marcos Alcyr Brito de. *Cidadania plena*. São Paulo: Alfa-Omega, 2005.
- PERROT, Michelle. *Os excluídos da história*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- PICCIRILO, Miguel Belinati. A dignidade da pessoa humana e a inclusão da pessoa com deficiência. In: FACHIN, Zulmar (Org.). *Direitos fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- ROBLES, Gregório. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SCARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SOUZA, André Barbieri. A necessária reinvenção da cidadania: uma fundamental construção social. In: FACHIN, Zulmar (Org.). *Direitos fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008.
- WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2000.

# Estudo dos programas assistenciais prestados à população catanduvense<sup>1</sup>

**CRISTIANE MIZIARA MUSSI**

*Doutora em Direito Previdenciário - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais, subárea de Direito Previdenciário - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito do Consumidor - Centro Universitário de Rio Preto. Coordenadora e Professora do Curso de Direito do Centro Universitário de Rio Preto. Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino. Advogada.*

**Resumo:** O objetivo do presente estudo é demonstrar elementos para que se possa compreender a assistência social, inserindo-a no contexto fático que se apresenta na cidade de Catanduva, interior do Estado de São Paulo. A importância do tema se justifica face à notada dificuldade enfrentada pelos estudantes e profissionais do Direito em relação à efetiva aplicação da assistência social na prática, preparando-os de antemão para o mercado de trabalho. Desta forma, é feita uma análise geral da assistência social e, especificamente, das ações assistenciais realizadas no município de Catanduva com o intuito de observar como o mesmo realiza a proteção à vida, à maternidade, à infância, à adolescência e ao portador de deficiência. Como procedimentos metodológicos foram realizadas pesquisas teóricas, bem como pesquisa de campo.

**Palavras-chave:** Assistência social. Direito. Catanduva.

**Abstract:** The aim of this study is to show evidence that we can understand the Social Security, putting it into the factual context that presents the city of Catanduva, in the State of Sao Paulo, Brazil. The importance of the topic is justified by the perceived difficulty faced by students and practitioners of law in relation to the effective implementation of Social Welfare in practice, preparing them in advance for the labor market. Thus, there is a general analysis of social assistance and specifically of the care activities in the City of Catanduva in order to observe how it performs the protection of life, motherhood, childhood, adolescence and the handicapped. The methodological procedures were carried out theoretical research and field research.

**Keywords:** Social security. Law. Catanduva.

## Introdução

O Brasil é regido por uma orientação democrática. Volta-se, assim, para o equacionamento e reajustamento das políticas sociais. Tanto é, que sua atual Carta Constitucional destaca inúmeros direitos sociais no artigo 6.º, sistematizando, em seus fundamentos (artigo 1.º, Constituição Federal de 1988), o princípio da dignidade da pessoa humana como direito inerente à vida.

A análise socioeconômica do país traz a certeza de que uma grande percentagem da população vive abaixo da linha da pobreza, sobrecarregando dia-a-dia uma sociedade que já vive com maciços problemas sociais.

---

<sup>1</sup> Este artigo é resultado da pesquisa em nível de iniciação científica desenvolvida pelo Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP, Brasil, na qual participaram as alunas de graduação Maria Solange Borghi Affonso e Renata Moreira Catanho.

Neste diapasão, crises econômicas e desastres sociais fazem, infelizmente, parte deste país de miséria. Sendo assim, verifica-se uma grande necessidade de se criar ferramentas para uma ação Estatal positiva, com o intuito de prevenção e repressão da miserabilidade social.

Sob esta perspectiva, a assistência social traz a ideia de prevenção, amparo e resguardo de direitos constitucionais previstos. Com isso, é formada uma imensa rede protetiva, em que a necessidade de redução da miserabilidade traz a tona uma articulação de grandes projetos sociais.

É diante de todo este contexto que a assistência social torna-se símbolo da justiça, da igualdade, da liberdade e da fraternidade. Isto ocorre porque cria-se por meio dela, um país em que o homem é visto como ser humano que necessita viver dignamente.

Neste contexto, insere-se a importância de se realizar um estudo das ações perpetradas pela assistência social, por intermédio da qual estar-se-á conhecendo a realidade socioeconômica das diversas regiões do país. A partir daí, poderão ser instituídos programas assistenciais para cuidar das necessidades públicas.

Delimitando o tema em questão, o presente estudo visa analisar, especificamente, os programas assistenciais prestados à população catanduvense.

Desta forma, é feita uma análise das ações assistenciais desenvolvidas na cidade de Catanduva, interior de São Paulo, com o intuito de observar como o município realiza a proteção à saúde, à vida, à maternidade, à infância, à adolescência e ao portador de deficiência.

Portanto, este trabalho terá como objetivo principal a análise da assistência social no município de Catanduva como fonte criadora de uma rede de proteção, na qual se combate a miséria da sociedade.

## **Assistência social: noções gerais**

A assistência social surgiu, num primeiro momento, com o intuito de prática caridosa. Neste sentido, o bem-estar do ser humano restava protegido a partir de sentimentos solidários e humanitários de terceiros que se envolviam nesta questão social.

Num segundo momento, a partir de 1601, com a Lei dos Pobres (Rainha Elizabeth, na Inglaterra) o assistencialismo passou a ter respaldo Estatal. Neste diapasão, o Estado passa a tomar para si a responsabilidade pela proteção e bem-estar social. As necessidades sociais tornam-se uma questão de ordem pública; o mínimo vital evidencia-se como uma urgência na sociedade.

Diante disso, foi criada uma política pública em que, mesmo não havendo o pagamento de contribuição, ter-se-ia o assistencialismo como sendo devido.

No Brasil, não foi diferente. Tanto é que seguindo esse modelo que passou a ser construído a partir de 1601, a Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988 inseriu a assistência social nos artigos 203 e 204 como medida preventiva e protetora da sociedade.

Neste passo, destaca-se que são integradas as ações da União, dos Estados, dos municípios, do Distrito Federal e da sociedade em prol do bem-estar e da justiça sociais. Para tanto, a assistência social deve enquadrar-se como prioridade social, pelo caráter humanitário e essencialista que traz.

Como preleciona Maria Carmelita Yasbek:

Historicamente, a assistência social pública é o mais importante mecanismo pelo qual são estendidos aos segmentos mais pauperizados de uma classe serviços e recursos como creches, programas de profissionalização, programas de geração de renda, de moradia, de atendimento a direitos da criança, do adolescente, da maternidade, do idoso, do portador de deficiência, do homem de rua e de muitos outros. Trata-se de um conjunto de ações extremamente diversificadas que têm como alvo prioritário a situação de espoliação e segmento também diversificado e cada vez maior das classes subalternas<sup>2</sup>.

Como se verifica, falar em assistência social é tratar do próprio direito subjetivo do indivíduo carente de suas condições mínimas de vida; é falar em dignidade e respeito aos ditames previamente estabelecidos pela Carta Constitucional de 1988.

Desta forma, resta à assistência social zelar para que suas prerrogativas básicas sejam efetivamente cumpridas. Ao indivíduo, deve ser dada a garantia de viver sem dispor de seus direitos fundamentais elencados no artigo 5.º da Carta Constitucional de 1988.

Diante dessas necessidades sociais latentes, a assistência social tem, paulatinamente, ampliado seu espaço na sociedade cidadã. Para tanto, tem adequado espaços, construído estratégias, implementado sugestões para a mobilização política, econômica e social com o intuito de integrar à sociedade uma população marginalizada que espera, dia-a-dia, pela concretização dos direitos sociais disciplinados no artigo 6.º da Carta Magna de 1988.

Hodiernamente, temos no Brasil uma porcentagem majoritária da população que vive em condições subumanas, ou seja, abaixo da linha da pobreza, o que acarreta inúmeros problemas sociais.

Sob este enfoque, verifica-se uma instabilidade financeira em que o desemprego e a situação de miserabilidade ficam agravadas.

---

<sup>2</sup> YASBEK, Maria Carmelita. *Classes subalternas e assistência social*. São Paulo: Cortez, 1993. p. 55.

É neste contexto que deve ser estudada a assistência social, visto que a pobreza contrapõe-se ao desejo de felicidade, em que o homem deseja o mínimo de dignidade.

## Sistema de seguridade social

Em 1988, por intermédio de uma Assembléia Constituinte, o Brasil promulgou uma nova Carta Política, a qual ampliou o rol de direitos e garantias fundamentais, organizando, inclusive, no Título VIII, a “Ordem Social”, Capítulos I e II, incluindo a seguridade social como seu componente.

A Constituição da República de 1988 disciplinou o sistema de seguridade social no Brasil, estipulando as diretrizes fundamentais para a organização do sistema. Neste sentido, o artigo 194 da Constituição da República, dispõe no seu *caput* que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

A finalidade Constitucional foi a de garantir proteção àqueles que até então estavam socialmente excluídos.

Por previdência social deve-se entender o seguro coletivo, ao qual estão obrigados todos aqueles que desenvolvem atividade laborativa remunerada. A previsão consta do artigo 201 da Constituição Federal de 1988.

Com relação à saúde, componente do sistema de seguridade social, sobreleva referir que independe de contribuição direta, sendo direito de todos e dever do Estado nos termos do artigo 196 da Carta Constitucional de 1988.

Em remate de raciocínio, a assistência social, como terceiro componente da seguridade social, é prestada àquele que necessitar independentemente de contribuição direta (art. 203, Constituição Federal de 1988). Neste caso, o Estado, com o fim de proporcionar bem-estar e justiça sociais, deve assegurar o pleno acesso aos serviços por ele prestados e, por consequência, vida digna à população, amparando aqueles que se encontram em situação de miserabilidade, dando-lhes tratamento protetivo para não agravar a marginalização sofrida por essas pessoas. Conforme já afirmamos:

Quer o sistema de seguridade social, com isso, abarcar todas as pessoas que necessitem de amparo, mas que não têm capacidade de contribuir para tal sistema nem se enquadram no rol de segurados obrigatórios da previdência social<sup>3</sup>.

Verifica-se, dessa forma, que a Carta Política de 1988 trouxe uma nova roupagem para a Previdência Social, transformando-a no Sistema de Seguridade Social, além de ter ampliado seu campo de atuação, com o fito de amparar a todos e,

<sup>3</sup> BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito previdenciário*. 6. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 21.

principalmente, os mais pobres e desprotegidos, por intermédio da saúde e assistência social.

Tem-se, destarte, que sem esse sistema modelador dos problemas sociais, os Estados ficariam desprotegidos e, por consequência, a população. Sendo assim, a Carta Magna trouxe o que chamamos de Constituição Cidadã, como uma tentativa exacerbada de combate à marginalização social.

## **Assistência social no século XXI**

A sociedade sofre constantemente profundas modificações socioeconômico-culturais. A par disso, a assistência social procura adequar seus programas às novas contingências sociais que vão surgindo.

No século em que vivemos, o homem é visto como um ser que tem como direito nuclear o respeito ao princípio da dignidade humana.

Neste passo, a assistência social resguarda e amplia a expectativa de vida saudável; as possibilidades de emprego do cidadão excluído; o respeito ao idoso e ao deficiente; o resguardo aos direitos da criança e do adolescente.

Por isso, a assistência social no século XXI não possui mais o caráter eminentemente caridoso que outrora se averiguou. Ao revés, a assistência social é um direito de vida. E mais: de vida digna. Não se trata mais de uma simples ajuda social, mas de uma ação Estatal que chama a sociedade a colaborar. É um direito do homem irrenunciável, imprescritível; inalienável; é um direito que protege toda a sociedade.

Diante disso, a tendência que se verifica nos tempos atuais é a de priorizar o bem-estar e a justiça sociais, estampados no artigo 193 da Carta Constitucional de 1988.

Para tanto, tornam-se necessárias algumas medidas por parte do Estado, tais como: equacionamento das necessidades vitais; racionalização dos gastos; inserção de programas sociais tendentes à proteção do nascimento à morte do excluído; sistematização das legislações vigentes, em prol do bem social.

Com isso, ter-se-á a assistência social construindo, dia-a-dia, uma cidadania destruída pela fome, medo e idade avançada.

Desta forma, observa-se que a assistência social é uma medida pública com o intuito único de desenvolvimento social.

É a garantia do hoje, para o resguardo do amanhã.

## **A assistência social como rede de proteção social**

Na atualidade, verifica-se que as redes de proteção social têm sido mecanismos de efetivo combate à pobreza. Desta forma, tais redes mostram-se vitais para amparar

a idade avançada, o desemprego e a fome. De igual modo, apresentam-se como construtoras de uma vida mais digna à criança e ao adolescente.

Sendo assim, as redes de proteção social atuam como alicerce para o enfrentamento dos riscos sociais.

Sob esta perspectiva, a assistência social vem formar uma extensa rede de proteção social, estipulando políticas de intervenção públicas para ajudar indivíduos, famílias e comunidades a melhor lidar com os riscos e a proporcionar apoio para aqueles que se encontram em situação crítica de pobreza.

Nesta esfera, verifica-se o importante papel social que desempenha o Estado: questões relevantes merecem cuidado e respaldo Estatal.

Na extensão de sua aplicabilidade, a assistência social traz efetivas medidas sócio-econômicas de inclusão social dos excluídos, estruturando-as em uma verdadeira rede protetiva.

Falar em assistência social é tratar de um panorama em que a supremacia do interesse público prepondera diante do particular.

Uma adequada rede de proteção social pressupõe: o estabelecimento de uma igualdade real; a ajuda comunitária em prol do bem-estar social; agentes governamentais que criem regras específicas para a efetiva aplicação dos programas sociais; verbas públicas previamente equacionadas no orçamento anual da União, dos Estados e dos municípios; políticas de conscientização tanto para os excluídos, como para os incluídos; conjunto de ações cidadãs que irão amparar, educar e prevenir as populações carentes contra possíveis infortúnios; intervenção do Estado para a aplicação e ampliação de políticas públicas; implementação de novos parâmetros para a alocação de recursos; e expansão e multiplicação dos mecanismos participativos do Estado e da sociedade.

Há que se observar que as principais formas de Assistência Pública para enfrentamento dos riscos são não só financeiras, como também sociais. Neste sentido, a assistência social transfere à população carente não só bens de emergência (alimentação, vestuário etc), como também educação e amparo vislumbrando a inserção social.

Segue, assim, que a Assistência Pública transforma a precária realidade social em que vivemos em uma realidade em que a dignidade humana está presente na participação dos atores sociais. O homem adquire respeito enquanto cidadão.

Destarte, são incontestes que as medidas assistenciais possuem um caráter vinculado à dignidade. Neste contexto, a assistência social traz estratégias de proteção social, com a redistribuição de riquezas, manejo dos riscos sociais, orientação à população carente e, enfim, políticas públicas de inclusão social.

Há que se lembrar, ainda, que os Direitos Humanos estarão alicerçando toda a atuação Estatal. Isto significa dizer, que o homem tem direitos mundialmente reconhecidos que merecem destaque e proteção.

Nesse contexto, a assistência social realiza atividades em diversos níveis de atuação: federal, estadual, distrital e municipal.

A multiplicidade de programas assistenciais se estende por todo o país. Dentre os principais programas assistenciais nacionais destacam-se os Programas de Proteção Social Básica; os Programas de Proteção Social Especial; o Bolsa Família; o Benefício de Prestação Continuada; o Programa Pró-Jovem e o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI).

No que tange especificamente ao Estado de São Paulo são desenvolvidos alguns programas de assistência social, tais como a Proteção Social Básica; a Proteção Social Especial; a Renda Cidadã; a Ação Jovem; a Virada Social e a Futuridade.

## **A assistência social prestada no município de Catanduva: inclusão social**

Como se infere, as políticas utilizadas pela assistência social voltam-se à inclusão social dos excluídos.

Parte-se do pressuposto de que todo homem é igual em direitos e obrigações, merecendo respeito e respaldo social a ser garantido pelo Estado e pela sociedade como um todo.

Neste passo, inúmeras medidas têm sido utilizadas para que a assistência pública alcance seus objetivos constitucionais exteriorizados. Para tanto, uma rede protetiva é formada e, dia-a-dia, é aperfeiçoada.

O município de Catanduva propõe, conforme pesquisa de campo realizada durante o ano calendário de 2008, sugestões para o equacionamento e afunilamento dos problemas sociais. Nesse sentido, o município de Catanduva mostra-se em constante criação de novos programas, a partir da ampliação de recursos vertidos para a assistência social. São efetuadas parcerias, integrações e projetos, com o intuito de enfrentamento da pobreza, com a conseqüente integração social.

Em sua organização, a Secretaria de Assistência Social (SEMAS) estuda as necessidades sociais, conforme a região referida, bem como com relação à idade e à possibilidade de escolarização da sociedade, proporcionando frentes de trabalho e inserção de crianças, adolescentes e, conforme o caso, de adultos na rede escolar pública.

As políticas setoriais (saúde, educação, alimentação, habitação, saneamento, cultura, previdência social, trabalho etc) são adequadas também à realidade sócio-econômica da população diretamente envolvida, criando-lhe meios adequados e eficientes de inserção desta na sociedade.

De tal modo, se tem intensificado a qualidade dos serviços prestados aos necessitados, concedendo os benefícios necessários e assegurando a redução da pobreza

e da marginalização, formando estratégias de proteção social com intuito de redução da probabilidade de eventos adversos, amenizando o impacto das situações catastróficas para os pobres e estimulando o crescimento econômico.

Assim sendo, especificamente com relação ao município de Catanduva-SP, pudemos verificar que a inclusão social por meio dos programas assistenciais cumpre as metas esperadas pela Carta Constitucional de 1988.

Nesta seara, encontramos um complexo social de integração, para atendimento emergencial aos necessitados. Operam-se, aqui, ações desenvolvidas pela Secretaria de Assistência Social; Fundo Social de Solidariedade; Conselho Tutelar; Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente; Conselho Municipal de Assistência Social; Conselho do Idoso; Banco de Alimentos e Vaca Mecânica.

Em visita realizada no mês de maio de 2008 à Secretaria de Assistência Social (SEMAS) pudemos verificar o conjunto de programas assistenciais prestados à população catanduvense, como veremos a seguir.

## **Programas assistenciais prestados à população catanduvense**

### **a) Programa Trabalho Certo**

É indubitável a importância deste programa que protege 230 (duzentos e trinta) catanduvenses em situação de exclusão social, face à temporária situação de desemprego.

O programa em análise garante aos participantes o recebimento de uma cesta básica e de um salário mínimo.

Cuidadosamente observado, o programa realiza a específica inclusão social, vez que além de garantir temporariamente o sustento dos seus assistidos, os capacita e os orienta para a sua recolocação no mercado de trabalho.

### **b) Horta de Hidroponia**

O programa Horta de Hidroponia atende 25 (vinte e cinco) pessoas, tendo como intuito a complementação da renda familiar, com a venda de verduras e legumes produzidos.

### **c) Projeto Luxo do Lixo**

No complexo de programas assistenciais prestados à população catanduvense, o projeto luxo do lixo mostra-se importante projeto na inclusão social, bem como o respeito ao meio ambiente. Este programa conta com a Associação dos Catadores de papel, papelão e materiais recicláveis, envolvendo 32 (trinta e duas) pessoas (mulheres na sua maioria). Tais pessoas recebem uma cesta básica por mês, além de todo apoio técnico na reciclagem de produtos.

#### **d) Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI)**

Também em apoio aos ideais constitucionais pretendidos pela assistência social, o programa de erradicação do trabalho infantil conta com 160 (cento e sessenta) crianças e adolescentes com idade entre 7 a 14 anos.

O programa combate a exploração do trabalho infantil, garantindo às crianças e adolescentes integrantes do projeto a realização de atividades sócio-educativas.

#### **e) Centro de Referência de Assistência Social (CRAS)**

O Centro de Referência de Assistência Social, conhecido como CRAS, visa a prevenção de possíveis riscos sociais, ou seja, riscos que podem acarretar danos futuros e incertos a toda a sociedade.

Neste cenário, há o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. São realizados cadastros de famílias, atendimentos e visitas domiciliares à parcela vulnerável da sociedade, com o objetivo de inseri-las no contexto social dignamente.

#### **f) Projeto Conviver e Ensinar**

Como motivação à inclusão de pessoas acima de 50 (cinquenta) anos no mercado de trabalho, o projeto conviver e ensinar realiza cursos profissionalizantes voltados para pessoas nesta faixa etária, visando acabar com o paradigma de restrição dos postos de trabalho a pessoas com idade considerada mais avançada conforme as perspectivas do mercado de trabalho.

Este projeto atende 196 (cento e noventa e seis) famílias carentes no município de Catanduva.

#### **g) Programa Migrante, Itinerante e Morador de Rua**

A composição lógica desse programa nos demonstra a real preocupação com o morador de rua. A Casa do Migrante oferece atendimento emergencial a pessoas que não têm um lar referencial.

Neste programa são realizadas ações sócio-educativas, oficinas profissionalizantes, cursos de capacitação, serviços terapêuticos e encaminhamento dos participantes aos projetos sociais.

#### **h) Projeto Costurando Arte**

Em vista da realidade brasileira, há a necessidade emergente de se criar meios para a profissionalização das pessoas que estão excluídas do mercado de trabalho. Por isso, o projeto costurando arte acaba disponibilizando à camada carente da população cursos de costura industrial, possibilitando ao indivíduo mais uma forma de integração no mercado de trabalho.

### **i) Programa Bom Dia Trabalhador**

Expressamente calcado na necessidade de boa alimentação do trabalhador, o programa bom dia trabalhador oferece diariamente café-da-manhã, composto por pão com manteiga e leite de soja, aos trabalhadores rurais.

### **j) Vaca Mecânica**

Uma forma do município de Catanduva concretizar os ideais de bem estar e justiça sociais, diz respeito ao programa social denominado “Vaca Mecânica”. Este programa produz 150 (cento e cinquenta) litros de leite de soja por hora, o que equivale a 21 mil saquinhos de leite por semana.

São beneficiários deste programa a população carente, as escolas da rede municipal, as pessoas com intolerância à lactose, os trabalhadores rurais, bem como os servidores municipais.

### **k) Projeto Liberdade Assistida**

O Projeto Liberdade Assistida cuida de menores infratores, avaliando a frequência e aproveitamento escolar dos mesmos, capacitando-os profissionalmente por meio da realização de cursos específicos voltados a esses adolescentes. A importância do programa é excepcional, porque representa uma maneira adequada e eficiente de inserção de adolescentes infratores em projetos sociais.

### **l) Banco de Alimentos**

Há forte entrelaçamento entre a boa alimentação e o bom desenvolvimento profissional. Pensando nisso, o programa que institui o Banco de Alimentos garante a 200 (duzentas) famílias hipossuficientes acesso a alimentos perecíveis e não perecíveis.

### **m) Programa Renda Cidadã**

As causas sociais inspiradoras do Programa Renda Cidadã encontram-se na necessidade de auxílio às famílias de baixa renda não só financeiramente, como também socialmente. Neste programa, 180 (cento e oitenta) famílias de baixa renda são amparadas com a complementação da renda no importe de R\$ 60,00 (sessenta reais), e com a participação em cursos profissionalizantes que possibilitem a essas famílias maior geração de renda. São desenvolvidos cursos como pintura em tecido, crochê, macramê, bordados e tricô.

### **n) Programa Ação Jovem**

Vale anotar ainda o Programa Ação Jovem desenvolvido no município de Catanduva. Neste programa, 240 (duzentos e quarenta) jovens, entre 15 e 24 anos são amparados com um auxílio financeiro no importe de R\$ 60,00 (sessenta reais),

condicionados ao retorno ou permanência na escola ou ingresso em curso profissionalizante.

## **Viabilidade dos programas prestados à população catanduvense**

Diante dos programas assistenciais supra, resta-nos afirmar que a aplicabilidade dos mesmos só é possível porque o município de Catanduva prioriza a descentralização do sistema e a participação do Estado e da Sociedade para a concretização da política pública de redução das desigualdades sociais, bem como do diagnóstico socioeconômico do município em que se pretende estabelecer políticas públicas de assistência social.

Da pesquisa de campo realizada, nota-se claramente que os programas assistenciais da população catanduvense são desenvolvidos com supervisão, acompanhamento e avaliação sistematizada das ações assistenciais implantadas.

## **Conclusões**

Como foi observado ao longo deste trabalho, a assistência social adquire uma importância cada vez maior neste país de miséria e conseqüente exclusão. Sua política está envolta de questões sociais que têm preocupado todas as camadas da população.

Algumas medidas governamentais precisam ser tomadas com o intuito de projetar-se uma rede para a inclusão social dos excluídos, ajudando as famílias a uma reintegração social e econômica.

A partir deste objetivo, destacado neste estudo, tem-se que os mecanismos de proteção social merecem um maior respaldo, já que, diante de uma crise econômica, o Estado imediatamente retalha os programas de gastos sociais para ajudar a equilibrar o orçamento. Ora, tal medida acarreta um afunilamento da esperança dos cidadãos mais vulneráveis da sociedade, o que acaba por concretizar um maior desequilíbrio social.

Desta forma, tornam-se evidentemente necessárias redes de proteção social bem administradas e direcionadas, evitando-se, assim, que haja um aumento da percentagem dos destituídos de proteção.

É importante que todos os indivíduos tenham direito de participar da vida cultural da sociedade, do processo científico e suas aplicações, do meio ambiente saudável, do lazer, do esporte, dispondo, para tanto, de condições mínimas de sobrevivência. Isso implica em afirmar que a assistência social procura não só garantir a alimentação do indivíduo carente, como também proporcionar os direitos sociais garantidos na Constituição da República.

Trata-se, por certo, de toda uma estrutura que deve amoldar-se às contingências populacionais. Esta estrutura está previamente traçada na Carta Constitucional de

5 de outubro de 1988, por meio da instituição do Sistema de Seguridade Social. E a assistência social vem justamente garantir a sobrevivência desse sistema considerado erroneamente, por muitos, falido.

Como se observa, a assistência social garante a manutenção do sistema protetivo constitucionalmente consagrado, por meio da implantação de uma rede com finalidade última de diminuir a miséria que assola o país.

No município de Catanduva, situado no interior do Estado de São Paulo, são encontrados programas assistenciais que não se limitam a entregar determinada soma de dinheiro ao cidadão carente, mas também em disponibilizar meios de reintegrá-lo no mercado de trabalho, realizando um processo profissionalizante como forma de inclusão social.

Dáí concluir-se que sua composição é lógica conforme os ditames constitucionais, garantindo de forma sistematizada melhores condições de vida à parcela reconhecidamente vulnerável do município em análise.

\*

## Referências

- BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito previdenciário*. 6. ed. São Paulo: Método, 2009.
- YASBEK, Maria Carmelita. *Classes subalternas e assistência social*. São Paulo: Cortez, 1993.

## Bibliografia consultada

- ALBERGARIA, Jason. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- ASSIS, Jorge César de. *As dúvidas sobre o estatuto da criança e do adolescente*. Curitiba: Juruá, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CARVALHO, Maria do Carmo Brant de et al. *Serviços de proteção social às famílias*. São Paulo: IEE/PUC-SP; Brasília: Secretaria de assistência social/MPAS, 1998.
- CARVALHO, Maria do Carmo Brant de; PRUDENTE, Cynthia Losso (Coord.). *Uma nova concepção de proteção às pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: IEE/PUC-SP; Brasília: Secretaria de assistência social/MPAS, 1997.
- CARVALHO, Jeferson Moreira de. *Estatuto da criança e do adolescente: manual funcional - doutrina, jurisprudência, legislação, formulários, esquemas*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transsexualidade, transplantes*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Rev. Tribunais, 1994.
- COIMBRA, Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.
- COVRE, Maria de Lourdes M. (Org.). *A cidadania que não temos*. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_; AMARAL, Antônio Fernando do; MENDEZ, Silva Emílio Garcia (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2000.
- LANCETTI, Antonio (Coord.). *Assistência social e cidadania*. São Paulo: Hucitec, 1996.
- MUSSI, Cristiane Miziara. A assistência social construindo a cidadania. *Rev. Direito Social*, Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 42-74, jan./mar. 2003.
- \_\_\_\_\_. A assistência social no Brasil e o princípio da seletividade e distributividade das prestações no sistema de seguridade social. *Rev. Inst. Pesq. Estudos*, Bauru, v. 42, n. 49, p. 32-49, jan./jul. 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996 (Série documentos, n.14).
- SALGADO, Marcelo Antonio. *Velhice, uma nova questão social*. 2. ed. São Paulo: Sesc-Ceti, 1982. (Série Terceira Idade, n. 1).
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

# Teorizando o direito agrário: uma apresentação conceitual e principiológica

**ELISABETE MANIGLIA**

*Livre Docente em Direito Agrário. Membro da Academia de Letras Agrárias – ABLA. Membro da Associação Brasileira de Direito Agrário – ABDA. Membro da Associação Brasileira de Reforma Agrária – ABRA. Professora de Direito Agrário e Direito Ambiental da UNESP.*

**Resumo:** O presente trabalho versa sobre a importância do Direito Agrário, sua responsabilidade social frente aos direitos humanos de propiciar a vida, pelo alimento, de minimizar a desigualdade pelo acesso à terra e de oferecer trabalho para quem deseja labutar a terra. Conceitua o Direito Agrário, com autores nacionais e estrangeiros, mostrando a valoração deste ramo jurídico. Narra o conteúdo desta ciência qualificando-a como ramo autônomo e com institutos próprios. A seguir, expõe seus princípios e características, demonstrando a abrangência do compromisso do Direito com o meio rural.

**Palavras-chave:** Direito Agrário. Teoria. Princípios. Conteúdo. Responsabilidade social.

**Abstract:** This paper discusses the importance of the Agrarian Law, its social responsibility regarding the human rights to foster life, provide food, minimize inequality for access to land and provide work for those who want to toil the land. It also conceptualizes the Agrarian Law, with national and foreign authors, showing the importance of this branch of law and narrates the contents of this science qualifying it as being autonomous and having its own rules and principles. Furthermore, it explains about its principles and characteristics demonstrating the breadth of the commitment of Law with the rural environment.

**Keywords:** Agricultural Law. Theory. Principles. Content. Social responsibility.

## Introdução

Ao escrever este pequeno ensaio sobre a teoria, conceito e princípios do Direito Agrário, volto, para que os estudiosos da presente disciplina tenham o conhecimento necessário para explicar a favor ou contra em lides que, no futuro, puderem enfrentar. Penso também nos acadêmicos que, na ânsia muitas vezes das questões práticas, desprezam o valor e a importância do conhecimento da teoria e da responsabilidade social do Direito, e sem o teor teórico deixam as questões econômicas prevalecerem, sendo responsáveis pelas injustiças decorrentes, que talvez num futuro, possam lhe afligir em sua consciência profissional. O desprezo, hoje, pelo estudo e opiniões de autores clássicos, transforma o Direito muitas vezes em imediatismo ilógico. A ausência dos conhecimentos de princípios de um ramo jurídico oculta a solução que daí pode surgir para um caso que à primeira vista parece sem solução.

Deste modo, a pesquisa aqui apresentada conta num primeiro momento sobre a importância da responsabilidade social do Direito Agrário, face à produção de alimentos responsáveis pela vida humana. Conta como uma política pública derivada de um direito pode erradicar a miséria em boa parte, propiciando assim a paz social.

Fala de uma terra que cuida das formas de plantio e desta feita colabora com o meio ambiente, não gerando degradação. Diz da proximidade do Direito Agrário com os Direitos Humanos no sentido de vida, dignidade, meio ambiente saudável, trabalho, que se associam aos direitos econômicos, sociais e de solidariedade. Coloca à frente o princípio da função social como força motriz deste ramo, lembrando o sentido evolucionista do direito de propriedade.

Em seguida, traz as diferentes concepções doutrinárias sobre o Tema Direito Agrário, apresentando conceitos estrangeiros, nacionais, narrando a história desta ciência que perpassa pelo Código de Hamurabi, pela Bíblia, pelo Direito Romano e que essas passagens deixam rastros hodiernos. Questiona a natureza jurídica deste ramo jurídico e conclui que ele é público, mostra para que ele vem.

Narra seus princípios e características, fala de suas teorias expondo sobre a atividade agrária no seu sentido amplo e restrito. Expõe problemas da realidade brasileira sobre esta questão. Fala de sua importância na Europa e da forma ainda não muito bem aceita no Brasil. Porém, ressalta a luta dos agraristas para se imporem, nas academias, em benefício dos alunos, para que num futuro bem próximo possam ser mais justos em suas profissões e mais responsáveis frente a sociedade que ainda no Brasil é em grande parte rural.

Este é o início de um trabalho! Oxalá possamos dar sequência neste estudo.

## **O direito agrário e sua responsabilidade social**

### **Considerações introdutórias**

Seria altamente prático lembrar que todos os ramos jurídicos clamam por justiça e o sentido social está implícito em todos eles. Todavia, quando se fala em Direito Agrário, relembra-se a questão alimentar, a preocupação com a produção e a melhoria da qualidade dos produtos. Em seguida, associa-se a questão ambiental, que impera na atividade rural e passa-se a analisar os fatos diante da realidade mundial. Milhares de pessoas passam fome. Outros tantos morrem de desnutrição. Há crianças que não atingem um ano de vida, por falta de alimentos. Há doenças crônicas causadas pela má alimentação. Grande parte da população está abaixo da linha da pobreza e alimenta-se uma única vez, por dia. Há esgotos a céu aberto, água contaminada, problemas no ar que se respira e a destruição das florestas, matas e fauna que se agravam dia-a-dia. Os últimos relatórios mundiais acerca do meio ambiente são assustadores. Diante de um cenário dramático, pergunta-se, de pronto, qual a finalidade do Direito Agrário, diante destes conflitos e qual a sua contribuição em face dos problemas derivados do meio rural.

Se os propósitos do Direito Agrário pudessem ser aplicados automaticamente, sem manuseios de interesses políticos e de expedientes outros de favorecimentos

peçoais, ou, ainda, sem a finalidade de atender a grupos privilegiados que desfrutam da terra como reserva de valor, sem dúvida, o Direito Agrário seria um grande alento para questões sociais em geral e, especialmente, aquelas relativas à fome, ao meio ambiente e à garantia, em parte, de direitos humanos tidos como essenciais, firmadores das necessidades básicas. Javier de Lucas comenta a importância de se discutir o conceito de necessidades, no raciocínio sobre justiça, tratando de oferecer uma fundamentação dos direitos humanos, desde as necessidades básicas<sup>1</sup>.

Roig também comunga desta ideia, estabelecendo que existe um caminho que foi dos direitos às necessidades, para, hoje, retornar aos direitos<sup>2</sup>. Assim, não há que se falar em direitos sem se falar em necessidades; a comunhão entre eles se conecta através da justiça, que é, à luz do pensamento de Javier de Lucas, inseparável da satisfação de necessidades tão vitais, como as de alimentação e moradia, o que basta para se prevenir que uma matéria não pode ser examinada num ambiente alheio a valores, sob a luz exclusiva de ordenamentos jurídicos interpretados de maneira puramente silogística do tipo hipótese-sanção<sup>3</sup>.

Jacques Tavares Alfonsin defende que:

as necessidades vitais têm poder normativo capaz de se impor como indiscutível, sob todo o risco que essa palavra comporta, mesmo para garantir os efeitos jurídicos decorrentes dos direitos humanos fundamentais que lhes servem de conteúdo, é a de que sem a satisfação delas não há como se considerar garantidos o direito à vida e o direito à liberdade<sup>4</sup>.

Desta feita, torna-se fundamental que o estudo jurídico de temas vinculados a direitos humanos, como aqui tratados, sejam analisados sob a concepção de necessidades, para se assegurar a busca da justiça. Os institutos postos a discussão, neste ensaio, são a garantia da vida, por meio de alimento, em quantidade suficiente e de qualidade. Fator este que implica na discussão de direitos vitais, de direitos ambientais e da máxima discussão do Direito Agrário, gerador do estudo da atividade agrária controladora da produção, do meio ambiente rural e das condições sociais, daqueles que se envolvem na labuta da terra, com efeitos desencadeadores no meio urbano. Os temas agrário, ambiental, direitos humanos e segurança alimentar são a espinha dorsal de uma discussão que anseia provar que o Direito Agrário, desde que bem norteado e fiel aos seus anseios, é a grande solução para conflitos de fome, meio ambiente e vida mais justa.

---

<sup>1</sup> LUCAS, Javier de. *El concepto de solidaridad*. México: Fontanara, 1998. p. 12.

<sup>2</sup> ROIG, Maria Jose Anón. *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 12.

<sup>3</sup> LUCAS, op. cit., p. 14-15.

<sup>4</sup> ALFONSIN, Jacques Tavares. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e moradia*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003. p. 59 .

Na concepção doutrinária, o Direito Agrário, conforme Sodero, traz leis que são elaboradas por juristas especializados na matéria, visando a fornecer meios legais para a administração pública planejar e executar programas a longo, médio e curto prazos, para as atividades rurais<sup>5</sup>. Programas que se fundamentem de maneira efetiva e justa, com vistas à elevação do nível de vida do homem rural e ao aumento da produtividade agropecuária. Estas leis são as que constroem o Direito Agrário e recaem sobre os mais diferentes institutos, sendo todos voltados para a melhoria da vida rural, abrangendo a política fundiária, mecanismos de acesso à terra e à política agrícola, instrumentos que garantem ao homem o manejo e uso do solo de maneira sustentável.

A responsabilidade social, desta feita, fundamenta-se no princípio da função social da propriedade. Desta premissa, parte toda a teoria que estrutura o ramo jurídico em estudo, fazendo deste o princípio maior do Direito Agrário que, aliado a outros princípios, tais como planejamento, inovação, justiça social, constitui seu grande objetivo, conforme Sanz Jarques:

A normativa agrária se encerra numa profunda força renovadora e criadora causal não abstrata, em especial a serviço da justiça e das necessidades humanas especiais e muito particulares dos homens. Seu objetivo final, em síntese é contribuir com justiça e dignificar os que vivem da terra do setor agrário, os profissionais da agricultura, cada vez mais deprimidos em relação com a vida dos demais setores econômicos, garantir alimentação suficiente em quantidade e qualidade para todos os homens e assegurar o habitat e o equilíbrio ecológico da natureza em que vivemos e que hão de viver as próximas gerações<sup>6</sup>.

Como aqui demonstrado, o bem comum é parte integrante do uso da terra. O interesse social tem que estar demonstrado para garantir a proteção jurídica da terra. Mas não se centra a função social somente na propriedade; a função social está ligada à atividade agrária, que pode ser exercida na propriedade, na posse, no contrato de arrendamento, ou na parceria. Deve-se ressaltar que o Direito Agrário brasileiro ainda trabalha com a divisão de terras e a Reforma Agrária, a ocupação e a disputa dos solos, enquanto, de uma forma geral, o Direito Agrário europeu, norte-americano e de outros países, como Japão e Austrália, versam seus objetos de estudo para institutos de produção, segurança alimentar, proteção ambiental, crédito rural e cooperativismo, institutos hoje também contemplados pelos agraristas brasileiros, em parceria com os institutos vinculados ao uso e distribuição da terra.

Todavia, a dimensão social do Direito Agrário está presente em qualquer vertente estudada e as atribuições dos proprietários, ou de usuários da terra, estão reguladas como obrigação, hoje, no Brasil, de caráter constitucional.

<sup>5</sup> SODERO, Fernando. *Direito agrário e reforma agrária*. São Paulo: Livraria Legislação Brasileira, 1968. p. 37.

<sup>6</sup> SANZ JARQUE, Juan José. *Derecho agrario: general, autonómico y comunitário*. Madri: Reus, 1985. v. 1. p. 3.

Toda atividade deve ter uma dimensão de produção racional e adequada, explorando-a racionalmente de acordo, com a técnica regional, respeitando as normas trabalhistas e ambientais juntamente com o Estado, que ao exigir esta obrigação do empresário rural deve permitir que ele tenha acesso, aos mecanismos de facilidades para o cumprimento da função social. Deve portanto fornecer crédito rural, armazenagem, vias de acesso ao escoamento da produção com boa qualidade (estradas), apoio técnico, incentivo a pesquisas, dispor de controle dos preços dos produtos condizentes com os gastos, estabelecer sempre que necessário preços justos e corretos para que o consumidor não seja lesado, disciplinando com isto o mercado produtor e consumidor. E permitindo ao empresário rural o desenvolvimento normal de sua atividade, o atendimento das legislações trabalhistas e ambientais, fiscais e outras<sup>7</sup>.

Assim, o Direito Agrário adquire perfis diferenciados, porque, em sua essência, traz, conforme Ballestero Hernandez, características que constituem o elemento típico do moderno Direito Agrário: a defesa dos economicamente mais débeis, a salvaguarda dos interesses gerais, o respeito às tradições e costumes e, por último, a proteção da empresa agrária<sup>8</sup>. Em consequência, o Direito Agrário adquire um caráter econômico, porque sua finalidade consiste em regular e ordenar a produção agrária, sistematicamente, seguindo as determinações do mercado e da justiça social, incrementando o constante nível de vida do meio rural. Percebe-se que o centro de preocupações se firma na técnica, no ofício e na arte de cultivar a terra, incluindo-se, aqui, todas as formas de atividade agrária, como a agricultura, a pecuária, o reflorestamento, o extrativismo, a agroindústria, a hortifruticultura, em todas as suas modalidades e, ainda, quem sabe, o turismo rural.

Acresce-se a este lado de responsabilidade social o sentido nacional do Direito Agrário, onde todo um país deve se unir, em princípios comuns, por meio de órgãos nacionais com políticas uniformes, considerando a atividade agrária como um serviço público. A melhoria das condições devem se filiar à produção agrária, à atividade industrial agrícola e à relação comércio-consumo.

O caráter social e a responsabilidade do Direito Agrário é, como afirma Ballestero Hernandez, de projeção supranacional, sem que se oponha ao sentido nacional<sup>9</sup>. Todos os organismos internacionais devem se voltar para a preocupação, com fins de paz e melhoria de vida dos povos. Nesta visão, Weber, economista espanhol, afirma que o Direito Agrário deverá ser um direito mundial; daí a necessidade de se impor uma cooperação efetiva internacional que alcance a todos, não em uma visão utópica, mas em uma unidade econômica, para que se corrijam os injustos desequilíbrios econômicos, entre países pobres e ricos<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> SODERO, op. cit., p. 34.

<sup>8</sup> HERNANDEZ, Luis Martin Ballestero. *Derecho agrario: estudios para una introducción*. Zaragoza: Neo Ediciones, 1990. p. 31.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>10</sup> WEBER apud HERNANDEZ, op. cit., p. 33.

No Brasil, as atividades agrárias e o Direito Agrário passam, por vezes, despercebidos, numa política que faz crer que, se possível, o Direito Agrário deveria ser esquecido. Associam-se a ele políticas de reforma agrária, pressões de movimentos sociais, políticas de demandas sociais, que fazem com que as elites conservadoras clamem por seu fim, não enxergando, nesta vital ciência, a importância que ela representa.

Nesta linha de conduta, comandada pela tradicional elite rural que domina a política brasileira, quer explicitamente, quer na camuflagem, construíram-se raízes profundas de preconceito, para com aqueles que lutam por melhorias no campo. As leis agrárias foram construídas por pressões sociais, mas muito pouco do ambicionado foi cumprido. As leis existem, mas os poderes, poucas vezes, fazem valer esses preceitos. Por exemplo, há de se fazer valer o que a lei traz sobre a grilagem de terras, considerando criminosa essa prática; todavia, os jornais noticiam, diuturnamente, esse expediente. Certamente, alguém, inclusive dos Poderes (e, aqui, digam-se os três Poderes), beneficiam-se com essas práticas. O caso da Irmã Dorothy é um exemplo de luta pela terra, pelo meio ambiente, contra a grilagem<sup>11</sup>. Teve repercussão internacional e causou constrangimento ao governo brasileiro. Tornou-se um caso de violação de direitos humanos, em amplitude internacional. Este é um dos muitos e muitos casos de violação penal, civil, agrária, ambiental, fiscal, trabalhista; uma violação grave de desrespeito aos direitos humanos, envolvendo a máfia do desmatamento, do uso indevido de terras devolutas, do tráfico ilegal de madeiras, do trabalho escravo e da destruição ambiental. Revelam-se, assim, as contradições entre o real e o legal.

A origem do descumprimento do aparato legal traz a marca da nossa história, onde a oligarquia rural sempre fraudou o sistema vigente, ou criou normas que a beneficiasse, mas que, num primeiro momento, constituíam-se em marcas de paternalismo para os pobres do campo, que, até certo ponto, acreditavam que os senhores da terra lhes protegiam e queriam o seu bem. Sérgio Buarque de Holanda lembra que os movimentos reformadores, aparentemente, partiram, quase sempre, de cima para baixo e a grande massa recebeu estas mudanças com displicência, ou hostilidade, pois, no fundo, não foram eles os agentes de mudança e estas não satisfaziam suas ideias<sup>12</sup>. Neste erro de crença, que as leis resolvem conflitos, incorreram os políticos e demagogos que chamam a atenção, frequentemente, para as plataformas, os programas, as instituições, como únicas realidades verdadeiramente dignas de respeito. Acreditam que da sabedoria e da coerência das leis, depende diretamente a perfeição dos povos e dos governos.

---

<sup>11</sup> Irmã Dorothy Stang, de origem americana, naturalizada brasileira, foi assassinada no Pará, em 2005, por um grupo de assassinos profissionais, a mando de um consórcio de grileiros de terras, exploradores de madeira clandestina, chefiado pelo fazendeiro Vitalmiro Bastos de Moura, o Bida, que foi condenado a 30 anos de prisão.

<sup>12</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 160.

Desconhecem que as leis são norteadores e que as leis todas, sem exceção, devem ser cumpridas, para que se garanta o respeito a elas. Entretanto, até hoje, no Brasil, exige-se dos pobres e dos oprimidos a obrigação de se cumprir as leis; mas, o Estado, ou mesmo os poderosos, podem esquecê-las, ou alegar artifícios para o seu não-cumprimento. No meio rural, são milhares de exemplos que se somam a este quadro, desqualificando a responsabilidade social do Direito em estabelecer normas de validade pública, que melhoram e aprimoram a vida social.

Neste pacto, adentra-se à análise do Direito Agrário, como agente social de mudanças e transformações.

## Conceitos e conteúdo agrarista

A história da agricultura, como lembra Del Vecchio, se não é contemporânea ao homem, será à civilização humana<sup>13</sup>. Quando se fala em agricultura, remonta-se ao Direito Agrário, porque não há como se negar a vinculação de um ao outro. A produção de um bem agrícola traz, em seu teor, agregações econômicas, sociais e jurídicas. Porquanto o Direito Agrário, mesmo não sistematizado enquanto ciência, existe enquanto realidade, desde os primórdios e, como leciona Artur Pio dos Santos Netto, mesmo que não seja tratado de modo especial, constitui-se ele, sem dúvida, na maior parte de um direito sempre atual, desde as épocas mais remotas<sup>14</sup>. Como todo ramo da ciência social aplicada, ele só pode ser compreendido num contexto histórico-cultural-político, diante de uma realidade onde se contextualiza não só a essência da atividade agrária, mas tudo o que influencia, provoca, determina e executa esta função vital para a manutenção da sobrevivência humana.

A discussão entre o nascer e o renascer do Direito Agrário, que ocupou grandes espaços intelectuais, quando a primeira revista desta área foi lançada na Europa, ainda gera polêmicas, pois, muitos civilistas atribuem o nascimento do Direito Agrário ao século XX, enquanto grande parte dos estudiosos agraristas (os mais tradicionais) defende que este ramo sempre existiu, pois está ligado estreitamente à sobrevivência do homem. É sabido que o Código de Hamurabi, datado aproximadamente do século XVII a.C., trazia em seu bojo normas agrárias bem definidas<sup>15</sup>. Previa ele, dentre outras normas, o cultivo do campo e assim rezava seu art. 43, conforme descreve Miranda: “Se ele não cultivou o campo e o deixou árido, dará ao seu proprietário o grão correspondente à produção de seu vizinho, e,

<sup>13</sup> DEL VECHIO, Giorgio. *Lições de filosofia de direito*. Tradução de Antonio Jose Brandão. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 390 apud GISCHKOW, Emilio Alberto Maya. *Princípios do direito agrário*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 11.

<sup>14</sup> SANTOS NETTO, Artur Pio dos. A atividade agrária e o conteúdo do direito agrário. *Revista de Direito Agrário*, Brasília, ano 11, n. 11, p. 53, jul./dez. 1986.

<sup>15</sup> O Código de Hamurabi traz diversas passagens que se ligam às questões de reforma agrária, função social da propriedade e defesa ambiental.

além disto afofará a terra e destorroará a terra que deixou baldia e devolverá ao proprietário do campo”<sup>16</sup>.

Torna-se nítida a preocupação com a função social da terra, aí descrita, o que marcou o primeiro documento a falar das coisas do campo. Outros artigos, contidos no Código de Hamurabi, também se preocupavam com o trabalho rural e com o homem que exercia esta função e com o meio ambiente, recomendando que quem cortasse uma árvore, deveria plantar dez; dessa forma, esse documento foi o primeiro Código Agrário da humanidade.

A legislação Mosaica de 1400 a.C., no Velho Testamento, faz profundas remissões à terra e demonstra, desde então, a íntima e constante relação entre a religião e as questões agrárias, presentes até o momento hodierno. A passagem bíblica é precisa e revela a importância da propriedade da terra<sup>17</sup>: “A justiça seguirás, para que vivas e possuas a terra que te dará o Senhor teu Deus”.

O Direito Romano foi propulsor de leis agrárias. Por exemplo, tem-se, na Tábua Oitava, 4<sup>18</sup>: “Se urgem divergências entre possuidores de campos vizinhos que o pretor nomeie três árbitros para estabelecerem os limites respectivos”.

As Ordenações do Reino de Portugal obrigavam os proprietários rurais a explorar suas terras, sendo desse instrumento legal a definição das sesmarias, estabelecidas no Título 43, do Livro IV: “Sesmarias são propriamente as dadas de terras, casas e pardieiros que foram ou são de alguns senhores e, que já em outros tempos foram lavradas e aproveitadas e agora o não são”<sup>19</sup>.

Dessa forma, pode-se afirmar que as normas legais vertentes sobre o campo encontravam-se codificadas muito antes de o Direito Agrário vir a ser reconhecido, enquanto ramo jurídico. Na prática, também o Direito Agrário sempre foi uma constante, pois a primeira relação do homem é com a terra, pela garantia da sobrevivência. A caça, a pesca, a busca de frutos silvestres foram atividades sempre reguladas, quer na Idade Primitiva, quer nos demais momentos, onde imperaram as legislações supracitadas e, até mesmo, na Idade Média, marcada pelas relações entre senhores, vassalos e Igreja, quando a terra se constituía no elo principal sem, no entanto, haver normas codificadas. Como preleciona Ismael Marinho Falcão, “a história do Direito Agrário remonta a história da humanidade e está continuamente ligada à agricultura”<sup>20</sup>. Dessa forma, embora haja ainda quem negue a existência daquele (são poucos os desatualizados), pode-se afirmar que, enquanto fato, o Direito Agrário inicia-se com a realidade humana e, enquanto ciência, seu nascimento

<sup>16</sup> MIRANDA, Alcír Gursen de. *Teoria do direito agrário*. Belém: CEJUP, 1989. p. 38.

<sup>17</sup> BÍBLIA Sagrada. Velho Testamento, 16, 20. São Paulo: Paulinas, 1988. p. 200.

<sup>18</sup> Lei de XII Tabuas apud MIRANDA, op. cit., p38.

<sup>19</sup> Ordenações Manoelinas apud MIRANDA, op. cit., p. 39. As Ordenações traziam, também, em seu bojo, outras preocupações com a terra, inclusive de ordem ambiental; porém, no Brasil, não foram aplicadas, a não ser o instituto das sesmarias e, assim mesmo, de forma desvirtuada.

<sup>20</sup> FALCÃO, Ismael Marinho. O direito agrário no século XVI e o desenvolvimento rural brasileiro dos nossos dias. *Revista do IAB*, Rio de Janeiro, n. 93, p. 3, 2000.

dá-se no ano de 1922, na Itália, quando todo material foi ordenado por Giangastone Bolla, que fundou a *Rivista di Diritto Agrario*, impulsionando o mesmo para o caminho de ciência autônoma, aprimorando sua existência, ao longo de sua trajetória<sup>21</sup>.

O Direito Agrário sempre foi questionado como ciência autônoma, ou não. Foi altamente combatido, principalmente pelos civilistas que não encontravam sua razão de ser, porque, no raciocínio destes, as atividades agrárias acontecem na propriedade, na posse, ou por meio de contratos e estes institutos são próprios do Direito Civil, sendo este ramo o mais importante do Direito, por ser altamente abrangente, podendo plenamente dispensar a função jurídica agrária. Também as questões públicas, num raciocínio simplista, poderiam ser resolvidas pelo Direito Administrativo; enquanto as trabalhistas, pelo Direito do Trabalho; outras, pelo Comercial; tantas mais, pelo Internacional, podendo, totalmente, ser eliminado este Direito voltado para o meio rural.

Partindo desta posição, a corrente civilista atribuiu ao Direito Agrário a condição de braço do Direito Civil, sem autonomia, sem cientificidade própria, o que implicaria no fato de ele nunca existir como ramo jurídico. Porém, este fato já se encontra superado, atualmente, pois em muitos estudos, prova-se que o Direito Agrário é muito mais público que privado, portanto não sendo ramo do Direito Civil e nem ao menos do seu grupo fazendo parte. Delgado de Miguel afirma que:

O progressivo intervencionismo do direito público na fixação dos preços agrários, na orientação dos cultivos segundo as necessidades dos mercados até como garantia de funcionamento da atividade agrária, na normativa comunitária, na política de subvenções, ao abandono de terras, as limitações da produção vem separando cada vez mais o agricultor do controle de seu produto produzindo um desvinculação entre agricultor e o resultado de sua atividade<sup>22</sup>.

O que, na prática, representa que a livre iniciativa está em declínio para determinadas atividades agrárias e, em certos países, a maioria de primeiro mundo, que o Estado passa a ser o senhor de muitas deliberações e intervenções, a fim de construir o interesse público, hoje, já de caráter global. Argumenta-se, ainda, que o Direito Agrário, sendo responsável pela segurança alimentar do mundo, não pode ser tratado como ente privado e, se assim o for, deverá ter o Estado regulamentando sua produção e distribuição, desde que este opte por produzir para o bem geral, de forma democrática, atendendo aos anseios e necessidades do povo.

Não há mais que se falar em Direito Agrário como braço do Direito Civil; esta superação é de caráter oficial, em todo o mundo; a autonomia do ramo agrário e

---

<sup>21</sup> Bolla foi considerado o fundador do Direito Agrário. Embora tenha sido um marco histórico sua compilação, compartilhamos do pensamento de que o Direito Agrário sempre existiu de fato e que, apenas como ciência, passou a existir, a partir de então.

<sup>22</sup> MIGUEL, Juan Francisco Delgado de. *Derecho agrario de la Unión Europea*. Madri: Thebook, 1996. p. 33.

sua postulação como ciência é demonstrada no âmbito acadêmico, didático e pragmático de si mesmo. Hernandez Gil esclarece que o Direito Agrário, assim como outros ramos jurídicos, entrelaça-se com institutos de outros Direitos e cita, como exemplo, o estudo da propriedade rural, que carece de ser vista na ótica do direito real de propriedade, com origens no Direito Civil e, ao mesmo tempo, é objeto do Agrário, com a visão especialíssima deste ramo.<sup>23</sup>

Fábio Maria De Mattia tem a visão certa de que a presença do fundo rústico não pode ser considerada fundamental para o exercício da atividade agrária, pois basta asseverar que o cultivo sem terra para certos vegetais é o único tecnicamente possível e o único conveniente economicamente<sup>24</sup>. Neste mesmo sentido, Carrozza, que recorda as culturas hidropônicas, ou aeropônicas e muitas outras cultivadas em ambientes especiais, como estufas e similares<sup>25</sup>. Para este agrarista italiano, pode-se observar uma crise da concepção fundiária da agricultura a qual, muitas vezes, confundia o Direito Agrário com o Direito Civil. De Mattia observa que, na base da especialidade do Direito Agrário, encontra-se sempre a ideia da possibilidade teórica e da conveniência prática de se separar a matéria fundiária, que corresponde ao Direito Civil e a matéria agrária propriamente dita<sup>26</sup>. Antonio José de Mattos Netto afirma categoricamente que o fenômeno agrário não deve ser estudado somente sobre a égide de normas civis, mas e, principalmente, pelas normas de Direito Agrário<sup>27</sup>.

Sanz Jarque conclui que o Direito, na verdade, é único e falar em autonomia concebida em sentido único, para cada ramo jurídico, não tem sentido<sup>28</sup>. O que deve ser respeitado é a sua especialidade e a matéria pertinente aos seus estudos e aos seus métodos, que são distintos, com peculiar conteúdo, fazendo desta ciência, a busca da ordem, do bem comum e da justiça, funcionando em cada país, adaptado à realidade e necessidade locais.

Por conseguinte, o que estava por trás de ser o Direito Agrário um braço do Civil, ou não ser autônomo, era um conteúdo ideológico de defesa da propriedade, de não-preocupação com o social e, de se fazer valer as questões econômicas, em detrimento dos ditames de interesse público e de defesa do coletivo. Há que se observar que as relações agrárias trazem em seu bojo o conteúdo da dominação e, portanto, sempre foram tomadas enquanto defesa da propriedade em geral, não se importando com as relações sociais advindas deste instituto.

<sup>23</sup> HERNANDEZ, Gil. *El concepto del derecho civil*. Madrid: RDP, 1943. p. 142 apud SANZ JARQUE, op. cit., p. 52.

<sup>24</sup> DE MATTIA, Fábio Maria. *Especialidades do direito agrário*. 1992. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1992. p. 110.

<sup>25</sup> CARROZZA, Antonio. Localizzazione delle attività agricole e destinazione pubblica e privata delle terre all'agricoltura. *Rivista di Diritto Agrario*, Milão, v. 54, n. 3, p. 278, 1975.

<sup>26</sup> DE MATTIA, op. cit., p. 107.

<sup>27</sup> MATTOS NETO, Antonio José de. *A posse agrária e suas implicações jurídicas no Brasil*. Belém: Cejup, 1988. p. 13.

<sup>28</sup> Op. cit., p. 51.

A resistência só foi rompida com a evolução histórica dos direitos humanos, com a importância de se valorizar o social, até mesmo, para benefício de uma elite que poderia ceder parte de seus direitos para obter, em troca, uma série de benesses, como a tranquilidade de uma vida sem perturbações violentas, a defesa de um meio ambiente mais saudável, de uma qualidade melhor de alimentos, de uma paz firmada na evolução das comunidades. Obviamente, este apogeu só é vivido em países que se qualificam de primeiríssimo mundo: Suíça, Suécia, Holanda e Dinamarca, onde os povos optam em valorizar o social, clamam por altos índices de melhoria de vida e, com certeza, embutem a preocupação com seus alimentos, por meio de suas produções, ou priorizando as importações destes, como sendo essenciais para a sociedade como um todo. Há de citar, como ilustração, que a Dinamarca só adquire madeiras brasileiras com certificado de produção sustentável.

Outros estágios do Direito Agrário são estudados, conforme a realidade local e seu nível de preocupação com o coletivo e com a qualidade de vida dos seus membros. Pode-se observar que a Comunidade Européia, como um todo, volta-se para um estudo de Direito Agrário firmado na seguridade alimentar, na qualidade da produção, nas condições de quem produz e nos custos desta produção e no meio ambiente onde ele é produzido. As regras jurídicas estão voltadas a regulamentar estes dispositivos. Os EUA também, em parte, equiparam-se aos objetivos europeus, diferenciando-se com a quase inexistência de uma preocupação ambiental. Outros países comungam dessas ideias, como Japão, Canadá, México, Austrália e Israel.

Muitos trazem, em sua base jurídica, um Direito Agrário dual: em estágio evoluído, preocupado com produção, tecnologia, agronegócio; mas, sem conteúdo social, convivendo com uma realidade de luta por terra, conflitos constantes, preocupado ainda em realizar reforma agrária. O Brasil encontra-se nesta fase, assim como outros países latinos.

Havendo também países em situações piores, como grande parte dos africanos, outros como Haiti, onde a fome, a miséria, a exclusão agrária formam a dura realidade da vergonha mundial de admitir diante da explosiva produção de alimentos, a morte de milhares de pessoas, que nunca conseguiram ser cidadãos, porque a vida lhes foi ceifada, em decorrência da falta de comida, ou da falta de meios econômicos para obtê-la.

Deste modo, o Direito Agrário ocupa-se em tratar das questões agrárias em face da realidade sócio-jurídica de cada país, permeadas pelas prioridades políticas e seus objetivos. Este é o Direito Agrário efetivado pela realidade.

Por outras linhas, há o Direito Agrário científico, autônomo, didático, sendo que estes pontos merecem consideração *in separado*. Sob o ponto de vista da autonomia, não há mais que se discutir se o Direito Agrário é dependente, ou não. Sua autonomia já foi exaustivamente tratada, no direito estrangeiro e nacional. Seguindo Evaristo de Moraes Filho “o conceito de autonomia de um ramo jurídico [...] quer significar somente a presença de um direito especial”; em virtude disto,

também são especiais os seus princípios, a sua doutrina, os seus desígnios, os seus métodos<sup>29</sup>. “A especialidade jurídica agrária no Brasil surgiu pouco a pouco a partir da elaboração de leis singulares sobre fenômenos agrários que faziam parte, secularmente, do arcabouço do Direito Civil e do Direito Administrativo”.

Laranjeira, no mesmo raciocínio, afirma que:

a necessidade de se colocar num sistema próprio e coeso a legislação fragmentada sobre o mundo rural, que se esparzia noutras órbitas legais, terminou fazendo eclodir a autonomia legislativa do Direito Agrário, o que ocorreu com a Emenda n.10, de 10 de novembro de 1964, à Constituição de Federal de 1946, ao dar competência à União para legislar sobre o citado ramo jurídico<sup>30</sup>.

A autonomia didática veio, dez anos mais tarde, quando o Ministro da Educação, por ato administrativo, colocou o Direito Agrário como objeto do ensino-aprendizagem nos cursos de Direito. Realce deve ser dado à Universidade de São Paulo, que, em seu curso de Pós-Graduação em Direito, iniciou as aulas de Agrário, antecipadamente, com a presença do Prof. Sodero, que, mais tarde, consolidou a disciplina, inclusive na Graduação<sup>31</sup>. Hoje, pode-se dizer que grande parte das faculdades tem, em suas estruturas curriculares, a disciplina de Direito Agrário. Mas, muitos Estados não incentivam este estudo, por falta de docentes especializados, ou por questões ideológicas. Há divergências sobre o seu conteúdo e já se observou, em muitos locais, que o Direito Agrário, por não constar no rol das disciplinas obrigatórias dos cursos jurídicos, integra a Graduação, num curto período de seis meses, estabelece-se como disciplina optativa, ou, ainda, seu programa restringe-se à parte contratual e à defesa da propriedade rural. O MEC tem trabalhado muito com a tese da vinculação do conteúdo programático à realidade local do curso e, como o Brasil, na maioria das cidades que apresentam propostas para abertura de cursos jurídicos, possui característica rural, com a expectativa da aprovação, acabam por incluir a disciplina agrária, sem muito entender, algumas vezes, do seu conteúdo ou objeto.

<sup>29</sup> MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1969. p. 22.

<sup>30</sup> LARANJEIRA, Raymundo. O direito agrário como ciência no Brasil. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Direito agrário brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999. p. 251.

<sup>31</sup> Na Universidade de São Paulo, precisamente no Curso de Direito do Largo de São Francisco, nas aulas de pós-graduação, deram-se os primeiros ensinamentos de Direito Agrário. Passaram por esta cátedra nobres professores, como os saudosos Fernando Sodero, Paulo Guilherme de Almeida, Olavo Acyr Lima Rocha (que participou no Doutorado desta autora) e ainda presentes naquela escola: Fábio Maria de Mattia, único professor titular de Direito Agrário do Brasil, Giselda Hironaka, sendo que todos foram docentes desta agrarista e, ainda, Fernando Scaff, hoje também livre docente da USP, colega de Mestrado e, hoje, o jovem Gustavo Rezek, todos com formação uspiana. Passaram ainda pela USP, como alunos, Antonio José de Mathos e Maria Cecília de Almeida, agraristas atuantes e companheiros na Abla e na ABDA. Na Unesp, muitos mestrandos e pesquisadores orientados por esta professora têm seguido a carreira agrária, divulgando este ramo jurídico. São eles: Dimas Scardoelli, Juliana Xavier, Jéferson Celos, Marcos Rogério de Souza, todos Mestres com trabalhos na área do Direito Agrário; além de Marcos Pereira de Castro, premiado duas vezes em suas pesquisas de iniciação científica e premiado como melhor trabalho nacional na referência mestrando, pela ABDA e Táisa Cintra Dosso, mestranda, e outros tantos pesquisadores da Fapesp e Pibic que se dedicaram ao estudo do Direito Agrário, com afincos na sua Graduação.

Felizmente, as universidades, em sua maioria públicas, optam por estudar o Direito Agrário no tempo de um ano, transmitindo um conteúdo crítico e detalhado, que perpassa por todos os institutos agrários, permitindo que o profissional do Direito esteja apto a atuar em vários setores jurídicos, de forma convincente e justa. Hoje, também os concursos públicos, principalmente os da esfera federal, apresentam em seus conteúdos a disciplina agrária, como parte de suas exigências, o que acaba por ocasionar o interesse pela matéria.

Por iniciativa da Associação Brasileira de Direito Agrário (ABDA)<sup>32</sup>, está sendo motivado o ensino do Direito Agrário, ao longo de um ano, ao menos na Graduação, com amplo programa, que trata das questões públicas e privadas de tal ciência. Junto aos cursos de Pós-Graduação, tem crescido a procura por pesquisas na área rural, com vertentes aos movimentos sociais e também ao Direito Ambiental; contudo, há registro de muitos trabalhos que pesquisam exclusivamente o Direito Agrário, nas mais diferentes questões.

A questão ideológica faz-se presente no item didático, uma vez que muitos docentes ou discentes envolvem-se com a divisão de terras no Brasil, associando as questões das lutas dos movimentos sociais sobre a ocupação do solo brasileiro e suas reivindicações constitucionais. Neste diapasão, incluem-se dados sociológicos justos, que motivam e orientam uma melhor postura do direito diante das questões agrárias. Entende-se que estas ocupações, protestos e lutas<sup>33</sup> devem sim se constituir como institutos do Direito Agrário, uma vez que todos eles clamam por efetivação de direitos, negados por séculos. Afirma-se esta postura declarando a importância deste estudo como ilícito civil? Como assunto sócio-jurídico? Como direito negado à maioria dos povos brasileiros? Como direito de protesto? Como crime? Enfim, este capítulo novo, mas tão antigo em sua essência, integra o novo programa de Direito Agrário sim, apesar de alguns agraristas quererem ignorar as pressões e lutas. Essas situações têm como fim a justiça e os que trabalham com esta devem estar preparados para agirem nestas lides.

A autonomia científica consolidou-se com os trabalhos dos juristas envolvidos nas pesquisas, com análise histórica da evolução dos conceitos, teorias e institutos agrários. Há trabalhos dos estudiosos, com ideologias arcaicas, tradicionais, fiéis às oligarquias rurais que acreditam fielmente na propriedade absoluta e na manutenção do direito da defesa do latifúndio, da monocultura e da economia de exportação. Como há, também, os pensadores agraristas com viés social, preocupados com injustiças seculares, em defesa dos que trabalham a terra, dos que valorizam a terra

---

<sup>32</sup> A ABDA, com sede em Goiânia, promove este direito por meio de congressos e reuniões, e conta com o apoio imensurável de Maria Célia dos Reis, Procuradora do Incra e uma batalhadora das causas agrárias, em conjunto com Helio Novoa, outro grande agrarista e também Procurador do Incra. Em Goiânia, está presente o Mestrado da UFG, que formou inúmeros mestres em Direito Agrário.

<sup>33</sup> O MST, apesar de hoje estar numa posição, em parte, criticável, é um grande responsável na luta pela terra. Conseguiu grandes modificações na estrutura jurídica e faz pensar o direito plural.

como meio de sobrevivência, de luta pela erradicação da fome, viabilizando a produção de alimentos. Uma nova bandeira integra esta luta, a dos que ambicionam um Direito Agrário mesclado com o Direito Ambiental, na busca da preservação das matas, solo e florestas organizando um direito sustentável. Uma situação está ligada à outra. A cientificidade cresce com luta e obstáculos, mas ganha posturas de ciência jurídica. A criação da Academia Brasileira de Letras Agrárias (Abla)<sup>34</sup> é a manifestação real da preocupação dos agraristas em divulgar seus trabalhos e trocar experiências entre regiões. O Direito Agrário cresce, enquanto doutrina e pesquisa, ampliando seus horizontes.

Pontes de Miranda descrevia em sua obra que: “a ciência do direito é o todo de conceitos e enunciados com que pode o jurista apanhar o sentido histórico das regras e das instituições, sentido atual e toda natureza da categoria jurídica ou da regra, no quadro científico”<sup>35</sup>.

Assim, ver ciência é mais que enxergar uma parte, requer toda uma estrutura de investigação e conhecimento do ordenamento do próprio direito positivo. É conhecer um todo de realidade, costumes, normas, aspirações de uma comunidade – no caso em tela, a rural. Porquanto, faz-se valer do pluralismo jurídico para uma melhor compreensão e eficácia. Entende-se como pluralismo a oposição ao unitarismo determinista do materialismo e do idealismo moderno, pois advoga a independência e a inter-relação entre realidades e princípios diversos. Parte-se do princípio de que existem muitas fontes ou fatores causais para explicar não só os fenômenos naturais e cosmológicos, mas igualmente as condições de historicidade que cercam a própria vida humana<sup>36</sup>.

Neste sentido, o Direito Agrário deve ser constituído de uma visão com base na tolerância, onde há conflitos de interesse, diversidade cultural, religiosa, histórica, costumeira, onde se nega que o Estado seja a única fonte exclusiva de todo o Direito. Como ensina Wolkmer, trata-se de uma visão antidogmática e interdisciplinar, que advoga a supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios tecnoformais<sup>37</sup>. Assim, minimiza-se ou exclui-se a legislação formal do Estado e prioriza-se a produção normativa multiforme de conteúdo concreto, gerada por instâncias, corpos ou movimentos organizados semi-autônomos, que compõem a vida social.

Vale afirmar esta importância do pluralismo jurídico para todos os ramos do Direito, mas, em especial aqui, para o Agrário, onde as culturas regionais e os costumes

---

<sup>34</sup> A Abla foi uma criação dos agraristas, por iniciativa de Alcir Gursen, Altir Maia, Darcy Zibetti, Lucas Barroso, Elisabete Maniglia. Reúne agraristas de todo o Brasil e cada membro tem um patrono, sendo que o desta autora é José Gomes da Silva.

<sup>35</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983. t. 1. p. 248.

<sup>36</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001. p. 172.

<sup>37</sup> Op.cit., p. 183.

interpõem-se, fazendo comunidades rurais das mais diferentes espécies. Vale lembrar os movimentos sociais que ditam soluções, de grupos ambientalistas que lutam, de ONG's, de associações, de participações civis em órgãos públicos e outros tantos setores que intercedem pelo Direito Agrário, construindo uma gama de relações jurídicas, nem um pouco desprezível.

A conceituação de Direito Agrário não pode ser estática, urge por mudanças na sua aplicação; mas, seu conteúdo vem com a visão clássica de autores célebres, como Sodero, que assim explicita sobre este ramo: “Conjunto de princípio e normas de Direito público e privado que visa disciplinar as relações emergentes da atividade rural com base na função social da terra”<sup>38</sup>.

Raymundo Laranjeira assim expressa: “Direito Agrário é o conjunto de princípios e normas que, visando imprimir a função social à terra, regulam relações afeitas a sua pertença e uso e disciplinam a prática das explorações agrárias”<sup>39</sup>.

Ballarin Marcial considera:

O Direito Agrário é o sistema de normas, tanto de Direito privado como de Direito público, especialmente destinadas a regular o estatuto do empresário, sua atividade, o uso e a tendência da terra, a unidade de exploração e a produção agrária em seu conjunto segundo princípios gerais peculiares a este ramo<sup>40</sup>.

Rodolfo Carrera define:

O Direito Agrário é a ciência jurídica que contém os princípios e normas que regulam as relações emergentes da atividade agrária, a fim de que a terra seja objeto de uma eficiente exploração alcançando uma maior e melhor produção, assim como uma mais justa distribuição da riqueza em benefício dos que nela trabalham e da comunidade nacional<sup>41</sup>.

Dáí pode-se afirmar que os conceitos, embora variáveis, refletem a tendência para o cumprimento da função social, para o bem estar do homem do campo, para o aumento da produção por meio de leis, princípios e normas, realidade social, de natureza pública e privada, tendo como objeto a atividade agrária.

O espaço rural é o centro aglutinador de toda atividade agrária, de seus sujeitos, do agricultor, dos seus elementos materiais, exploração e produto agrário e de sua atividade comercial, incluindo o mercado agrário, os frutos e os alimentos, enquanto elementos de intercâmbio deste mercado.

Essa nova abordagem, que inclui a atividade agrária como principal centro do Direito Agrário, sendo acompanhada das atividades acessórias que se interligam a

<sup>38</sup> Op. cit., p. 32.

<sup>39</sup> LARANJEIRA, Raymundo. *Propedêutica do direito agrário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1981. p. 58.

<sup>40</sup> MARCIAL, Alberto Ballarin. *Estudios de derecho agrario y política agraria*. Madri: Tipo Linea, 1975. p. 441.

<sup>41</sup> CARRERA, Rodolfo Ricardo. *Derecho agrario para el desarrollo*. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 5.

este ramo, justifica a nova faceta do Direito Agrário da Comunidade Européia, que reflete um novo dinamismo crescente deste ramo do Direito, atento à real situação da agricultura, sua exploração, à empresa, à agroalimentação voltada para explorações eficientes, através de métodos de produção e cultivo com respeito ao meio ambiente, que compreende cultivo vegetal e animal.

A nova tendência dos mercados, voltada para a produção de produtos orgânicos, também clama por tendências legais diferenciadas e por formas de abastecimento regulamentadas. Há de se considerar que o Direito Agrário deve estar atento a todas as formas de atividades agrárias e que a função social da propriedade poderia até ter, muitas vezes, um aspecto mais moral do que jurídico; mas, hoje, esta posição está realmente combatida e superada, pois, segundo Marcial, a moderna teoria da função social é eminentemente jurídica, pois trata de conseguir um sistema de normas que obriga os proprietários a empregar sua riqueza de forma que não prejudique os interesses da coletividade.<sup>42</sup> Esta obrigação vincula-se logicamente a tipos determinados de bens, aqueles que estão ligados ao bem comum.

Delgado de Miguel aponta que a nova vertente do Direito Agrário confirma um dinamismo que se converte na multiplicidade e variedade da norma jurídica agrária, que deve estar atenta sempre à necessidade real e às configurações de situações<sup>43</sup>. Para tanto, o espaço rural converte-se no centro aglutinador de toda atividade agrária de seus sujeitos, do agricultor, de seus elementos materiais, exploração e do produto agrário diante do mercado agrário, dos frutos e alimentos, enquanto elementos deste intercâmbio. Assim, mais que produzir, é necessário estar atento ao sistema produtivo, para atender a todas as demandas do consumidor e à qualidade que é exigida. Ademais, é necessário formar um empresário agrário profissional, coerente com as modalidades ambientais, disposto a enfrentar desafios que não prejudiquem aos interesse da coletividade.

A empresa agrária, para Scaff, é a atividade organizada profissionalmente, em um estabelecimento adequado ao cultivo de vegetais ou à criação de animais, desenvolvida com o objetivo de produção de bens de consumo<sup>44</sup>. De Mattia lembra que:

para ser empresário agrário não necessita ser proprietário produtivo, pode ser empresário o possuidor, o usufrutuário, o arrendatário, o concessionário de terra, o parceiro outorgado. Ocupa hoje a empresa agrária um lugar de destaque no horizonte rural, pois ela está adstrita à função social e tem um sentido muito mais amplo que o definido no Estatuto da Terra no seu artigo 4, inciso VI<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> MARCIAL, Alberto Ballarín. *La función social del suelo rustico y de la propiedad privada: estudios en homenaje a Vallet de Goytisolo*. Madri: Junta de Decanos de los Colégios Notariales de Espanha, 1991. t. 5. p. 67.

<sup>43</sup> MIGUEL, Juan Francisco Delgado de. *Estudios de derecho agrario*. Madri: Editorial Montecorvo, 1993. p. 45.

<sup>44</sup> SCAFF, Fernando Campos. *Aspectos fundamentais da empresa agrária*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 46.

<sup>45</sup> DE MATTIA, Fábio Maria. Empresa agrária e estabelecimento agrário. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 19, n. 72, p. 51, abr./jun. 1995.

Há de se falar, hoje, que a empresa agrária reúne o estabelecimento agrário, o empresário agrário e a atividade agrária. Constitui-se no objeto central do Direito Agrário, porque nela se fundem a atividade agrária, as pessoas e os bens envolvidos na prática desta atividade. Neste entender, a empresa agrária pode ser integrada pela pequena propriedade, pela média e a grande propriedade, independente de seu capital, ou de sua constituição jurídica.

## Princípios e características do Direito Agrário

Como observado, a atividade agrária constitui-se no cerne do Direito Agrário. Não são a propriedade rural, a Reforma Agrária, ou os contratos o seu objeto de estudo. Estes últimos são estudados pelo Direito Agrário, porque contemplam a atividade agrária, de uma forma direta ou indireta. Outros autores apontam a importância da atividade agrária para o funcionamento da empresa agrária, devendo, só neste contexto, ser considerada. Como a atividade agrária é exercida, ou onde ela tem criação, são elementos importantes para o Direito Agrário, assim como a política agrícola, que permite o sucesso dessa atividade e toda a infraestrutura que lhe dá condição. Este é conteúdo pleno do Direito Agrário, sendo que a atividade agrária orienta seu estudo.

Para caracterizar uma atividade como agrária, recorre-se a estudos pretéritos estrangeiros que, no Brasil, foram denominados por Giselda Hironaka como teorias clássicas da caracterização da atividade rural<sup>46</sup>.

Carrera elaborou a teoria denominada “Agrobiológica”, fazendo, em linhas gerais, uma coesão entre o agrônomico e o jurídico, associando a terra e a vida como fatores diferenciadores da atividade rural, em relação às demais atividades humanas<sup>47</sup>. A atividade agrária existe, a seu ver, quando se realiza na terra, quando o homem explora a terra para fazê-la produzir, através de um processo Agrobiológico, os frutos destinados para seu consumo direto. Neste entender, o homem é elemento essencial para a produção e, conseqüentemente, para a atividade agrária.

Carrozza, por sua vez, defendeu a teoria da Agrariedade, onde afirmou existir uma noção extrajurídica, que caracteriza qualquer instituto jurídico, como agrário<sup>48</sup>. Dá a introdução da noção de risco, na ideia do processo agrobiológico, defendido por Carrera. Seria agrária toda atividade cujo ciclo biológico estivesse sujeito às intempéries da natureza, que escapam ao controle humano. Segundo esta teoria, mesmo que haja um ciclo biológico na terra, mas totalmente controlado pelo homem, esta atividade não será caracterizada como agrária. Onde incidisse o controle do homem com calor, luz, técnicas artificiais, essas não seriam consideradas atividades agrárias.

<sup>46</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Atividade agrária e proteção ambiental: uma simbiose possível*. São Paulo: Cultural Paulista, 1997.

<sup>47</sup> Op. cit., p. 6.

<sup>48</sup> CARROZZA, Antonio. *Lezioni di diritto agrario: elementi di teoria generale*. Milão: Giuffrè, 1988. v. 1, p. 80.

A terceira teoria tida como clássica é a teoria da Acessoriedade, de Vivanco, que entende como agrárias, além da atividade típica de produção rural, aquelas decorrentes, de índole econômico-social<sup>49</sup>. A sua principal intenção foi verificar quando a atividade industrial, ou comercial, está sob o manto da atividade agrária e quando são independentes da mesma. Neste sentido, estabeleceu alguns critérios para tal distinção, dentre eles o da necessidade, o da relevância, o da autonomia, o da normalidade, o da ruralidade e, finalmente, o da acessoriedade. Pelo critério da necessidade, é agrária toda atividade imprescindível ao cultivo do solo e a criação de animais, de maneira que abarca todas as atividades de transformação e venda de produtos, pois são necessárias às atividades produtivas. O critério da prevalência nasce como uma crítica ao da necessidade, na medida em que a transformação e a venda, ao assumirem a predominância sobre a atividade de cultivo e criação, passam a se revestir da natureza de atividade industrial e comercial, respectivamente.

Já o critério da autonomia determina que uma atividade é industrial, ou comercial, quando os atos de transformar e de vender puderem se realizar de forma autônoma à atividade de cultivo e criação de animais.

Por sua vez, o critério da normalidade disciplina que a atividade agrária é aquela realizada normalmente no cotidiano agrário. Noutra linha, o critério da ruralidade apregoa que a atividade é agrária, quando se relaciona à vida e ao trabalho agrícola, determinada em função da localização do imóvel.

Por fim, destacou o critério da acessoriedade, que dá nome à teoria, segundo o qual a transformação e a venda serão atividades agrárias, quando forem complementares às atividades de cultivo e criação (produtiva).

Vivanco apresentou sua classificação das atividades agrárias, como sendo próprias: a produtiva, conservativa e preservativa; acessórias: a extrativa e capturativa; conexas: a manufatureira, transportadora, processadora, lucrativa e a consuntiva e atividades agrárias vinculadas às demais, que se inter-relacionam.<sup>50</sup>

No que tange à análise das teorias, pode-se considerar que cada teoria apresenta um pouco de verdade, mas não há prevalência de uma sobre a outra e, sim, adaptações à realidade de cada país. Olavo Acyr considera que:

as teorias clássicas, devem ser analisadas tendo-se, presente, a evolução histórico-científica e legislativa de cada país com suas condições próprias de tempo e lugar, bem como a constante evolução técnica e tecnológica do Direito e das ciências afins<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> VIVANCO, Antonino C. *Teoría del derecho agrario*. La Plata: Librería Jurídica, 1967. p. 20-21.

<sup>50</sup> Op. cit., p. 21.

<sup>51</sup> RÓCHA, Olavo Acyr Lima. Atividade Agrária: conceito clássico, conceito moderno de Antonio Carrozza. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 94, p. 42-43, 1999.

Helio Novoa considera que a prevalência deve ser atribuída à teoria de Vivanco<sup>52</sup>, abraçando-se o critério da acessoriedade, pois, no Brasil, há a carência de um critério, ou de uma teoria tipicamente brasileira<sup>53</sup>.

No Brasil, a atividade agrária vem delineada em diferentes diplomas legais e torna-se motivo de controvérsia, quando apreciada por jus agraristas. O Estatuto da Terra trata de dizer, em várias oportunidades, da exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, a saber: arts. 1º, 4º, 5º, 10, 25, 47, 75 e 92.

Conforme Dimas Scardoelli, o Estatuto da Terra utilizou-se da noção de atividade agrária na determinação de muitos outros institutos, embora não tenha definido legalmente o instituto jurídico da atividade agrária<sup>54</sup>. Na mesma linha, o autor diz que outros diplomas legais elencam atividades tidas como rurais, sem defini-las. São os casos da Instrução Especial Incra n. 5, de 1973 e de algumas leis que versam sobre tributos relacionados à atividade rural.

A primeira, em seu artigo 3º, apregoa que os tipos de exploração rural no Brasil são enquadrados nas classes de hortifrutigranjeiros, lavoura permanente ou temporária, pecuária e florestal. A lei n. 8.629/93, em seu art. 4º, reza sobre exploração agrícola, pecuária extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial. No âmbito tributário, o art. 2º considera atividade rural a agricultura, a pecuária, a extração e a exploração vegetal e animal, a apicultura, avicultura, cunicultura, suinocultura, sericultura, piscicultura e outras culturas animais. Ainda, a transformação de produtos decorrentes da atividade rural, sem que haja alteração da composição e das características do produto, o cultivo de florestas que se destinem ao corte para comercialização, consumo ou industrialização. O decreto tributário n. 4.382/2002 versa sobre ITR, e seu art. 18 descreve as mesmas atividades agrárias já mencionadas, o que faz afirmar que os dispositivos não são conflitantes, quanto à eleição de atividades tidas como rurais.

Na realidade brasileira, outras dúvidas surgem quanto à criação de animais para esporte, prestação de serviços de equoterapia, aprimoramento genético, serviços de coleta de sêmen. Animais para esporte e lazer, jardinagem, sementes para plantio, culturas hidropônicas e agroturismo. Seriam essas atividades agrárias? Todas elas vinculam-se ao aspecto agrário, mas não são tratadas como tais, para fins de tributação e outras considerações jurídicas. Mas, trazem a característica do meio rural, o que, dentro das teorias, faria com que pudessem ser consideradas atividades agrárias acessórias e o Direito Agrário poderia incidir sobre as mesmas, conforme entendimento hodierno. Neste entendimento, vez que ampliando o leque das

---

<sup>52</sup> Op. cit., p. 20-21.

<sup>53</sup> COSTA, Helio Roberto Novoa da. Agroturismo ou turismo rural: atividade agrária acessória. *Revista de Direito Agrário*, Brasília, ano 17, n. 15, p. 37-41, jan./jun. 2001.

<sup>54</sup> SCARDOELLI, Dimas Yamada. *A atividade rural brasileira face ao princípio constitucional tributário da capacidade contributiva*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2004. p. 30.

atividades agrárias, o meio ambiente, principalmente, estaria mais bem protegido, assim como estar-se-ia diante de outras opções de frentes de trabalho rural, valorizando, desta feita, o que Graziano<sup>55</sup> sempre defendeu como uma Reforma Agrária não essencialmente agrícola<sup>56</sup>.

Quanto ao turismo rural, Maniglia<sup>57</sup>, em outros trabalhos, defende a ideia de que este deverá ser incluído no rol das atividades agrárias, pois, reflete um compromisso com o local, os costumes rurais, a natureza e a paisagem rural; enfim, reflete o caráter agrário, em seu âmag<sup>58</sup>. Ademais, o turismo rural é encontrado em qualquer ponto do Brasil e esta atividade movimenta o social, o econômico e o ambiental, motiva o comércio de animais em geral, estimulando a atividade agrária como fonte de emprego e atração sustentável, fomentando a permanência, inclusive do homem, no campo e atraindo outros para este local.

Descrito o cerne do Direito Agrário, é de se considerar que as características que motivam o Direito Agrário vêm por meio da política agrária, que deve ser uma atividade ideológica, motivada pelo bem-estar da coletividade, uma atividade ordenadora da vida social, através da qual um grupo de pessoas e instituições influi ou direciona as demais, para novas formas de conduta. Deve ser eminentemente prática, com tendência teológica para atingir fins. É instável, porque sofre com as mudanças permanentes de caráter histórico, tecnológico e social, mas, seus fins são os mesmos.

Os meios para desenvolver seus objetivos são múltiplos. O sistema estatal deverá estar sempre atento aos ditames constitucionais dispostos nos princípios jurídicos gerais de cada Estado. O Brasil traz a marca da constitucionalização do Direito Agrário e das políticas de reforma agrária, política agrícola e agrária. Portanto, as fontes são as leis, os costumes, a jurisprudência, a dogmática, os clamores sociais, as praxes hegemônicas e tudo mais que refletir nos anseios sociais.

No que tange aos princípios, recorre-se aos ensinamentos de Laranjeira, que elenca, na doutrina nacional, os seguintes princípios fundamentais:

- a) princípio do aumento da produção e dos níveis de produtividade;
- b) princípio do asseguramento de justiça social;
- c) princípio da privatização das terras nacionais;
- d) princípio da proteção à propriedade familiar camponesa;
- e) princípio do dimensionamento eficaz das áreas exploráveis;

---

<sup>55</sup> SILVA, José Graziano da. Por uma reforma agrária não essencialmente agrícola. *Revista agroanalysis*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 8-11, mar. 1996.

<sup>56</sup> Este trabalho será reapreciado, ao longo desta tese. Consiste em equacionar a questão do nosso excedente populacional, com uma reforma agrária que permitisse a combinação de atividades agrícolas e não agrícolas, com a vantagem de usar menos terra e mais opções de emprego.

<sup>57</sup> MANIGLIA, Elisabete. Da possibilidade do turismo rural ser integrado como atividade agrária. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*. Franca, ano 4, n. 8, p. 226, jul./dez. 1999.

<sup>58</sup> SCARDOELLI, op. cit., p. 30.

- f) princípio do estímulo à produção cooperativista;
- g) princípio do fortalecimento da empresa agrária; e
- h) princípio da proteção à propriedade consorcial indígena<sup>59</sup>.

Sodero<sup>60</sup> e Paulo Torminn Borges<sup>61</sup> destacam, como princípio fundamental, a função social da propriedade, sendo que o segundo enfatiza o progresso econômico e social do rurícola, o combate aos mercenários da terra, à exploração predatória e ao desenvolvimento do sentimento de liberdade e de igualdade com implantação de justiça distributiva. Na doutrina estrangeira, vale lembrar que os princípios de cooperação e de organização profissional são vistos por Jacques Audier como fundamentais, para se vencer as barreiras impostas pelo mundo rural, que se apresenta diferente, heterogêneo e sob mutações<sup>62</sup>. Ademais, o Direito Agrário, na Europa, traz a marca da conformidade comunitária que, para o autor citado, visa a modernização e desenvolvimento da agricultura, adaptação ao contexto comunitário e internacional, adaptação ao mercado competitivo capaz de exportar regramento e desenvolvimento do território, equilíbrio dos espaços rurais, proteção do meio ambiente e participação na luta contra a fome do mundo.

Em nível nacional, acredita-se que a função social da propriedade, por tratar dos elementos econômico, social e ambiental seja a tônica do Direito Agrário, pois a exigência deste cumprimento implica na perda da propriedade que não respeita – ao menos sob o ponto de vista constitucional (art. 184, CF) – este dispositivo que consolida grande parte dos princípios aqui descritos. Há de se considerar, ainda, que outros ditames constitucionais devem ser observados, quando se trata de princípios agrários, como, por exemplo, os objetivos do Estado, as garantias fundamentais, as metas para a iniciativa privada, as propostas ambientais, tributárias e empresarias, sem deixar de tomar em conta os anseios sociais manifestos nas lutas da sociedade civil.

Rafael Mendonça de Lima, apoiado nas lições de Vivanco<sup>63</sup>, afirma que o Direito Agrário é dependente da política agrária, que seria uma ação de planejamento do poder público<sup>64</sup>. A política agrária tem de ter um fundamento jurídico e, neste caso, o fundamento jurídico é extraído do Direito Agrário positivo, que é elaborado para atender a essa política. Conclui, pois, que a formação dos princípios do Direito Agrário tem íntima relação com a política agrária e esta, com os dados da Sociologia rural, da Agronomia e de todas as ciências que importam à atividade agrária.

Umberto Machado Oliveira, em sua obra recente, discorda do pensamento dos juristas acima e justifica:

---

<sup>59</sup> Op. cit., p. 169.

<sup>60</sup> Op. cit., p. 14.

<sup>61</sup> BORGES, Paulo Torminn. *Institutos básicos do direito agrário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 7.

<sup>62</sup> AUDIER, Jacques. *Droit rural*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2002. p. 3-4.

<sup>63</sup> Op. cit., p. 184.

<sup>64</sup> LIMA, Rafael Mendonça de. *Direito agrário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 45.

Com a devida vênia que o autor merece e está muito bem acompanhado dissentimos de seu pensamento por uma convicção simples: não admitimos que os princípios agrários sejam frutos da Política Agrária, mas sim que a Política Agrária seja elaborada em respeito e observância aos princípios do Direito Agrário. Sabido é que o substrato jurídico – uma lei ordinária é indispensável para implementação, pelo Poder Executivo, da Política Agrária, a qual está sujeita a influências momentâneas de caráter ideológico. Não podemos admitir, pois, que os princípios de Direito Agrário encontrem sua origem na Política Agrária ou que o Direito Agrário incorpore os princípios nela eventualmente inseridos<sup>65</sup>.

Comunga-se, neste trabalho, com o referido pensamento, com a ressalva de que, sob o ponto de vista teórico e científico, nada mais coerente do que o proposto pelo autor; todavia, na prática, muitos países desprezam os princípios do Direito Agrário, quando firmam suas políticas agrícolas, favorecendo os grupos econômicos, as políticas internacionais neoliberais, ou, ainda, elaboram leis coerentes com os princípios agrários, mas ignoram-nas.

Em se tratando de Direito Agrário europeu, há que se respeitar as normas comunitárias, que dão outras características a este ramo, que estabelece preocupações múltiplas com o meio ambiente, com a organização profissional e com a segurança alimentar do mundo. Elementos estes que, no fundo, em nada diferem dos elementos constitutivos da função social brasileira, descrita no art. 186, da Constituição Federal pátria, com a diferença de que, lá, são rigorosamente cumpridos e, aqui, ainda se encontra na luta para sua efetivação.

Conclui-se, então, que o Direito Agrário, hoje, é um ramo autônomo, didático e cientificamente independente, com princípios bem delineados, tendo por base o estudo da atividade agrária, com características específicas do meio rural, trazendo a marca da agrariedade e tendo como meta o estudo de múltiplos institutos, a saber: atividade agrária, reforma agrária, contratos agrários, propriedade rural e suas intercorrências, cooperativismo agrário, crédito rural, lutas sociais por terra, movimentos sociais pela melhoria do homem do campo, trabalho rural, meio ambiente agrário, segurança alimentar, qualidade de produção e todos os reclamos que nutrem a questão jurídica agrária. Os institutos variam de país para país, respeitando as exigências territoriais e as necessidades locais, sem, todavia, deixar de ambicionar os ditames internacionais de padrão de qualidade e quantidade de alimentos e os meios para sua produção, organização e comercialização dos produtos agrários. No Brasil, seu estudo é abrangente, tomando em conta a preocupação fundiária e a política agrícola, reunindo, assim, mais institutos que os demais países, uma vez que ainda não superou sua fase de ocupação democrática do solo.

---

<sup>65</sup> OLIVEIRA, Umberto Machado de. *Princípios de direito agrário na Constituição vigente*. Curitiba: Juruá, 2004. 135.

## Conclusão

Ao se fazer um estudo teórico, sobre uma disciplina jurídica, em princípio parece que o estudioso tenta se furtar da realidade, ou passar por algo que ele já assimilou, ou achou que já dominava, mas que retorna por falta de assunto. Porém com o tempo, a prática vai ensinando que o estudo teórico, a certeza do objeto de estudo, o conhecimento de autores, fornece os indicativos para milhões de problemas, que podem parecer insolucionáveis. Este foi o propósito do ensaio: chamar atenção ao estudo doutrinário.

Ficou demonstrada a responsabilidade social do Direito Agrário, frente à produção de alimentos. Num mundo onde há miséria fome e falta de acesso à uma alimentação segura o Direito Agrário aparece como o regulamentador de acesso à terra, à produção, ao trabalho, por meio de normas e leis que anseiam por justiça Social. O Estado deve estar atento à política fundiária e à política agrícola, cumprindo a função social da terra, nos seus elementos econômicos sociais e ambientais. As diferentes conceituações de Direito Agrário demonstram a importância de seu estudo, no mundo como um todo. A definição de seu conteúdo mobiliza a implicação ou não das normas agrárias e assim fixa que o Direito Civil não pode mais se achar senhor de julgar as lides rurais. O direito agrário é ciência autônoma definida no corpo constitucional e com institutos próprios e sua aplicação é imediata nas lides que o contemplam. Seus princípios norteiam o proceder dos profissionais. E os conflitos devem buscar como escopo sempre a Justiça social. Só assim será concluso seus propósitos.

\*

## Referências

- ALFONSIN, Jacques Tavares. *O acesso a terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e moradia*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.
- AUDIER, Jacques. *Droit Rural*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2002.
- BIBLIA Sagrada. *Velho Testamento*. 16,20. São Paulo: Paulinas, 1988. p. 200.
- BORGES, Paulo Tormin. *Institutos básicos do direito Agrário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CARRERA, Rodolfo, Ricardo. *Derecho agrário para el desarrollo*. Buenos Aires: Depalma, 1978.
- CARROZZA, Antonio. Localizzazione delle attività agricole e destinazione publica e privata delle terre all agricoltura. *Rivista di Diritto Agrario*, Milão, v. 54, n. 3, 1975.
- \_\_\_\_\_. *Lezioni di diritto agrário: elementi di teoria generale*. Milão: Giuffré, 1988, v. 1.
- COSTA, Helio Roberto Novoa da. Agroturismo ou turismo rural: atividade agrária acessória. *Revista de Direito Agrário*, Brasília, ano 17, n. 15, p. 37-40, jan./jun. 2001.
- DE MATTTIA, Fabio Maria. *Especialidades do Direito Agrário*. 1992. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1992.
- \_\_\_\_\_. Empresa agrária e estabelecimento agrário. *Revista de Direito Civil Imobiliário Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 19, n. 72, p. 51, abr./jun.1995.
- FALCÃO, Ismael Marinho. O direito Agrário no século XVI e o desenvolvimento rural brasileiro dos nossos dias. *Revista do IAB*, Rio de Janeiro, n. 93, p. 3, 2000.
- GISCHKOW, Emilio Maia. *Princípios do direito agrário*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- HERNANDEZ, Luis Martin Ballester. *Derecho agrário: estudios para una introducción*. Zaragoza: Neo Ediciones, 1990.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Atividade Agrária e proteção ambiental: uma simbiose possível*. São Paulo: Cultural Paulista, 1997.
- HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- LARANJEIRA, Raymundo. O direito agrário como ciência no Brasil. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Direito agrário brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999. p. 251.
- LARANJEIRA, Raymundo. *Propedêutica do Direito Agrário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1981.
- LIMA, Rafael Mendonça. *Direito Agrário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- LUCAS, Javier de. *El concepto de solidaridad*. México: Fontanara, 1998.
- MANIGLIA, Elisabete. Da possibilidade do turismo rural ser integrado como atividade agrária. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*. Franca, ano 4, n. 8, p. 226, jul./dez. 1999.
- MARCIAL, Alberto Ballarin. *Estúdios de derecho agrario y política agraria*. Madrid: Tipo Línea, 1975.
- \_\_\_\_\_. *La funcion social del suelo rustico y de la propiedad privada: estúdios em homenagem a Vallet de Groytisol*. Madrid Junta de decanos de los Colégios Notarales de Espanha. 1991.
- MATTOS NETO, Antonio Jose de. *A posse agrária e suas implicações jurídicas no Brasil*. Belém: Cejup, 1988.
- MIGUEL, Juan Francisco Delgado de. *Estudios de Derecho Agrario*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Derecho agrario de la Unión Europea*. Madrid: Thebook, 1996.
- MIRANDA, Alcir Gursen de. *Teoria do Direito Agrário*. Belém: Cejup, 1989.
- MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1969.

- OLIVEIRA, Umberto Machado de. *Princípios de direito agrário na constituição vigente*. Curitiba: Juruá, 2004.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 1.
- ROCHA, Olavo Acyr Lima. Atividade Agrária; conceito clássico, conceito moderno de Antonio Carrozza. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 94, p. 42-43, 1999.
- ROIG, Maria Jose Anón. *Necesidades y derechos: um ensayo de fundametación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- SANZ JARQUE, Juan José. *Derecho Agrário: general, autonómico y comunitário*. Madrid: Réus, 1985. v. 1.
- SANTOS NETTO, Artur Pio dos. A atividade agrária e o conteúdo do direito agrário. *Revista de Direito Agrário*, Brasília, ano 11, n. 11, p. 53, jul./dez. 1986.
- SCAFF, Fernando Campos. *Aspectos fundamentais da empresa agrária*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SCARDOELLI, Dimas Yamada. *A atividade rural brasileira face ao princípio constitucional tributário da capacidade contributiva*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2004.
- SILVA, Jose Graziano da. Por uma reforma agrária não essencialmente agrícola. *Revista Agroanalysis*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 18-21, mar. 1996.
- SODERO, Fernando. *Direito Agrário e reforma agrária*. São Paulo: Livraria legislação Brasileira, 1968.
- VIVANCO, Antonio C. *Teoría del derecho agrário*. La Plata: Librería Jurídica, 1967.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*. 3. ed. São Paulo: Alfa ômega, 2001.

# Política urbana e criminalidade<sup>1</sup>

FÁBIO CANTIZANI GOMES<sup>2</sup>

*Mestre em Direito pela UNESP-Franca, Professor de Direito Constitucional das Faculdades Integradas Padre Albino de Catanduva/SP, da Faculdade de Direito de Franca e da Universidade de Franca.*

**Resumo:** O presente trabalho buscou fundamentação teórica nas modernas teorias da criminologia desenvolvidas pela chamada Escola de Chicago, baseada na ecologia humana que busca relacionar a criminalidade com fatores socioambientais. Para tanto, a pesquisa foi realizada nos moldes de outras pesquisas anteriores semelhantes realizadas em São Paulo e Belo Horizonte, relatadas por outros autores consultados. Com base em dados fornecidos pela Prefeitura Municipal de Catanduva e pela Polícia Militar, buscou-se confirmar a hipótese inicial da pesquisa de que crimes violentos ocorrem em áreas mais pobres e de condições precárias de infraestrutura urbana enquanto crimes contra o patrimônio ocorrem em áreas de população com maior renda e de melhores condições de infraestrutura urbana. Após a coleta e análise dos dados, a hipótese inicial restou parcialmente confirmada como exposta no presente trabalho.

**Palavras-chave:** Política urbana. Criminologia. Escola de Chicago. Criminalidade. Infraestrutura urbana.

**Abstract:** The present article searched theory foundation in the Modern Criminology Theories developed by Chicago School, based on Human Ecology which tries to define a relation between criminality and social or environmental aspects. For this reason, this article was accomplished following similar patterns used in other articles achieved in São Paulo and Belo Horizonte, reported by consulted authors. Based on information provided by Catanduva City Hall and Military Police it was intended to confirm the article initial hypothesis of violent crimes happening in poorer areas where urbane infrastructure is precarious while crime against patrimony happens in areas where people have a better income rate and urbane infrastructure. After collecting information and examining it, the initial hypothesis was partly confirmed as shown on this article.

**Keywords:** Policies urban. Criminology. School Chicago. Criminality. Urban infrastructure.

## Introdução

A criminologia é um ramo de estudo que se preocupa, entre outros assuntos, com as causas e com a consequente prevenção da violência. Para o professor titular da USP, Sérgio Salomão Schecaira, a criminologia “tem por objeto a análise do delito, do delinquente, da vítima e do controle social, com a finalidade de prevenir o crime e intervir na pessoa do infrator”<sup>3</sup>.

Segundo Schecaira<sup>4</sup>, o estudo da criminologia pode ser dividido em três fases: uma pré-científica, em que não são levados em consideração métodos científicos de análise; uma fase intermediária, em que os autores contemporâneos de Lombroso

<sup>1</sup> Este artigo expõe as conclusões dos trabalhos de um grupo de pesquisa que funcionou entre 2008 e 2009, composto por alunos do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino de Catanduva-SP, para pesquisar as relações entre os níveis de criminalidade e as condições socioeconômicas e de infraestrutura urbana no Município de Catanduva.

<sup>2</sup> O autor foi idealizador e orientador da pesquisa que contou com a valiosa e dedicada participação dos seguintes alunos: Michelle Rodrigues Batista, Beatriz Dalcino, Beatriz Silva e Leonardo Riva Fatorelli, que devem ser considerados co-autores deste artigo.

<sup>3</sup> SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004. p. 363.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 364.

procuram trilhar os caminhos do cientificismo utilizando-se de métodos experimentais para entenderem a realidade criminal; e, o estágio científico, com origem nos estudos sociológicos norte-americanos que são desdobrados em várias visões da criminalidade.

Ou seja, após longo período de tempo em que se acreditou no determinismo genético como causa da violência do indivíduo, hoje se pode afirmar que “o comportamento humano é resultado de interações entre genes e condições ambientais que se originam da experiência de vida”<sup>5</sup>.

Assim, o crime não é considerado um fenômeno individual, mas ambiental, no sentido de que o ambiente compreende os aspectos físico, social e cultural da atividade humana<sup>6</sup>, sendo a desordem urbana um elemento do entorno que incentiva a violência<sup>7</sup>.

Através de conceitos retirados da Biologia e da Ecologia, a Escola de Chicago formulou teorias conhecidas como Ecologia Humana, que contribuíram para o desenvolvimento de uma sociologia urbana com vistas à implementação de políticas públicas eficientes no combate aos problemas das cidades, entre eles o da violência urbana<sup>8</sup>.

Estudos apontam que uma importante e inovadora contribuição da Escola de Chicago foi o fato de que seus pesquisadores, pretendendo apontar causas da criminalidade, reuniram dados estatísticos que evidenciaram que o crime era um produto social do urbanismo<sup>9</sup>.

A falta de organização e de planejamento da cidade pode constituir em causa de surgimento ou aumento da violência e da criminalidade. O congestionamento do trânsito, a inexistência de áreas de lazer, os problemas de vizinhança que retiram a tranquilidade do repouso dos moradores, a inexistência de postos de trabalho dignos para todos os cidadãos, todas estas disfunções são formas de desrespeito às funções urbanísticas que possuem consequências nos índices de violência daquele local<sup>10</sup>.

Os teóricos da criminologia posteriores à Escola de Chicago estabelecem a crítica de que o espaço físico e as condições precárias de infraestrutura urbana não podem ser diretamente apontados como responsáveis pela produção de criminalidade, mas sim como fatores que influenciam na existência da criminalidade.

Esta parece ser a melhor interpretação atual do legado teórico da Escola de Chicago e que permite também concluir pela implementação de práticas preventivas na melhoria da infraestrutura urbana e de fornecimento dos direitos

<sup>5</sup> FARIAS, Paulo José Leite. Ordem urbanística e prevenção da criminalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 168, p. 173, 2005.

<sup>6</sup> FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. *Espaço urbano e criminalidade: lições da Escola de Chicago*. São Paulo: Método, 2004. p. 70.

<sup>7</sup> FARIAS, op. cit., p. 173.

<sup>8</sup> Id., p. 171.

<sup>9</sup> FREITAS, op. cit., p. 54.

<sup>10</sup> FARIAS, op. cit., p. 171.

sociais pelo Estado, para o combate da criminalidade, conforme exposto no desenvolvimento e conclusão do presente trabalho.

Catanduva é uma cidade de médio porte do interior paulista, com 115.287 habitantes (dados estimados do IBGE para 2005), localizada na região Noroeste do estado, a 360 km da capital. Possui, segundo informa a Assessoria de Comunicação da Prefeitura, com base em dados do IBGE, índices socioeconômicos de destaque no cenário nacional, ocupando a 39ª. posição entre os 5.562 municípios brasileiros quanto ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH – 2007-2008) e o 117º lugar quanto ao PIB, com renda anual de R\$ 13.453,37 *per capita*, figurando melhor colocação que várias das capitais brasileiras.

Dados da Secretaria de Segurança Pública do estado, referentes ao primeiro trimestre de 2008, afirmam que, entre as cidades na mesma faixa de número de habitantes do Estado de São Paulo, Catanduva é a terceira com maior ocorrência de crimes. Com 633 ocorrências entre os crimes de furto, roubo, furto e roubo de veículos e homicídios, fica atrás somente de Barretos e Birigui, respectivamente com 967 e 653 ocorrências no mesmo período.

Os dados expostos acima levam ao questionamento das razões que fazem com que uma cidade com índices socioeconômicos tão favoráveis possua índices de criminalidade também altos.

O objetivo principal da pesquisa, portanto, constituiu-se em descobrir se uma injusta distribuição espacial dos recursos de infraestrutura urbana influencia na ocorrência da criminalidade.

Para tanto, buscou-se na realização da pesquisa uma diversidade metodológica pouco comum nos trabalhos jurídicos, com parte dos trabalhos realizados sobre o enfoque bibliográfico, com a formação do embasamento teórico sobre criminologia, ecologia humana e a Escola de Chicago, e, outra parte da pesquisa foi realizada através de trabalho de campo, efetivado com a busca e análise dos dados empíricos sobre a criminalidade, renda e condições de infraestrutura urbana do Município.

Também quanto aos métodos utilizados, pode-se concluir que o trabalho foi iniciado para tentar comprovar uma hipótese já existente, qual seja, a da relação da espécie de criminalidade com as condições de infraestrutura urbana, portanto partindo do método hipotético-dedutivo, porém, analisa dados concretos para extrair uma conclusão e, neste sentido, utiliza-se da indução.

A realização da pesquisa quanto aos dados coletados e analisados foi idealizada com base em outras pesquisas semelhantes já desenvolvidas anteriormente, conforme descrição abaixo.

Schecaira<sup>11</sup> nos dá notícia de que em 1995, por ocasião da elaboração do Programa Nacional de Direitos Humanos, o Ministério da Justiça convidou o Centro de Estudos

---

<sup>11</sup> Op. cit., p. 146.

de Cultura Contemporânea (Cedec) a elaborar um mapa da violência da capital paulista, relacionando a violência urbana com as condições sociais urbanas.

A cidade foi dividida em bairros, sendo atribuído um índice com notas socioeconômicas para cada bairro, levando-se em consideração indicadores tais como: renda familiar, acesso à água, esgoto e coleta de lixo, nível de escolaridade dos chefes de família, dentre outros. Neste sentido, as maiores notas foram atribuídas aos bairros centrais mais urbanizados, habitados pela classe mais alta, enquanto as notas mais baixas foram obtidas pelos bairros pobres da periferia. A conclusão óbvia foi confirmada pela pesquisa de que quanto menor a nota socioeconômica, maior foi a violência em decorrência dos homicídios ocorridos nestes bairros, enquanto que os bairros com as maiores notas apresentaram níveis baixos de violência.

A Universidade Federal de Minas Gerais possui um Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (CRISP) composto de pesquisadores envolvidos com o combate à criminalidade. Dentre suas atividades, destaca-se a organização e mapeamento de dados criminais de Belo Horizonte que comprovou, dentre outras hipóteses, a correlação sistêmica entre a deficiência da estrutura municipal urbana e as taxas de violência presentes nos locais analisados<sup>12</sup>.

Mais recentemente, em agosto de 2008, a *Folha de S. Paulo* publicou reportagem especial sobre um Mapa do Crime da capital paulista, com dados obtidos do setor de inteligência da polícia, revelando a distribuição da criminalidade pela cidade<sup>13</sup>.

Com base nestes dados, foi extraída a conclusão de que os crimes contra a vida ocorrem com maior frequência nas regiões mais pobres das cidades, enquanto que os crimes contra o patrimônio ocorrem nas regiões mais ricas.

Segundo a reportagem<sup>14</sup>, dados estatísticos do governo de São Paulo mostram que no primeiro semestre de 2008 ocorreram 630 homicídios na capital (3,4 por dia). Destes, 230 foram na zona sul, campeã desta espécie de ocorrência. Dentre os bairros mais violentos, destacam-se Capão Redondo, Jardim São Luis e Jardim Ângela, que juntos totalizaram 44 homicídios somente no segundo trimestre de 2008.

Estas áreas concentram cerca de 260 favelas, segundo a Prefeitura de São Paulo, e 31,5% dos domicílios têm renda de até três salários mínimos. Entretanto a reportagem conclui que mesmo sendo a mais violenta, a zona sul é a que mais tem reduzido a criminalidade (redução de 24% comparando o primeiro semestre de 2007 e de 2008). Segundo a polícia, são causas possíveis desta redução: a proibição de armas de fogo estabelecida pelo Estatuto do desarmamento, a limitação de horário de funcionamento de bares e a abertura de escolas para lazer nos fins de semana<sup>15</sup>.

Estas foram as pesquisas utilizadas como referencial metodológico para o presente trabalho, cujo desenvolvimento será exposto no item seguinte.

<sup>12</sup> FARIAS, op. cit., p. 177-178.

<sup>13</sup> CARAMANTE, André; SPINELLI, Evandro. Mapa do crime revela as áreas perigosas. *Folha de S. Paulo*, 6 ago. 2008. Cotidiano 2, Especial, p. C1.

<sup>14</sup> Id.

<sup>15</sup> Id.

# Criminalidade e infraestrutura urbana em Catanduva

## Desenvolvimento

Na pesquisa realizada em Catanduva, os dados de distribuição espacial quanto à média de renda da população foram obtidos junto à Prefeitura Municipal que forneceu o mapa de distribuição de renda conforme a Figura 1, onde se constata que a população com maior média de renda (superior a cinco salários mínimos) está localizada na área central e em bairros próximos ao centro. Na maior parte dos bairros em torno da região central, a média de renda cai para a faixa entre três a quatro salários mínimos, sendo que nos bairros mais afastados do centro a renda familiar é inferior a dois salários mínimos.

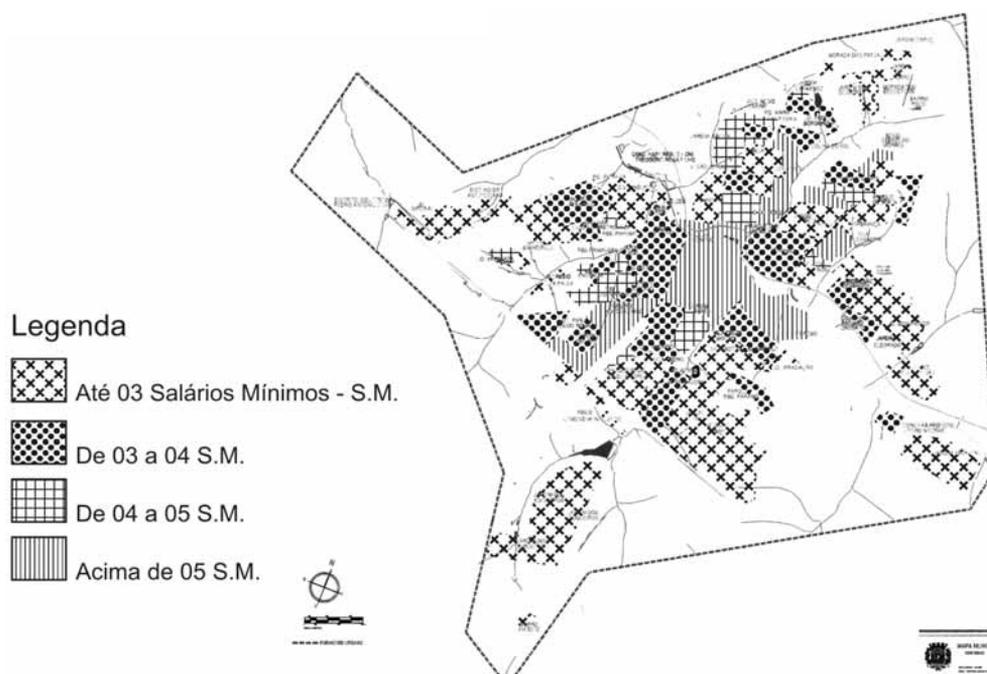


Figura 1 - Mapa de nível socioeconômico

Os dados relativos à criminalidade foram obtidos junto à Polícia Militar em Catanduva que forneceu dados referentes ao número de ocorrências registradas em cada bairro do Município, em cada mês desde janeiro de 2005 até agosto de 2008. Foram coletados dados referentes aos crimes de homicídio, lesão corporal, roubo, furto, estupro e tráfico de entorpecentes.

Estes dados foram totalizados e utilizados para a elaboração de mapas de criminalidade que revelam uma tendência de localização espacial da ocorrência dos crimes analisados.

Comparando-se os dados de criminalidade com a distribuição de renda espacial do Município, constata-se parcialmente a conclusão extraída das pesquisas citadas e que serviu de modelo para este trabalho, qual seja, a de que crimes mais violentos ocorrem em áreas mais pobres e de condições de infraestrutura urbana mais precária, e crimes contra o patrimônio ocorrem com maior frequência em áreas com população de maior nível de renda e melhores condições de infraestrutura urbana.

Esta hipótese inicial do trabalho, demonstrada nas pesquisas que serviram de modelo para esta, de que crimes mais violentos ocorrem em regiões mais pobres da cidade enquanto que crimes contra o patrimônio ocorrem em áreas habitadas por pessoas de maior poder aquisitivo, foi só parcialmente confirmada pela pesquisa realizada.

Analisando os mapas a seguir (Figuras 2, 3 e 4) sobre criminalidade e comparando-os com o mapa que revela a distribuição espacial da renda da população (Figura 1), constata-se que a maior incidência dos crimes de furto, roubo e também do de lesão corporal é na região central, onde a faixa de renda da população é mais alta. A maior ocorrência dos crimes de furto e de roubo comprova a hipótese inicial, porém a de lesão corporal não. Explica-se este fato, segundo a Polícia Militar, pelo tamanho do município e pela localização da maioria de bares, lanchonetes, escolas e demais pontos de aglomeração ser no centro da cidade, contribuindo para a ocorrência desta espécie de crime.

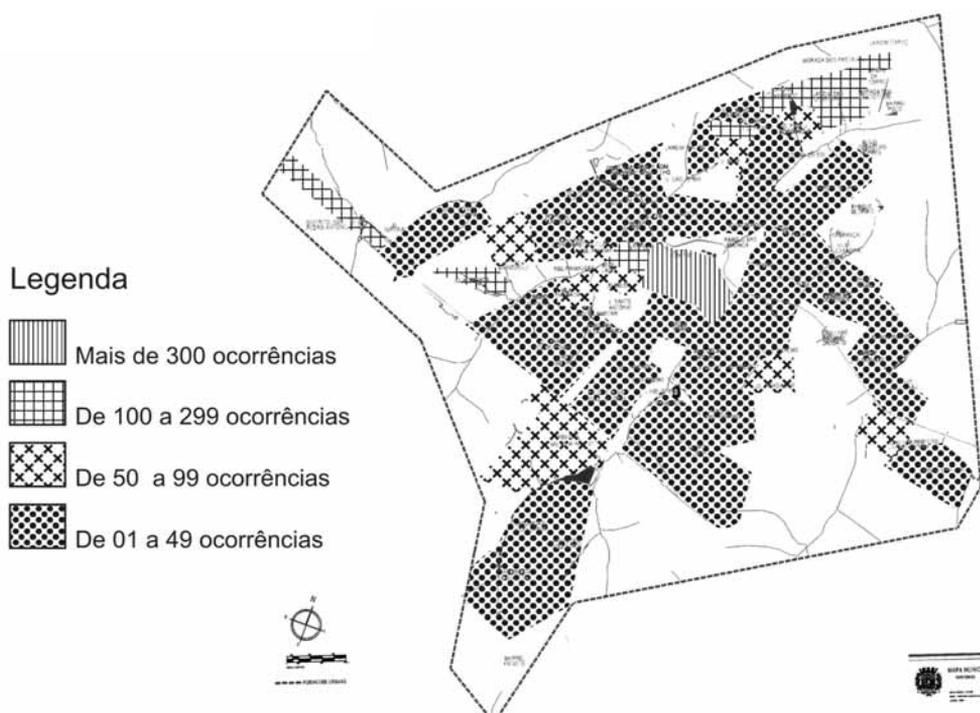
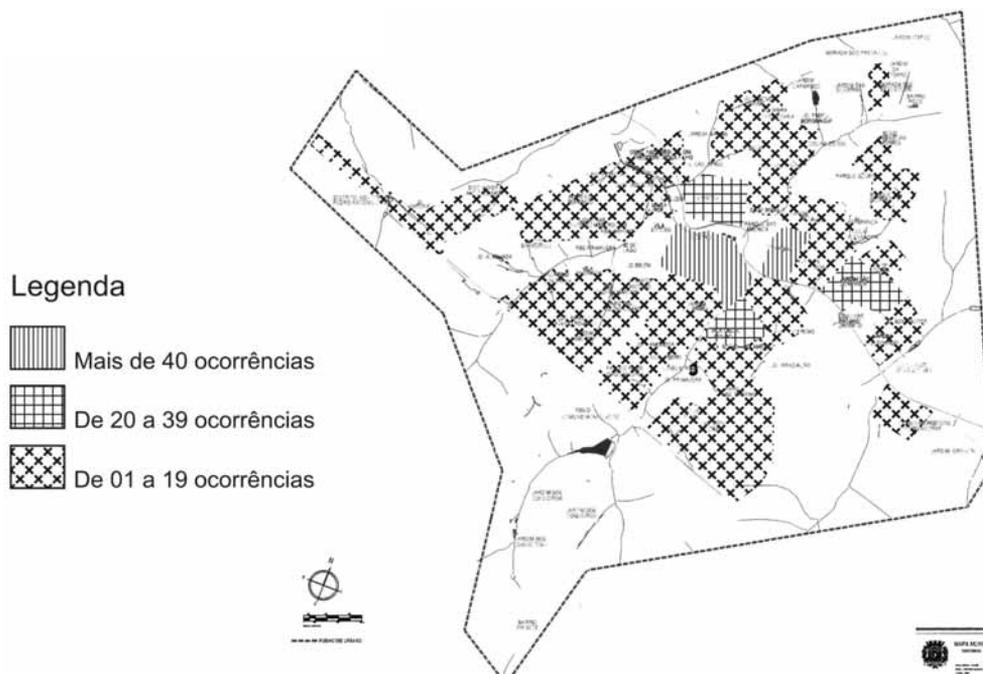
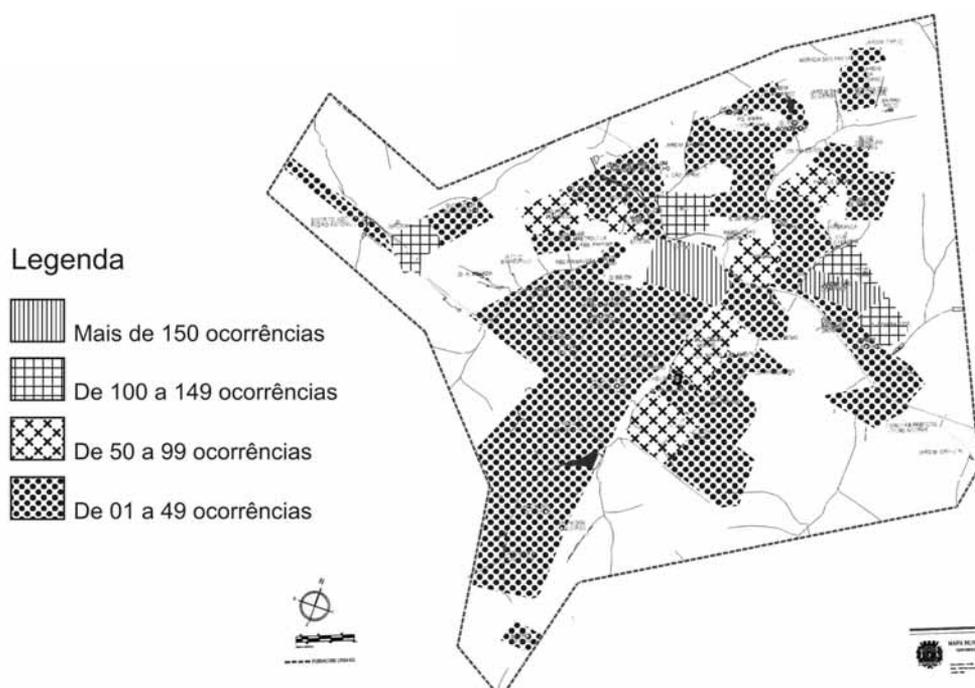


Figura 2 - Mapa crime de Furto



**Figura 3 -** Mapa crime de Roubo



**Figura 4 -** Mapa crime de Lesão Corporal

Quanto ao crime de homicídio (Figura 5), também fica comprovada parcialmente a hipótese inicial, verificada com o maior número de ocorrências em bairros periféricos habitados por população de baixa renda, porém com uma incidência também relativa na região central. Novamente, esta peculiaridade é explicada pelos mesmos argumentos expostos no item anterior.

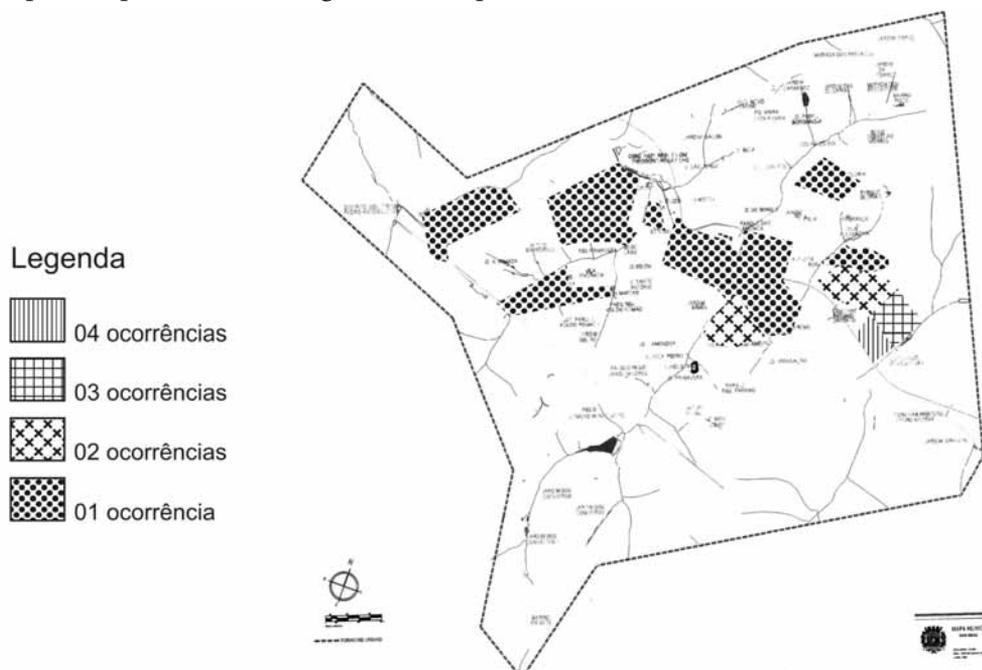


Figura 5 - Mapa crime de Homicídios

Desse modo, conclui-se que a hipótese inicial da pesquisa ficou parcialmente confirmada, sendo que os altos índices de ocorrência de crimes violentos ocorrem também na região central, que possui moradores com altos índices de renda, justificase em razão das peculiaridades de uma cidade de médio porte, onde o centro reúne praticamente todo fluxo de pessoas em busca de trabalho, estudo, lazer, dentre outras atividades, proporcionando a ocorrência dos mais variados tipos de crimes.

## Considerações finais

Uma das vertentes da moderna criminologia opera no sentido de que, uma vez constatado o fracasso do modelo meramente repressivo de combate à criminalidade, deva ser assumido um novo paradigma político-criminal, o modelo prevencionista.

Molina e Gomes<sup>16</sup> apontam dentre os principais programas teóricos de prevenção, aqueles que operam sobre áreas geográficas e os que operam por meio de

<sup>16</sup> MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução aos seus fundamentos teóricos*. São Paulo: RT, 2002. p. 435-437.

transformações no desenho arquitetônico e urbanístico para uma remodelação da convivência urbana.

Ambos, mas principalmente o primeiro modelo prevencionista apontado acima, inspira-se em pressupostos teóricos da ecologia da Escola de Chicago, que reconhece a existência de áreas urbanas deterioradas, com baixos níveis de condição de vida e infraestrutura precária, acarretando elevados níveis de desorganização social e estimulando o surgimento de conflitos sociais.

Molina e Gomes<sup>17</sup> apontam que os teóricos da Escola de Chicago defendiam a idéia da solução destes problemas a partir da intervenção do poder público nestas áreas precárias, implementando melhorias na infraestrutura urbana juntamente com o aumento do controle social.

Os mesmos autores estabelecem críticas aos teóricos da ecologia da Escola de Chicago por não acreditarem na eficácia da política prevencionista baseada somente numa intervenção espacial. Entretanto, apontam que, uma vez constatadas áreas de condições precárias, seria mais eficaz uma maior intervenção estatal no sentido de oferecer aos cidadãos melhorias em todos os aspectos sociais tais como acesso a saúde, à educação, ao lazer, à cultura e demais serviços estatais além da infraestrutura urbana<sup>18</sup>.

Esta é a mesma conclusão do Promotor de Justiça da ordem urbanística do Ministério Público do Distrito Federal, Paulo José Leite Farias<sup>19</sup>, para quem o respeito às funções urbanísticas da cidade tem papel de destaque na busca de soluções para o problema da violência urbana. Neste sentido, a garantia da recreação e do lazer contribui para a diminuição das tensões sociais, enquanto que os acessos ao trabalho e também à moradia ensejam a inexistência de alvos disponíveis, evitando situações de risco que tendem a aumentar a incidência de crimes.

Conclui Farias:

[...], o combate a violência pode ser realizado por meio de políticas públicas garantidoras da dignidade da pessoa humana, nos termos da diretriz constitucional de garantia das funções urbanísticas. Protejam-se as funções urbanísticas de uma comunidade urbana para que sejam protegidos os seus habitantes!<sup>20</sup>

Neste sentido, conclui-se também com a presente pesquisa que, mesmo que apenas parcialmente constatada a hipótese de maior criminalidade violenta em bairros de baixa renda e condições precárias de infraestrutura urbana de Catanduva, a melhoria destas condições físicas urbanas, aliada a uma melhor distribuição dos recursos públicos e conseqüente melhoria de acesso da população carente aos serviços estatais de saúde, educação, lazer, cultura, dentre outros, contribuiria para a redução dos níveis de criminalidade.

\*

<sup>17</sup> Ibid., p. 435-436.

<sup>18</sup> Ibid., p. 436-437.

<sup>19</sup> Op. cit., p. 181.

<sup>20</sup> Ibid., p. 181.

## Referências

CARAMANTE, André; SPINELLI, Evandro. Mapa do crime revela as áreas perigosas. *Folha de S. Paulo*, 6 ago. 2008. Cotidiano 2, Especial, p. C1.

FARIAS, Paulo José Leite. Ordem urbanística e prevenção da criminalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 168, 2005.

FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. *Espaço urbano e criminalidade: lições da Escola de Chicago*. São Paulo: Método, 2004.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução aos seus fundamentos teóricos*. São Paulo: RT, 2002.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004.

## Bibliografia consultada

KAWAGUTI, Luis. “Triângulo da morte”, no extremo sul, tem 14,5% dos homicídios. *Folha de S. Paulo*, 6 ago. 2008. Cotidiano 2, Especial, p. C3.

MENDONÇA, Francisco. *Clima e criminalidade: ensaio analítico da correlação entre a temperatura do ar e a incidência de criminalidade urbana*. Curitiba: UFPR, 2001.

OLIVEIRA, Nilson Vieira (Org.). *Insegurança pública: reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana*. São Paulo: Nova Alexandrina, 2002.

# Jurisdição constitucional e Tribunal de Contas

**IVANA MUSSI GABRIEL**

*Formada na Universidade Estadual Paulista, advogada em São José do Rio Preto (SP), professora universitária, especialista em Direito Tributário pelo IBET e mestranda na ITE/Bauru.*

**Resumo:** Não obstante a jurisdição constitucional seja prerrogativa exercida, exclusivamente, pelo Poder Judiciário, os Tribunais de Contas, como qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado, estão autorizados, pelo sistema jurídico nacional, a interpretar e negar a aplicação dos seus atos normativos contrários à Constituição Federal. Isso ocorre porque as Cortes de Contas, sobretudo no desempenho de suas atribuições, exercem atividade de natureza administrativa, de controle externo. Daí o alcance da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, que confere ao Tribunal de Contas a possibilidade de apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. O presente trabalho tem por escopo dar uma correta interpretação ao entendimento sumular, de acordo com o conceito esboçado de jurisdição constitucional.

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional. Tribunal de contas. Controle de constitucionalidade.

**Abstract:** Despite the constitutional jurisdiction is the prerogative exercised exclusively by the judiciary, the audit, any court or any of the powers of the state, are authorized by the national legal system to interpret and to deny the application of its normative acts contrary to the Constitution. This is because the Courts of Auditors, especially in the performance of their duties, exercise of an administrative activity, external control. Hence the range of 347 Precedent of the Supreme Court, which gives the Court the opportunity to assess the constitutionality of laws and acts of the government. And this work is scoped to a correct interpretation of the understanding overviews, according to the concept of constitutional jurisdiction smoother.

**Keywords:** Constitutional jurisdiction. Court of Auditors. Control of constitutionality.

## Introdução

De acordo com a clássica teorização da separação dos poderes, desenvolvida por Charles de Montesquieu, em 1748, na obra *De L'Esprit des Lois*, as funções estatais (executar, legislar e julgar) são atribuídas a três órgãos especializados (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), harmônicos e independentes entre si, que passam a exercê-las com exclusividade.

No Brasil, o ordenamento jurídico constitucional adota a teoria da separação dos poderes no art. 2º da CF/88 (*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*). O Executivo exerce função administrativa ou executiva, que consiste em aplicar a lei, de ofício, ao caso concreto, para realização dos fins públicos. O Judiciário exerce a função jurisdicional, que, por sua vez, consiste em aplicar a lei ao caso concreto, para solução de litígios, com definitividade.

No Poder Judiciário, portanto, centraliza-se toda a jurisdição, em razão do disposto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 (*A lei não*

*excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*). O Tribunal de Contas, como afirma José Cretella Junior<sup>1</sup>, “não julga, não tem funções judicantes, não é órgão integrante do Poder Judiciário, pois todas suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa”. Os vocábulos jurisdicionais e administrativos se repelem, porque aquele que julga não administra e aquele que administra, não julga.

Essa discussão doutrinária, a respeito da natureza jurisdicional das decisões proferidas pela Corte de Contas, ocorre em razão do emprego, inapropriado, no texto constitucional, dos vocábulos “tribunal”, “julgar”, “julgamento”, “jurisdição”, como se dá no artigo 71, inciso II (*julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos*), artigo 73 (*O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo território nacional*).

Ora, não obstante a atecnia legislativa, todas as atribuições do Tribunal de Contas, como a emissão de parecer sobre contas dos chefes do Poder Executivo, o registro e fiscalização dos contratos, aposentadorias, reformas e pensões, bem como o julgamento de contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, são de fiscalização, de natureza administrativa, e não jurisdicional.

Para Eduardo Lobo Botelho Gualazzi:

[...] igualmente, nos parece, em uníssono com José Cretella Júnior, que a jurisdição *stricto sensu*, em termos científicos, é exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário, que detém no Brasil, o monopólio da competência constitucional de aplicar o Direito contenciosamente a casos concretos, em lindes qualificadas por uma pretensão resistida, com observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e da coisa julgada formal e material, tudo em consonância com o art. 5<sup>a</sup> (XXXV) da Constituição da República do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Sob aspecto jurídico, não há como supor ou imaginar que o Tribunal de Contas seja órgão com natureza, substância, essência, judicante, cujas decisões produzam a coisa julgada, com definitividade<sup>2</sup>.

Ao contrário da recomendação de Carlos Drummond de Andrade<sup>3</sup>, de abster-se de “sofismar quem tem razão entre os sem razões deste instante”, o presente trabalho sustentará, a partir do conceito adotado de jurisdição, que o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, não exerce a denominada jurisdição constitucional, no sentido de delimitar, definitivamente, o alcance da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, que assim assevera: *O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público*.

<sup>1</sup> CRETELLA JUNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 166, p. 1, out./dez. 1986.

<sup>2</sup> GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 186.

<sup>3</sup> ANDRADE, Carlos Drummond. *Seleção em prosa e verso*. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 1987.

## Jurisdição constitucional

Já dizia Calamandrei, “impossível atribuir um conceito absoluto à jurisdição, que seja válido para todos os tempos e para todos os povos<sup>4</sup>”.

Na divisão das tarefas estatais, como observa Hesse<sup>5</sup>, a jurisdição consiste na mais peculiar das funções do Estado. Numa comparação entre as funções legislativas e executivas, o autor sustenta que a função jurisdicional não se distingue das demais funções estatais pelo fato de aplicar o direito ao fato concreto, já que isso é obrigação de todos os órgãos estatais, em maior ou menor grau, de acordo com sua competência. A especificidade da função jurisdicional ocorre por estar alheia a opções políticas, pela independência e definitividade dos seus pronunciamentos.

Nesse sentido, observa Elio Fazzalari:

[...] o derradeiro e essencial traço da jurisdição consiste na autoridade da coisa julgada. Os provimentos jurisdicionais tornar-se-ão definitivos, incontestáveis para as partes, intocáveis para o juiz e, por esta razão, irretiráveis, tanto o concernente ao provimento, quanto aos seus efeitos<sup>6</sup>.

Para utilizar a expressão de Hesse<sup>7</sup>, a denominada jurisdição constitucional serve “exclusivamente à conservação da Constituição”. E essa atividade jurisdicional, no Brasil, pertence aos órgãos do Poder Judiciário, com a missão precípua de defesa constitucional.

A respeito da jurisdição constitucional, Alfredo Baracho compreende que:

[...] atividade jurisdicional tem como objetivo verificar a concordância das normas de hierarquia inferior, leis e atos administrativos com a Constituição, desde que violaram as formas impostas pelo texto constitucional ou estão em contradição com preceito da Constituição, pelo que os órgãos competentes devem declarar sua inconstitucionalidade e conseqüente inaplicabilidade<sup>8</sup>.

Pode-se afirmar, *a fortiori*, que a jurisdição constitucional possui, como característica essencial, a diversidade de instrumentos processuais destinados à fiscalização da constitucionalidade de atos normativos. Gilmar Mendes utiliza a expressão “sistema peculiar, de natureza híbrida”, que prevê uma diversidade de ações constitucionais próprias do modelo difuso de constitucionalidade, de origem norte-americana e do modelo abstrato de constitucionalidade, de origem europeia,

<sup>4</sup> CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1999. apud GONZÁLES MONTES, José Luis. *Instituciones de Derecho Procesal*. Tecnos, 1993. t. 1, p.20.

<sup>5</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 575.

<sup>6</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996. p. 479.

<sup>7</sup> Op.cit., p.420.

<sup>8</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 97-98.

como ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de preceito fundamental.

Isso se dá porque a jurisdição constitucional surge, inicialmente, no direito norte-americano, em 1803, com a decisão no julgamento do processo *Marbury versus Madison*, proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que declarou a inconstitucionalidade do ato do Congresso Nacional em face da Constituição Federal, dando origem ao controle difuso de constitucionalidade. E, no ano de 1920, em razão da Constituição austríaca, surge o controle concentrado de constitucionalidade, que confere a um único órgão, denominado Tribunal Constitucional, a legitimidade para realizar tal desiderato.

## **Evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**

No Brasil, não se fala de controle de constitucionalidade de atos normativos na Constituição do Império de 1824, porque essa estabeleceu a primazia do Poder Moderador do imperador sobre os demais poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), o que relativizou a independência do Poder Judiciário, afinal o Poder Moderador detinha a prerrogativa de suspender ou remover qualquer magistrado. O Poder Moderador representava, portanto, a chave de toda organização política, delegada privativamente à majestade imperial para salvaguarda da manutenção da independência, do equilíbrio e harmonia dos demais poderes constituídos.

Além do Poder Moderador, a Constituição do Império conferiu ao legislador a tarefa de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como velar pela guarda da Constituição. Cabia, portanto, ao Poder Legislativo exercer a guarda da Constituição, apesar de que não era descrito nenhum mecanismo para que a tarefa fosse cumprida, motivo pelo qual não se fala em controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade dos atos normativos foi inaugurado com a primeira constituição republicana de 1891, com a instituição do sistema difuso de controle, por influência do sistema norte-americano. Estabeleceu-se, no seu artigo 59, a dualidade de justiça comum, exercida pela justiça estadual e, agora, pela justiça federal para realizar o controle de constitucionalidade das leis dentro do Estado.

De acordo com Lenio Streck<sup>9</sup>, o controle difuso de constitucionalidade não possuía “qualquer mecanismo que estendesse o efeito da decisão para o restante da sociedade. Ou seja, formal e tecnicamente, a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de um ato normativo, até o ano de 1934, ficava restrito às partes contendoras”.

Foi Rui Barbosa quem, em 1893, debatendo uma causa que patrocinava, demonstrou aos membros do Supremo Tribunal Federal o óbvio, isto é, que não somente tinham

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 341.

o direito, mas, sobretudo, o dever de declarar inconstitucionais atos normativos incompatíveis com a Constituição. Na ocasião, disse Rui que, ao contrário do que ocorrera nos Estados Unidos da América do Norte, em que o controle da constitucionalidade pelo Poder Judiciário tinha sido uma construção jurisprudencial devida ao gênio de Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, pois essa competência não resultava de texto constitucional expresso, a Constituição Brasileira de 1891 era clara a esse respeito, quando às Justiças Federal e Estadual<sup>10</sup>.

A Carta Política de 1934, apesar de manter o controle difuso, trouxe novidades no controle de constitucionalidade dos atos normativos. De acordo com Luiz Roberto Barroso:

Com a Constituição de 1934, foi introduzido um caso específico de controle por via principal e concentrado, de competência do Supremo Tribunal Federal: a denominada representação interventiva. No tocante ao controle incidental e difuso, a Constituição de 1934 passou a exigir o voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais e previu a suspensão do Senado Federal da lei ou ato declarado inconstitucional<sup>11</sup>.

A Constituição de 1937, também denominada de Constituição Polaca, foi um retrocesso, inclusive em matéria de controle de constitucionalidade, porque, embora mantido o controle difuso, deixou de prever a suspensão por parte do Senado Federal da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e a representação interventiva. Além disso, a declaração de inconstitucionalidade, realizada pelo Poder Judiciário, poderia ser afastada e tornada sem efeito por decisão do Parlamento e mediante iniciativa do Presidente da República.

Vale destacar que a Constituição de 1937 de Getúlio Vargas, conforme ensina Zeno Veloso<sup>12</sup>, “foi documento que não saltou do papel para vida. Trata-se de uma Constituição apenas nominal. Praticamente não foi executada, não foi aplicada”.

Por sua vez, a Constituição de 1946 superou, como diz Paulo Bonavides<sup>13</sup> “o interregno de retrocesso que fora o período da Constituição de 37”. Nesse sentido, além de manter o controle difuso (*incidenter tantum*), volta a prever a suspensão por parte do Senado Federal da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e, agora, por qualquer órgão judiciário. Restabelece, inclusive, a representação interventiva, destinada a resolver os conflitos federativos.

Importante ressaltar que, sob regime da Constituição de 1946, foi promulgada a Emenda Constitucional (EC) nº16/65, que instituiu ainda no regime militar, a ação direta de constitucionalidade, instaurada por provocação do Procurador Geral da República. Nesse sentido, surge a seguinte indagação: não seria um paradoxo o

<sup>10</sup> STRECK, op. cit., p. 343.

<sup>11</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 62.

<sup>12</sup> VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 33.

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 329.

fato de o regime militar ter introduzido o controle concentrado de constitucionalidade?

Como observa Clèmerson Merlin Clève<sup>14</sup>, curioso o fato da representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse mecanismo contrariando a dinâmica de qualquer ditadura presta-se, admiravelmente, para proteção e garantia dos direitos fundamentais. Diversa, contudo, é opinião de Lenio Streck, nos seguintes termos:

[...] não vejo paradoxo no proceder do regime militar. Ao contrário, a preocupação dos militares era justamente estabelecer um mecanismo rápido e eficaz para evitar que juizes e tribunais, com pensamento democrático, mediante decisões no controle difuso de constitucionalidade, obstaculizem ações do establishment. [...]. Não se deve esquecer que a Constituição de 1946, quando da aprovação da EC 16/05, longe estava de seu texto original. Além disso, o próprio regime preparava uma nova constituição<sup>15</sup>.

A Constituição outorgada no regime militar de 1967 não trouxe modificações importantes ao sistema de controle de constitucionalidade, mantendo, nos mesmos moldes das Constituições anteriores, o controle difuso e o controle abstrato instituído pela EC nº15/65. A EC nº1/69, fundamentada no Ato Institucional nº5, não alterou o sistema de controle estabelecido pela Constituição de 1967.

A Constituição de 1988, como explica Zeno Veloso<sup>16</sup>, trouxe importantes avanços, com vistas ao aperfeiçoamento e à democratização da fiscalização constitucional. Para exemplificar: ampliou o número dos legitimados ativos para ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103), com extinção do monopólio do Procurador Geral da República; introduziu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º), o mandado de injunção (art. 102, I, q) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, §1º); previu a instituição, nos Estados-Membros, de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual (art. 125). A Emenda Constitucional 3, de 1993, dando nova redação ao art. 102, I, “a”, por sua vez, introduziu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Pode-se dizer que a Constituição Cidadã manteve o sistema híbrido, eclético ou misto de controle de constitucionalidade, combinando os modelos difuso e concentrado. No desempenho da jurisdição constitucional, o Poder Judiciário dispõe, portanto, de várias ações para promover a fiscalização dos atos normativos diante da Constituição, a fim de garantir a supremacia da mesma.

<sup>14</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 88.

<sup>15</sup> Op.cit.,p.355.

<sup>16</sup> Op.cit.,p.34.

Numa síntese realizada por Luis Roberto Barroso<sup>17</sup>, há, no Brasil, o controle incidental, exercido, de modo difuso, por todos os juízes e tribunais e o controle principal, por via de ação direta, de competência concentrada no Supremo Tribunal Federal, consoante o seguinte elenco: a) ação direta de inconstitucionalidade (genérica – art. 102, I, a); b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º); c) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a); d) ação direta interventiva (art. 36, III); e e) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º).

## Modelo brasileiro de controle judicial de constitucionalidade

A Constituição Federal de 1988 adota duas formas de controle: o concentrado e o difuso.

De acordo com o controle concentrado, o exame de constitucionalidade é realizado pela via direta, através da ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, bem como arguição de preceito fundamental. Para tanto, é unicamente competente o Supremo Tribunal Federal, que pode ser provocado pelos legitimados do artigo 103 da Constituição de 1988, cuja decisão tem o condão de gerar efeitos retroativos à data da edição do ato julgado inconstitucional (*ex tunc*), a não ser por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (artigo 27 da Lei 9868/99).

Por atacar diretamente a norma abstratamente considerada, o julgado atinge a todos indistintamente (*erga omnes*) e não só as partes do processo. Além disso, uma vez declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a norma inquinada é automaticamente extirpada do ordenamento jurídico, independente de comunicação a qualquer órgão ou Poder.

A respeito do controle concentrado, assevera Marcelo Figueiredo:

O sistema concentrado de constitucionalidade, se por um lado, pode *abstratamente considerado* não ser tão criativo e original quanto o americano - na medida em que não dispõe da variedade de juízes analisando a matéria constitucional - o que supõe, no mínimo, um maior número de decisões e interpretações sobre a mesma norma impugnada - ganha em uma especialização presumida. É dizer, *supõe-se* que, em havendo um único Tribunal moldado e estruturado para analisar a matéria constitucional, estaríamos todos nós, os seus jurisdicionados, mais seguros de que a tarefa de dizer o direito constitucional em definitivo estaria em melhores mãos<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Op.cit.,p. 67.

<sup>18</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de constitucionalidade: algumas notas e preocupações. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 183.

Por outro lado, no controle difuso, também denominado de via de exceção ou controle concreto, a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, no curso do processo, de ofício ou mediante a arguição das partes envolvidas na demanda, contudo, na defesa de seus interesses. A competência para declarar a inconstitucionalidade, nesse caso, é aberta, podendo qualquer juiz de primeiro grau e tribunais fazê-lo. Como observa Lenio Streck<sup>19</sup>, o controle difuso “retira do órgão de cúpula do Poder Judiciário o monopólio do controle de constitucionalidade, servindo de importante mecanismo de acesso à justiça e, conseqüentemente, à jurisdição constitucional”.

A declaração de inconstitucionalidade, na via de exceção, dependerá do voto da maioria absoluta dos membros ou dos membros do respectivo órgão especial do tribunal, conforme o disposto no artigo 97 da Constituição Federal de 1988, e surtirá efeitos retroativos (*ex tunc*) apenas entre os participantes do processo (*inter partes*). Contudo, caso o Senado Federal suspenda, por resolução, a execução do ato normativo declarado, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, inconstitucional, surtirá efeitos *erga omnes* e *ex nunc*. É o que dispõe o inciso X, do artigo 52 da Constituição Federal de 1988.

A respeito da discricionariedade dessa resolução do Senado Federal, leciona Fernando Akaoui:

O posicionamento que tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal, no próprio Senado Federal e em abalizada doutrina é no sentido de que a edição da resolução que teria o condão de suspender a execução da lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, é de discricionariedade política daquele órgão legislativo<sup>20</sup>.

Nesse sentido, concluem Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Não há dúvidas de que o Senado Federal exerce poder discricionário, podendo ou não suspender a execução da norma declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. O momento do exercício da competência do art. 52, X, é ato de política legislativa, ficando, portanto, ao crivo exclusivo do Senado. Não se trata de cumprimento de sentença do Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela via de exceção. Na verdade, a decisão do Senado Federal é no sentido de estender a sentença do Supremo, pertinente à inconstitucionalidade (não à prestação de fundo do pleito - caso concreto), para todos. Os efeitos da resolução, portanto, são sempre a partir de sua edição, ou seja, *ex nunc*<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Op.cit.,p. 362.

<sup>20</sup> AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Jurisdição constitucional e a tutela dos direitos metaindividuais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 49.

<sup>21</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29.

## Tribunal de Contas no Brasil

Na criação do Tribunal de Contas no Brasil, Rui Barbosa, então ministro da Fazenda do governo provisório de Marechal Deodoro da Fonseca, foi responsável pela Exposição de Motivos do Dec. 966-A, de 07 de novembro de 1890, que criou, pela primeira vez, o Tribunal de Contas. Apesar de aprovado, a Corte de Contas passou a existir de fato apenas com a Constituição Republicana de 1891, que a denominou de “órgão constitucional”, com expressa competência para fiscalizar as receitas e despesas da República, nos termos do art. 89.

Art. 89. É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa (sic) e verificar a sua legitimidade antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste tribunal serão nomeados pelo presidente da República, com aprovação do Senado, e somente perderão os seus logares (sic) por sentença.

Não houve maior contribuição que um Ministro da Fazenda poderia fazer em defesa do dinheiro público. Na Exposição de Motivos do Dec. 966-A, Rui Barbosa, influenciado pelo modelo francês, chancela a autonomia do Tribunal de Contas que, apenas na Constituição de 1967, será denominado de Tribunal de Contas da União. Fala-se, pela primeira vez, de uma instituição intermediária, que medeia, de forma independente, as funções da administração e da legislatura.

Para o patrono do Tribunal de Contas da União, a Corte de Contas não seria parte de qualquer dos poderes, mas

[...] o corpo de magistratura intermediário à administração e à legislatura que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, exerce funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparentoso e inútil<sup>22</sup>.

Como observa Bruno Speck, a instituição do Tribunal de Contas, no Brasil, não seguiu

[...] nem o modelo prussiano – que, de certa maneira, ainda estava presente nos projetos propostos durante o Império -, nem o modelo anglo-saxônico, onde a instituição de controle continuava estreitamente vinculada às funções assistenciais ao parlamento. O modelo seguido era o da França, onde a nova instituição de controle ganhou amplas garantias de independência, desempenhando, com certa autonomia, funções de apoio à administração e ao Legislativo ao mesmo tempo<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> BARBOSA, Ruy. *Exposição de Motivos: Brasil*. Decreto n.966-A, de 7 de novembro de 1890.

<sup>23</sup> SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. p. 42.

Na evolução histórica do Tribunal de Contas, a positivação na Constituição de 1891 foi deveras importante, porque as constituições posteriores, salvo nos regimes ditatoriais, passaram a criar os Tribunais de Contas dos Estados, os Tribunais de Contas dos Municípios e Tribunais de Contas do Município, além de ampliar suas atribuições constitucionais. Vale destacar que o primeiro Tribunal de Contas do Estado foi o do Piauí, criado em 1899. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, contudo, estabeleceu-se em 1923.

Hoje, tem-se um Tribunal de Contas da União, 27 Tribunais de Contas dos Estados, quatro Tribunais de Contas dos Municípios e dois Tribunais de Contas do Município, o que significa, na expressão de Marcos Nóbrega<sup>24</sup>, “imensa capilaridade”, pois poucos países do mundo, sobretudo, de dimensões territoriais como o Brasil, possuem um sistema de controle externo tão abrangente como o nosso.

O Tribunal de Contas da União distingue-se dos demais, porque é criado pela União, no sentido de fiscalizar, especificamente, os recursos federais. Os Tribunais de Contas dos Estados são criados pelos respectivos Estados para fiscalizar, contudo, os recursos estaduais ou municipais, onde não houver Tribunal de Contas dos Municípios ou Tribunal de Contas do Município.

Os Tribunais de Contas dos Municípios não se confundem com os Tribunais de Contas do Município. Os primeiros são criações do Estado para fiscalizar os recursos de seus respectivos municípios, previstos nos Estados da Bahia, Goiás, Ceará e Pará. Os últimos são criados pelo Município, e não pelo Estado, para fiscalizar os próprios recursos, como ocorre apenas na cidade de São Paulo e do Rio de Janeiro.

Numa síntese elaborada por Carlos Alexandre Amorim Rocha<sup>25</sup>, pode-se dizer que o Tribunal de Contas é composto por ministros ou conselheiros, procuradores e técnicos: aos primeiros competem discutir e julgar os assuntos sujeitos ao controle externo; aos segundos cabe defender a ordem jurídica; e aos técnicos compete instruir os processos de tomadas de contas e prestação de contas, bem como elaborar relatórios de auditorias para posterior julgamento.

## Natureza do Tribunal de Contas

O artigo 71 da Constituição Federal de 1988 dispõe que “o *controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União*”.

<sup>24</sup> NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos tribunais de contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 34, out./dez. 2008. Adotam o sistema do Tribunal de Contas, dentre outros países, o Brasil, Alemanha, Coréia, Espanha, Portugal, França, Grécia, Holanda, Japão e Uruguai.

<sup>25</sup> ROCHA, Carlos Alexandre Amorim. Especialização e autonomia funcional no âmbito do Tribunal de Contas da União. *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n. 157, p. 225, jan./mar. 2003.

Embora o Tribunal de Contas auxilie o Poder Legislativo no controle externo de toda Administração Pública, dele não é dependente; ao contrário, trata-se de órgão constitucional autônomo, sem qualquer relação de subordinação com os três poderes constituídos, com independência administrativa e financeira, como já preconizava Rui Barbosa na Exposição de Motivos do Dec. 966-A. É, na verdade, órgão técnico especializado ou, na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “um conjunto orgânico perfeitamente autônomo”.

Como observa Luiz Henrique Lima<sup>26</sup>, a própria organização do texto constitucional, que coloca Tribunal de Contas da União numa seção própria dentro do Capítulo dedicado ao Poder Legislativo, indica que a Corte de Contas, órgão técnico que auxilia o Congresso Nacional na função do controle externo, não lhe é subordinado, constituindo, conforme a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e do Ministro Ayres Brito, um “órgão constitucionalmente autônomo”.

A função de auxílio ao Parlamento, prestada pela Corte de Contas, definitivamente, não significa subordinação hierárquica, porquanto o art. 73 da Constituição Federal de 1988 confere ao Tribunal de Contas autonomia, que lhes assegura autogoverno, dispondo, ainda, os membros de prerrogativas próprias, como os predicamentos inerentes à magistratura. Há, portanto, toda uma estrutura administrativa e funcional, constituída por um corpo técnico multidisciplinar, qualificado e preparado para auxiliar o Legislativo no desempenho do controle externo, sem, contudo, querer, com ele, estabelecer qualquer vínculo institucional.

Para Carlos Ayres Brito,

O Tribunal de Contas da União não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo. Quem assim me autoriza a falar é a Constituição Federal, com todas as letras do seu art. 44, *litteris*: “O Poder legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Logo, o Parlamento brasileiro não se compõe do Tribunal de Contas da União<sup>27</sup>.”

Não obstante o artigo 71 da Constituição Federal de 1988 possa dar a impressão de fazer menção ao Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo, não deve ser assim entendido, em razão da distinção entre função e natureza do Tribunal de Contas. Ora, a Constituição Federal, em artigo algum, utiliza a expressão órgão auxiliar; dispõe, ao contrário, que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com auxílio do Tribunal de Contas. A sua função, portanto, é de atuar em auxílio ao Legislativo.

É o que assevera Odete Medauar:

<sup>26</sup> LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 26.

<sup>27</sup> BRITO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, n. 9, dez. 2001.

Muito comum é a menção do Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo, o que acarreta a idéia de subordinação. Confunde-se, desse modo, a função com a natureza do órgão. A Constituição Federal, em artigo algum, utiliza a expressão “órgão auxiliar”; dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com auxílio do Tribunal de Contas. [...] Se a sua função é atuar em auxílio ao Legislativo, a sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três Poderes. A nosso ver, por conseguinte, o Tribunal de Contas configura instituição estatal independente<sup>28</sup>.

A respeito da autonomia do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, na ADI 4190 MC/RJ, decidiu que:

Revela-se inteiramente falsa e completamente destituída de fundamento constitucional a idéia, de todo equivocada, de que os Tribunais de Contas seriam meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo. Na realidade, os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. (ADI 4190 MC/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJE 4/8/2009)

## Natureza das decisões do Tribunal de Contas: função judicante?

Como órgão controlador de toda atividade financeira do Estado, o Tribunal de Contas desempenha, privativamente, a atribuição de “julgamento” das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, conforme o inciso II do artigo 71 da Constituição Federal de 1988.

Pode-se, então, falar que a Corte de Contas desempenha função judicante, típica do Poder Judiciário?

Desde a criação do Tribunal de Contas no Brasil, há divergência doutrinária a respeito da natureza das deliberações do Tribunal de Contas que julgam as contas dos administradores públicos.

Para Pontes de Miranda, Seabra Fagundes e, mais recentemente, Jorge Ulisses Jacob Fernandes, por expressa disposição constitucional, as deliberações realizadas pelas Corte de Contas possuem natureza judicante e não administrativa.

Numa análise da Constituição Federal de 1967, Pontes de Miranda<sup>29</sup> leciona que a “função judicialiforme do Tribunal de Contas diminuiu, porém não profundamente. Ainda assim, ele julga da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis, bem como das autarquias”. Para Jacob Fernandes<sup>30</sup>, por sua

<sup>28</sup> MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 27, n. 108, p. 124, out./dez. 1990.

<sup>29</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: RT, 1970. t.III. p. 336-340.

<sup>30</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacob. *Tomada de contas especial*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 29.

vez, o “julgamento sobre contas, decidindo a regularidade ou irregularidade, é soberano, privativo e definitivo”.

Dispõe Seabra Fagundes:

A força jurisdicional da decisão do Tribunal de Contas não ocorre pelo simples emprego da palavra julgar, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a irregularidade das contas pudesse dar lugar à nova apreciação pelo Judiciário, o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo<sup>31</sup>.

Em posição diametralmente oposta, para a doutrina majoritária e jurisprudência dos Tribunais Superiores, as decisões das Cortes de Contas, a respeito das contas dos administradores têm natureza “administrativa” e não jurisdicional, em razão do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, que prevê, no ordenamento constitucional, o sistema da jurisdição única ou monopólio da tutela jurisdicional. Significa dizer que as decisões administrativas do Tribunal de Contas estarão sempre sujeitas a apreciação do Poder Judiciário, que as fará com definitividade. Nas decisões das Cortes de Contas estão ausentes, portanto, o caráter de definitividade inerente aos atos jurisdicionais.

Como observa José Cretella Júnior:

Nenhuma das tarefas ou atividades do Tribunal de Contas configura atividade jurisdicional, pois não se vê, no desempenho dessa Corte de Contas, nem autor, nem réu, nem propositura de ação, nem provocação para obter interpretação jurisdicional, nem inércia inicial, nem existência de órgão integrante do Poder Judiciário, nem julgamento de crimes contra administração<sup>32</sup>.

A respeito da redação do inciso II do artigo 71 da Constituição Federal de 1988, dispõe José dos Santos Carvalho Filho que o sentido do termo julgar é o de:

[...] apreciar, examinar, analisar as contas, porque a função exercida pelo Tribunal de Contas na hipótese é de caráter eminentemente administrativa. Por isso, esse exame se sujeita, como qualquer ato administrativo, a controle do Poder Judiciário no caso de contaminado de vício de legalidade, e não tem a definitividade que qualifica os atos jurisdicionais<sup>33</sup>.

Julgar contas, para José Cretella Junior<sup>34</sup>, é “examiná-las, conferir-lhes a exatidão, ver se estão certas ou erradas, traduzindo o resultado num parecer da mais alta valia, mas que nada tem de sentença judiciária. É função matemática, contabilística, nada

<sup>31</sup> FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 137-139.

<sup>32</sup> Op.cit,p.13.

<sup>33</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.301.

<sup>34</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.121.

mais”. Para Augusto Sherman Cavalcanti<sup>35</sup>, é “apreciar, por meio de documentos apresentados ou de outra forma obtidos, os atos de gestão praticados pelo responsável sobre aqueles bens ou valores públicos, segundo os critérios da legalidade, legitimidade e economicidade”.

Dispõem Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath:

O julgamento é apenas administrativo e de cunho técnico. O alcance do inciso é vasto, de forma a alcançar todos os que detenham, de alguma forma, dinheiro público, em seu sentido mais amplo. Não há exceção e a interpretação deve ser a mais abrangente possível, diante do princípio republicano, que fixa a responsabilidade do agente público. A Constituição anterior apenas mencionava a Administração central e as autarquias<sup>36</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa que:

[...] embora o dispositivo fale em julgar (inciso II do art. 71), não se trata de função jurisdicional, porque o Tribunal apenas examina as contas, tecnicamente, e não aprecia a responsabilidade do agente público, que é de competência exclusiva do Poder Judiciário; por isso se diz que o julgamento de contas é uma questão prévia, preliminar, de competência do Tribunal de Contas, que antecede o julgamento do responsável pelo Poder Judiciário<sup>37</sup>.

A respeito da competência para julgar as contas, José Afonso da Silva<sup>38</sup> sustenta que não se trata de função jurisdicional, pois o Tribunal de Contas não julga pessoas, nem dirime conflitos de interesses, apenas exerce um julgamento técnico de contas.

Para Carlos Ayres Britto:

Em síntese, pode-se dizer que a jurisdição é atividade-fim do Poder Judiciário, porque, no âmbito desse Poder, julgar é tudo. Ele existe para prestar a jurisdição estatal e para isso é que é forrado de competências. Não assim como os Tribunais de Contas, que fazem do julgamento um dos muitos meios ou das muitas competências para servir à atividade-fim do controle externo<sup>39</sup>.

Marcos Nóbrega<sup>40</sup>, nesse sentido, leciona que, “no Brasil, apesar de serem chamados de Tribunal, de serem integrados por Ministros (TCU) e de julgarem contas, não integram o Poder Judiciário. São tribunais administrativos e suas deliberações são de natureza administrativa”. Continua o autor:

<sup>35</sup> CAVALCANTI, Augusto Sherman. Aspectos da Competência Julgadora dos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p.333, 2004.

<sup>36</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.217.

<sup>37</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 742.

<sup>38</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 755.

<sup>39</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*. São Paulo: RT, 2002.

<sup>40</sup> NÓBREGA, Marcos. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 277.

Muito embora o texto constitucional utilize a expressão julgar, não se trata, apesar de algumas importantes opiniões contrárias, de uma função jurisdicional e também não confere às decisões proferidas pelos Tribunais de Contas força de decisão judicial. Trata-se de uma deliberação de natureza administrativa, que pode ser revista em sede judicial<sup>41</sup>.

Luciano Ferraz assente que:

A competência prevista no art.71, II, da CF/88, relativamente ao Tribunal de Contas, reveste-se, assim, como as demais, de natureza meramente administrativa. Não faz coisa julgada material e sua exatidão poderá ser questionada em face do Poder Judiciário, diante da unidade da jurisdição, consubstanciada no art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988<sup>42</sup>.

Por todo exposto, pode-se afirmar que os Tribunais de Contas, definitivamente, não exercem jurisdição judicante, no sentido escorreito do termo, uma vez que suas decisões não possuem definitividade, sendo, pois, passíveis de revisão pelo Poder Judiciário. As atribuições da Corte de Contas são, ao contrário, meramente administrativas, de fiscalização, apreciação de contas, concessão de aposentadorias, reformas e pensões, estranhas, pois, à função jurisdicional.

## Conclusão

O Tribunal de Contas, no desempenho de suas atribuições, não exerce jurisdição judicante, pois a atividade jurisdicional, no Brasil, constitui monopólio do Poder Judiciário. Não obstante, em razão do desempenho constitucional de controle externo, a Corte de Contas fica autorizada a pronunciar-se a respeito do controle de constitucionalidade dos atos submetidos ao seu julgamento, deixando meramente de aplicá-los quando manifestamente inconstitucionais.

Nesse sentido, imperioso fazer a distinção entre a declaração de inconstitucionalidade, prerrogativa do Poder Judiciário e a não aplicação das leis inconstitucionais.

Para Roberto Ferreira Rosas:

Caso o ato esteja fundado em lei divergente da Constituição, o Tribunal de Contas pode indagar-se a aplicação, porque há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigatória para qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Ibid.,p. 283.

<sup>42</sup> FERRAZ, Luciano de Araújo. *Controle da administração pública: elementos para compreensão dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 174.

<sup>43</sup> ROSAS, Roberto Ferreira. *Direito sumular*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 137.

O controle de constitucionalidade da lei ou ato do Poder Público, por sua vez, somente pode ser feito pelo Tribunal de Contas pela via incidental e com efeitos restritos às partes envolvidas no processo, deixando de aplicá-los por manifesta afronta à Constituição Federal. Importante destacar que as Cortes de Contas podem tão-somente afastar a incidência da norma inconstitucional no caso concreto, ou seja, negar o cumprimento dos atos normativos inconstitucionais, pois a declaração de inconstitucionalidade constitui prerrogativa do Poder Judiciário. Por exemplo, no cumprimento do artigo 71, inciso III da Constituição de 1988, o Tribunal de Contas pode negar o registro do ato de aposentadoria ou admissão do servidor com fundamento na inconstitucionalidade da lei que se apoiou.

É nesse sentido que se deve interpretar o alcance da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, que, expressamente, autoriza o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. De acordo com o sistema jurídico nacional, os Tribunais de Contas, em razão do desempenho da atividade de controle externo, estão autorizados a interpretar e negar a aplicação dos seus atos normativos contrários à Constituição Federal, o que não significa julgar, exercer atividade judicante, exclusiva do Poder Judiciário, sob pena de afronta à separação dos poderes.

\*

## Referências

- AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Jurisdição constitucional e a tutela dos direitos metaindividuais*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- ANDRADE, Carlos Drummond. *Seleção em prosa e verso*. 10 ed. Rio de Janeiro: Record, 1987.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBOSA, Ruy. *Exposição de Motivos: Brasil*. Decreto n.966-A, de 7 de novembro de 1890.
- BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRITO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, n. 9, dez. 2001.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*. São Paulo: RT, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CAVALCANTI, Augusto Sherman. Aspectos da Competência Julgadora dos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, 2004.
- CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- CRETELLA JUNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 166, out./dez. 1986.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacob. *Tomada de contas especial*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.
- FERRAZ, Luciano de Araújo. *Controle da administração pública: elementos para compreensão dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de constitucionalidade: algumas notas e preocupações. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GONZÁLES MONTES, José Luis. *Instituciones de Derecho Procesal*. Tecnos, 1993. t.1.
- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

- MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 27, n. 108, out./dez. 1990.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: RT, 1970. t.3.
- NOBREGA, Marcos. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos tribunais de contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, out./dez. 2008.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ROCHA, C. Alexandre Amorim. Especialização e autonomia funcional no âmbito do Tribunal de Contas da União. *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n. 157, jan./mar. 2003.
- ROSAS, Roberto Ferreira. *Direito sumular*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

# Extinção da punibilidade em crimes contra a ordem tributária e a previdência social

## PLÍNIO ANTÔNIO BRITTO GENTIL

*Mestre em Direito pela Universidade de Franca. Doutor em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutor em Educação pela Universidade Federal de São Carlos. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino, do Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro – Victório Cardassi, e da pós-graduação da União Educacional Minas Gerais. Procurador de Justiça no Estado de São Paulo.*

## ANA PAULA JORGE

*Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Toledo – Araçatuba/SP. Professora assistente do Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro – Victório Cardassi. Advogada.*

**Resumo:** Esta pesquisa estuda a extinção da punibilidade em delitos de supressão ou redução de tributo ou de contribuição social ou previdenciária, abordando os pontos específicos que fazem deste um tema específico, a partir da verificação de que o pagamento da obrigação para com o estado tem o poder de determinar o fim do direito de punir o autor de uma infração penal. O estudo revela uma opção estatal por receber seu crédito em lugar de impor uma sanção ao infrator, além de consequências jurídicas especiais, como a possibilidade de um alargamento sempre maior do prazo para a extinção da punibilidade pelo pagamento, da substituição da pretensão punitiva por um título de caráter civil, assim como da impunidade dos crimes meio, eventualmente empregados para a supressão ou redução do tributo ou da contribuição.

**Palavras-chave:** Crimes tributários. Crimes previdenciários. Extinção da punibilidade.

**Abstract:** This research studies the extinction of punishment in crimes of elimination or reduction of tax or social contribution and welfare, addressing the specific points that make this a specific theme, from the verification that the payment of the obligation to the state has the power to determine the order of the right to punish the perpetrator of a criminal offense. The study shows a state option to receive their credit in lieu of imposing a penalty for infringing as well as legal consequences, such as the possibility of an extension if more time for the extinction of punishment for the payment, the replacement of a claim for punitive title character of civil as well as the impunity of crimes means, possibly used for the removal or reduction of tax or contribution.

**Keywords:** Tax crimes. Crimes pension. Termination of punishability.

## Introdução

Na proteção das receitas tributária e previdenciária, o estado brasileiro utiliza o direito criminal, definindo infrações e atribuindo penas, o que basicamente faz através de dois diplomas: a Lei n. 8137/90 e o Código Penal. Procura-se punir principalmente, e entre outras, as condutas de supressão ou redução de tributo e de falta de recolhimento de contribuição social ou previdenciária, resultados que são alcançados de variadas maneiras, algumas das quais já por si mesmas ilícitas.

A natureza específica dessa tutela penal, entretanto, aliada ao principal objetivo do legislador criminal, que tudo indica ser o recebimento das importâncias devidas, impõe um regime peculiar ao tratamento jurídico da matéria, que se materializa

notadamente nas formas de extinção da punibilidade do agente dos delitos tributários e previdenciários.

Assim é que o pagamento da dívida, mesmo parcelada, constitui, via de regra, causa extintiva da punibilidade, o que sugere a hipótese de que ao Estado interessa mais a quitação do débito que a repressão a um fato carregado de valor negativo, que supostamente é o motivo de sua inscrição no rol das infrações penais. Mais do que isso, a elevação do pagamento ao nível de causa de extinção da punibilidade traz questões penais e processuais interessantes, como a referente ao limite temporal máximo em que pode ocorrer esse pagamento que fulmina a punibilidade, ou a que se coloca quando feita a inevitável associação dessa causa extintiva com as figuras da desistência voluntária e do arrependimento, previstas no Código Penal, e que não foram ali dotadas de amplitude tão grande.

Dadas as particularidades da matéria é que se propõe investigar as características dessas circunstâncias, em relação às quais se procura estabelecer as consequências jurídicas possíveis e as principais questões que decorrem do seu reconhecimento. O método utilizado é o dogmático jurídico, empregado na forma dedutiva.

## A extinção da punibilidade: generalidades

Os crimes fiscais, ou contra a ordem tributária, estão previstos na Lei n. 8.137/90, cujos artigos 1º e 2º definem os delitos de *supressão* e de *redução de tributo ou contribuição social*. De outro lado, o Código Penal Brasileiro, nos artigos 168-A e 337-A, com a redação dada pela Lei n. 9983/00, tipifica os crimes denominados de *apropriação indébita previdenciária* e de *sonegação de contribuição previdenciária*. A criminalização dos fatos descritos nesses dispositivos e as sanções penais a eles aplicáveis visam garantir, num caso, a integralidade do crédito tributário, como forma de tutelar o erário público e a receita legalmente estipulada; noutro, o regular recolhimento das contribuições previdenciárias. Por esta razão é que se permite, como causa extintiva de punibilidade do agente, o pagamento do tributo ou da contribuição.

Vale lembrar, quanto à extinção da punibilidade no caso dos crimes tributários e previdenciários, que vigoram as causas extintivas previstas no Código Penal (art. 107), além de outras específicas, próprias do regime jurídico que regula essas infrações. Assim, constituem causas extintivas: a morte do agente, a prescrição, a decadência, a *abolitio criminis*, a anistia, o indulto. Ao lado delas, o pagamento do tributo, como visto. Sobre algumas delas há que fazer ainda algumas considerações. A *abolitio criminis*, como se sabe, ocorre com o advento de uma nova lei que deixa de considerar crime o fato antes definido como tal; consiste na revogação da norma tipificadora anterior. Com ela cessam os efeitos de uma eventual sentença penal condenatória, deixando a infração de existir e não se cogitando mais do direito de punir. A

retroatividade de lei mais benéfica também pode representar a extinção da punibilidade quando, por exemplo, fixe uma pena máxima menor do que a imposta ao réu condenado, que, em virtude da modificação para menos do *quantum* da sanção penal, pode já tê-la cumprido, caso em que estará findo o *jus puniendi* do Estado.

A anistia, que só pode ser concedida por lei votada pelo Congresso Nacional, extingue a punibilidade pelo crime praticado; dirige-se a determinada infração, apagando seus efeitos penais, não ao condenado, ou processado; pode ocorrer antes ou depois da sentença e impede a reincidência. Há um paralelo no direito tributário, previsto pelo art. 175 do Código Tributário Nacional (CTN), que trata da extinção do crédito tributário pela anistia. O dispositivo legal se refere ao crédito tributário, mas como ele constitui elemento do tipo penal que define o crime tributário, a sua extinção importa na extinção também da infração penal e, conseqüentemente, da punibilidade do agente.

Quanto ao indulto, trata-se de forma de perdão da pena imposta pela prática do crime; é dirigida ao condenado, depois da condenação transitada em julgado para a acusação, ainda que sem trânsito para a defesa; é concedido por decreto do presidente da república, podendo ser individual (graça) ou coletivo; não impede a reincidência.

## Extinção da punibilidade nos crimes tributários e previdenciários

O pagamento do tributo ou da contribuição social é causa extintiva específica dos delitos de *supressão ou redução de tributo ou contribuição social*, previstos nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/90. Situação análoga existe em relação aos crimes de *apropriação indébita previdenciária* e de *sonegação de contribuição previdenciária*, definidos nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal, onde são considerados, respectivamente, espécie de crimes contra o patrimônio e contra a administração pública.

De fato, o art. 14 da lei 8.137 de 1990 declarava extinta a punibilidade “quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”. Posteriormente, a Lei n. 8.383/91 revogou o referido artigo. Em 1995, porém, o art. 34 da lei n. 9.249/95, conferiu efeito repristinatório ao art. 14 da Lei 8.137/90, restabelecendo a extinção de punibilidade dos crimes contra a ordem tributária sempre que ocorrer pagamento do tributo ou contribuição social antes do recebimento da denúncia<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> “Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”. BRASIL. Lei Federal n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 dez. 1995.

Há entendimentos de que o mero parcelamento, por se consistir em uma das hipóteses de pagamento, é suficiente para ensejar a extinção da punibilidade. Nesse sentido, confira-se decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARCELAMENTO. A questão está em saber se o simples parcelamento do débito de que dispõe o art. 34 da Lei n. 9.249/1995, na vigência desta lei, extingue a punibilidade dos crimes de apropriação indébita de contribuições previdenciárias. No caso, houve o parcelamento do débito antes do recebimento da denúncia, impondo-se, dessa forma, a declaração da extinção da punibilidade do crime (art. 34 da mencionada lei). Precisamente por consistir em uma das hipóteses de pagamento, o parcelamento do débito, desde que anterior ao recebimento da denúncia, afasta a justa causa da ação penal e determina a extinção da punibilidade do respectivo delito. Precedentes citados: RHC 13.047-SP, DJ 2/8/2004; EREsp 229.496-SP, DJ 3/2/2003; REsp 378.799-RS, DJ 16/6/2003, e REsp 403.622-RN, DJ 30/6/2003. AgRg no REsp 1.026.214-RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 29/4/2008. 6ª T. (Info. Nº 354)<sup>2</sup>.

Isso ocorre porque, conforme a ordem jurídica vigente, o pagamento do tributo ou da contribuição social ou previdenciária, bem como das correspondentes penalidades pecuniárias, é suficiente para repor as coisas em seus lugares e satisfazer o ideal de justiça penal. A conveniência da recomposição do patrimônio estatal sobrepõe-se à necessidade de sancionar com pena criminal o autor de uma infração penal. Assim, o contribuinte deve sofrer os efeitos da sanção penal somente ante a recusa do pagamento do tributo ou da contribuição e de seus acessórios.

A lei n. 9.983 de 14 de julho de 2000 trouxe alterações no âmbito legislativo, sobretudo em relação ao Código Penal e à Lei 8.212 de 24 de julho de 1991, sendo esta última a que dispõe sobre a organização da seguridade social e que definia crimes contra o sistema previdenciário. Dentre essas alterações destaca-se a prevista em seu art. 3º, que revogou os tipos penais previstos no seu art. 95 da Lei da Seguridade Social, dando nova redação ao Código Penal, no qual foram inseridos os chamados delitos previdenciários.

Nos crimes de apropriação indébita previdenciária, prevista no artigo 168-A, e de sonegação de contribuição previdenciária, prevista no artigo 337-A, todos do Código Penal (inseridos pela Lei 9.983/00), extingue-se a punibilidade “se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal”, nos termos, respectivamente, dos parágrafos 2º e 1º desses dispositivos.

<sup>2</sup> FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *STJ principais julgamentos*. Salvador, BA: Jus Podivm, 2009. p. 184.

## Ampliação das hipóteses de extinção da punibilidade pelo pagamento

Dois diplomas legais posteriores à Lei n. 8.137/90 disciplinam formas de suspensão da punibilidade relativamente aos crimes fiscais e previdenciários, com efeitos diretos, na verdade, sobre a extinção da punibilidade, que, num desses diplomas, é expressamente prevista. A Lei 10.684/03, que disciplina o parcelamento de débitos na Secretaria da Receita Federal, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Instituto Nacional de Seguridade Social, dispõe em seu artigo 9º, §2º, literalmente:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

[...]

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios<sup>3</sup>.

Conforme se constata da redação do *caput* deste artigo, caso a pessoa jurídica relacionada com o agente dos crimes contra a ordem tributária, ou contra a previdência social, estiver em regime de parcelamento do débito, ocorre a suspensão da pretensão punitiva do Estado. O parágrafo 2º deste artigo não mencionou condições de tempo como “antes do recebimento da denúncia” ou “até o início da ação fiscal”, o que leva a entender que, havendo pagamento integral do tributo, antes do trânsito em julgado da sentença da ação penal, extingue-se a punibilidade.

Antes dessa lei já vigorava a que instituiu o chamado *Programa de Recuperação Fiscal* (Refis). Trata-se de um programa de recuperação, instituído pela Lei n. 9.964 de 10 de abril de 2000, cujo principal objetivo é proporcionar a regularização dos débitos de pessoas jurídicas ou físicas, decorrentes de tributos e contribuições sociais devidos à União, concedendo aos contribuintes alguns benefícios tendentes a suspender a exigibilidade do crédito tributário.

Pela redação do artigo 15 da referida lei, observa-se que o legislador concedeu ao integrante do Refis a prerrogativa de ter a pretensão punitiva do Estado suspensa:

<sup>3</sup> BRASIL. Lei Federal n. 10.684, de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, edição extra, 31 maio 2003.

Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal<sup>4</sup>.

Ressalte-se que para os devedores - e eventuais réus em processos criminais - incluídos no Refis, é necessário que eles parcelem seu débito antes do recebimento da denúncia criminal.

Vale dizer: o parcelamento do débito suspende a punibilidade; no caso de se tratar de parcelamento no regime do Refis, tal suspensão está condicionada a ter o réu sido incluído no programa antes do recebimento da denúncia; o pagamento integral do débito até o trânsito em julgado da sentença condenatória extingue a punibilidade.

A propósito desses dispositivos, também há entendimento de que, uma vez incluído o acusado no sistema de parcelamento do tributo ou contribuição social, extingue-se a sua punibilidade, independentemente do pagamento do débito; a inclusão no sistema gera, por si, um título de natureza não penal, que deve ser executado pelas vias competentes, mas sem implicação criminal. Nessa hipótese, a punibilidade pelo eventual crime fiscal ou previdenciário fica extinta com a transação efetuada entre o devedor e a administração.

Estes benefícios são aplicáveis em qualquer tempo do inquérito policial, do processo penal ou mesmo da execução provisória de sentença condenatória, enquanto o réu/devedor permanecer incluído no programa.

## **A denúncia espontânea do contribuinte**

Seguindo a lógica segundo a qual o direito penal é utilizado como meio de *convencer* o suposto devedor a quitar seu débito fiscal, a chamada denúncia espontânea, prevista pelo art. 138 do CTN constitui também, indiretamente, uma causa extintiva de punibilidade pelo possível crime de supressão ou redução de tributo ou contribuição social (arts. 1º e 2º da Lei n. 8137/90). Isso ocorre porque, de uma certa forma, o agente tem a possibilidade de reparar, ou evitar, o dano ao erário. Além do pagamento, outro requisito necessário para o agente se beneficiar da excludente, é que a denúncia seja espontânea e apresentada à autoridade administrativa antes da instauração de qualquer procedimento administrativo.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Lei Federal n. 9.964, de 10 de abril de 2000. Institui o Programa de Recuperação Fiscal - Refis e dá outras providências, e altera as Leis nºs 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 abr. 2000.

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração<sup>5</sup>.

Aqui há uma inegável associação com as figuras da desistência voluntária, do arrependimento eficaz e do arrependimento posterior, previstas nos artigos 15 e 16 do Código Penal. O paralelo com cada uma de tais situações, que não são causas extintivas de punibilidade nos delitos comuns, dar-se-á na medida de como se encontra o *iter criminis* já percorrido pelo agente em direção à supressão ou redução do tributo. Se ainda há atos executórios por praticar e ocorre a denúncia referida pelo art. 138 do CTN, será caso de desistência voluntária; se todos os atos já foram praticados mas a supressão ou a redução não ocorreram, havendo a denúncia ter-se-á o arrependimento eficaz; por último, se o tributo já foi, enfim, suprimido ou reduzido, a denúncia alcançará um delito já consumado e aproximação é com o arrependimento posterior. Em todas as hipóteses, porém, ocorrerá a extinção da punibilidade do agente, nos termos do citado art. 138 e, mais ainda, dos arts. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/03 e 15 da Lei n. 9964/00, anteriormente mencionados.

Uma vez tendo ocorrido hipóteses que, segundo o Código Penal, seriam ajustáveis às figuras da desistência voluntária ou de qualquer dos casos do arrependimento, ainda resta a questão relativa à responsabilidade do agente pelo crime meio, quando ele tenha cometido fato típico e ilícito com o fim de suprimir ou reduzir tributo, como, por exemplo, uma falsidade de documento ou de papéis públicos. Vale lembrar, a propósito, o disposto no art. 108 do Código Penal, que se refere a crimes que são pressupostos de outros, ou conexos, sempre determinando a autonomia da extinção da punibilidade de cada um. A referência a esse comando legal é importante porque, aplicado o raciocínio ao caso do delito tributário ou previdenciário, restaria um crime meio a punir, o que pode contrariar a intenção do legislador de extinguir (totalmente) a punibilidade do infrator que paga o débito.

É também natural que, na hipótese prevista pelo art. 138 do CTN, se levante a possibilidade de que a denúncia da infração seja apenas voluntária (como o arrependimento previsto no Código Penal) e não apenas espontânea. Lembre-se que por voluntário se entende aquilo que é feito segundo a vontade do agente, mesmo que convencido por outro, enquanto que, para ser espontâneo, algo tem

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e Institui Normas Gerais de Direito Tributário Aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 out. 1966. Retificado no Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 out. 1966. Denominado Código Tributário Nacional pelo art. 7º do Ato Complementar nº 36, de 13 de março de 1967.

que ser fruto da iniciativa do sujeito; quer dizer, *voluntário* é um conceito mais amplo do que *espontâneo*. A leitura do *caput* do artigo em conjunto com o seu parágrafo único leva a considerar que a voluntariedade presume a espontaneidade, desde que esta parece só ser afastada pelo início de um procedimento administrativo ou de medida de fiscalização.

## Conclusão

A extinção da punibilidade nos delitos de supressão ou redução de tributo, bem como de contribuição previdenciária, tem um tratamento jurídico especialíssimo, na medida em que a satisfação da obrigação tributária ou previdenciária constitui causa extintiva do *jus puniendi*.

Essa opção do legislador revela, sem sombra de dúvida, a preferência pelo recebimento do crédito à retribuição do mal do delito pelo mal da pena. Escolhe-se deixar de impor castigo ao delinquente desde que este se conforme em pagar o que deve ao Estado. Nessas condições, o caráter antiético, supostamente existente num fato definido como crime, fica sob suspeita, já que pode ser sanado com um ato que muitas vezes é posterior à consumação do delito. É mesmo lícito imaginar que, ou o fato, afinal, não possui uma carga antiética, ou que, entre a satisfação da obrigação financeira e a repressão ao crime, o Estado escolhe a primeira alternativa.

Por outro lado, da elevação do pagamento da dívida à categoria de causa extintiva de punibilidade decorrem efeitos jurídicos específicos, como a possibilidade de ampliação do prazo para um pagamento com tais consequências, o que acabou acontecendo com o advento da Lei n. 10.684/03, diante do que o delinquente/devedor passou a dispor de todo o tempo do parcelamento da dívida para, mediante o pagamento, impor a extinção da punibilidade no âmbito criminal.

Diante de tal sistema, também tem cabimento considerar a possibilidade de que, ajustado o parcelamento, se possa advogar o término do *jus puniendi*, em face de sua substituição por um título de natureza civil, cuja disciplina jurídica conduz a uma execução de obrigação de dar, mas jamais a uma pena criminal.

Igualmente procede estabelecer um paralelo entre a denúncia espontânea da infração tributária, acompanhada do respectivo pagamento, nos moldes do disposto no art. 138 do Código Tributário Nacional, com a desistência voluntária e o arrependimento, previstos nos arts. 15 e 16 do Código Penal, figuras diante das quais remanesce a punibilidade dos crimes meio, situação que, se for transportada para a realidade dos delitos tributários e previdenciários, pode colidir com a intenção de que, uma vez obtido do contribuinte o adimplemento da obrigação, não deve haver mais responsabilidade penal a apurar pelo mesmo fato.

\*

## Referências

BRASIL. Lei Federal n. 10.684, de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, edição extra, 31 maio 2003.

BRASIL. Lei Federal n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 dez. 1995.

BRASIL. Lei Federal n. 9.964, de 10 de abril de 2000. Institui o Programa de Recuperação Fiscal - Refis e dá outras providências, e altera as Leis n<sup>os</sup> 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 abr. 2000.

BRASIL. Lei n<sup>o</sup> 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e Institui Normas Gerais de Direito Tributário Aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 out. 1966. Retificado no Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 out. 1966. Denominado Código Tributário Nacional pelo art. 7<sup>o</sup> do Ato Complementar n<sup>o</sup> 36, de 13 de março de 1967.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *STJ principais julgamentos*. Salvador, BA: Jus Podivm, 2009.

## Bibliografia consultada

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmo. *Infrações tributárias e delitos fiscais*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes contra a previdência social: lei n. 9983, de 14 de julho de 2000: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Atlas, 2005.

NOGUEIRA, Rui Barbosa. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1976.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

# Loteamentos fechados

**RICARDO BOSQUESI**

*Advogado, especialista pela UNESP de São José do Rio Preto (UNESP-FAPERP), mestre pela PUC-SP em Direito do Estado.*

**Resumo:** O presente trabalho analisa os denominados loteamentos fechados, sua legalidade e as implicações em torno dos interesses particulares e públicos, procurando encontrar um enquadramento em relação ao nosso sistema jurídico atual ou uma forma possível para sua conformação, respeitados critérios mínimos de ordenação adequada do solo, dada a impossibilidade de ignorar a nova realidade social.

**Palavras-chave:** Loteamentos fechados. Realidade social. Legalidade.

**Abstract:** The present work analyzes the called closed lands, its legality and the implications around the particular and public interests, seeking to find a framing in relation to our current legal system or a possible form for its conformation, respected minimum criteria of adequate ordinance of the ground, given the impossibility to ignore the new social reality.

**Keywords:** Closed lands. Social reality. Legality.

## Introdução

O processo de urbanização, no Brasil, iniciou-se com o desenvolvimento da industrialização no país, a partir de 1930, sendo que no período compreendido entre 1940 e 1980 houve um enorme crescimento econômico<sup>1</sup>. Começaram a despontar as grandes metrópoles, especialmente São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte, para onde se dirigia grande parte da população rural, em busca de melhoria de vida e garantia de emprego, já que no campo a oferta de trabalho se definhava.

Embora houvesse grande concentração de riquezas – o que ocorre até nos dias atuais - o processo de industrialização, que resultou na urbanização do Brasil, teve como paralelo um razoável processo de urbanificação. Este conceito, segundo Silva<sup>2</sup>, exprime forma de ordenação urbanística do solo ou “atividade deliberada de beneficiamento ou rebeneficiamento do solo para fins urbanos, quer criando áreas urbanas novas pelo beneficiamento do solo ainda não urbanificado, quer modificando solo já urbanificado”. Distingue-se, portanto, da *urbanização*, que é “um fenômeno espontâneo de crescimento das aglomerações urbanas em relação com a população rural”<sup>3</sup>.

Contudo, com o passar dos anos, houve um enorme descompasso entre a urbanização e o processo de urbanificação, chegando aos dias atuais com uma ausência

<sup>1</sup> FERNANDES, Edésio. *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 29.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 289.

de política urbanística adequada, haja vista as grandes cidades no Brasil estarem marcadas por favelas, poluição do ar e das águas, enchentes, desmoronamentos, crianças abandonadas, violência e epidemias.

O processo de urbanização desordenada das cidades gerou consequências negativas de ordem estrutural e social, tais como a precariedade do sistema de transportes, o congestionamento do trânsito de veículos automotores, a proliferação de habitações subnormais, a ocorrência de inundações (ocasionadas pela impermeabilização do solo e ocupação de áreas de várzea), ausência de saneamento básico, surgimento de *favelas* nas áreas públicas invadidas e patente segregação social.

Devido à situação caótica dos grandes centros urbanos, bem como (e principalmente) a enorme sensação de insegurança dos habitantes da urbe, fez com que empresários do ramo imobiliário investissem em empreendimentos de parcelamento de solo, denominados *loteamentos fechados*, impropriamente designados como *condomínios fechados*, *condomínios horizontais* ou *loteamentos especiais* (utilizados, vulgarmente, como sinônimos), geralmente, localizados nas periferias das metrópoles ou fora do perímetro urbano.

Da mesma forma, nota-se frequente mobilização de certa parcela da sociedade, associações de bairros, com o intuito de criar ou transformar certo bairro em loteamento fechado, com a chancela (ou não) da Administração Pública, para que, assim, permita a ocupação de áreas públicas (ruas, praças e calçadas) em prol de interesses de certos particulares.

Em síntese, os loteamentos fechados até se aproximam dos condomínios horizontais fechados, na sua aparência fática, pois, ambos são cercados por muros, com instalações de guaritas e vigias na entrada, controlando o acesso das pessoas e impedindo a livre entrada e circulação de pessoas estranhas àquele bairro. Contudo, existe uma diferença abissal no que se refere ao regramento destas duas formas de ocupação do solo urbano, que serão objetos de nosso estudo.

O propósito do presente trabalho não é o estudo das classificações das diferentes formas de irregularidades e clandestinidades, a característica das populações que habitam nestes loteamentos; as causas dos fenômenos das irregularidades e clandestinidades; e, como se dá a irregularidade ou clandestinidade.

Nossa preocupação estará restrita à análise do regime jurídico dos loteamentos convencionais e dos condomínios horizontais fechados, para após perquirir sobre a fisionomia da nova realidade dos denominados loteamentos fechados, sobre seu enquadramento legal, bem como da potencialidade (ou não) de ferir preceitos de ordem urbanística.

Ressaltaremos, igualmente, casos de inércia ou cooptação da Administração Pública, no tocante à forma de ocupação do solo urbano e nos casos em que haja flagrante ofensa à ordem urbanística.

Por certo, não se pode ignorar ou negar a atual existência, nos campos social, econômico e urbanístico, dos denominados loteamentos fechados. Com base nesta realidade, é interessante aquilatar se estes se relacionam em conformidade, à margem ou em contrariedade ao sistema jurídico.

## Regime jurídico dos loteamentos

Inicialmente, foi o Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, que dispôs sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Posteriormente, referido dispositivo legal foi alterado pelo Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, que passou a dispor, entre outras providências, sobre o loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo.

A Lei nº. 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento e dá outras providências, revogou parcialmente o último dispositivo legal. Por fim, esta última Lei sofreu alterações pontuais, mas significativas, por parte da Lei nº 9.785/99.

O parcelamento do solo urbano, mesmo que executado por particulares, insere-se no contexto de atividade estatal de urbanismo, que tem por finalidade o adequado ordenamento do território da cidade e sua respectiva expansão. Portanto, a Lei nº 6.766/79, que regulamenta esta atividade, carrega em seu bojo forte interesse público e trans-individual.

Quanto ao procedimento, a Lei de Loteamento Convencional estatuiu três fases distintas de implantação de um parcelamento, que podemos chamar de fase *preparatória ou administrativa* (diretrizes, aprovações, licenças); a *civil* (registros, vendas, elaboração de contratos e suas cláusulas de ordem pública) e a *urbanística* (realização de obras; repasse de áreas ao Município etc).

Considerando as sérias consequências correlatas ao parcelamento do solo urbano, a Lei em comento regula ao mesmo tempo questões concernentes às relações urbanísticas, contratuais, penais e de registro público.

Do regime de parcelamento do solo urbano, disciplinado por este estatuto, infere-se claramente a preocupação da tutela de interesses meta-individuais, pois, enquanto trata da estrutura mínima para um assentamento urbano digno, também não deixa de limitar a atividade privada de exploração mercantil, impondo restrições à vontade contratual em favor do interesse social.

Existem vedações absolutas e relativas para a implantação de loteamentos, de cunho sanitário e ambiental (art. 3º e parágrafo único) que estabelecem requisitos urbanísticos mínimos, como a proporcionalidade entre o volume de áreas públicas e a densidade de ocupação, o tamanho do lote e a extensão de sua testada, as faixas *non aedificandi* e os equipamentos públicos e comunitários (artigos. 4º, 5º e 11); dispõe sobre obras de infra-estrutura a cargo do loteador, para o efeito de registrar o loteamento e vender lotes, bem como o prazo máximo para a sua conclusão (art. 18, V).

Por outro lado, é importante ressaltar que as exigências e disciplina da Lei Federal não são exaustivas, mas o mínimo possível para a existência de um assentamento urbano digno, de acordo com padrões urbanísticos e de higiene, além de se preocupar com a segurança jurídica dos compradores dos lotes.

Pinto e Saule Júnior<sup>4</sup>, analisando o regime da Lei Federal, mencionam que:

Muitos sustentam que, ao estabelecer critérios rigorosos de controle da expansão urbana, a lei teria contribuído para agravar a irregularidade na ocupação do território. Ao restringir a oferta de lotes populares na periferia das cidades, teria havido um aumento no preço da moradia, induzindo a ampliação de favelas e cortiços.

Alega-se também que ela exige um padrão de urbanização excessivamente elitista, que atrapalha não só o setor privado, mas igualmente o próprio setor público, inviabilizando a produção de moradias populares a baixo custo. A demora na aprovação dos projetos de parcelamento também é atribuída às exigências da lei.

No entanto, estes juristas rebatem aquele argumento, dizendo que:

Uma análise cuidadosa do fenômeno permite concluir, no entanto, que a responsabilidade da lei federal é pequena nesta matéria. Ela se limita a estabelecer o arcabouço institucional no interior do qual o Poder Público exerce seu poder de polícia e conforma a função social da propriedade.

Se há dificuldades em viabilizar um assentamento de classes mais baixas da população, manter um nível de moradia digna e dotar o ente estatal de estrutura mais ágil para concessão de licença, de uma atividade fiscal eficaz e norteadora do desenvolvimento urbano, esta responsabilidade é da competência dos Municípios e não da referida Lei Federal.

E não poderia ser diferente, já que, como expressão da competência constitucional do Município (art. 30, VIII), a própria Lei Federal a ele remete a fixação de diretrizes e aprovação do loteamento (arts. 6º a 10 e 12); exigência de garantia para a execução das obras (art. 18, V); previsão de instrumentos de coerção do loteador à regularização de loteamentos irregulares (art. 38) ou regularização direta pela municipalidade, atendimento dos padrões urbanísticos e defesa dos adquirentes dos lotes (art. 40).

Referida Lei Federal prevê o trespasse, utilização e proteção das áreas públicas originadas do loteamento (arts. 17, 22 e 43). Prevê, igualmente, registro imobiliário especial, com objetivo de proteger os interesses dos futuros adquirentes de lotes, com a exigência de exibição prévia de documentos, para a comprovação da idoneidade econômica do empresário (arts. 18 a 24), isto, antes que sejam alienados os lotes, sob pena de lhe ser imputado crime (arts. 37 e 50, parágrafo único, inciso I). Da mesma maneira, respondem criminalmente também o mandatário do loteador, o diretor e gerente de sociedade e de quem registrar parcelamento não aprovado (arts. 50 a 52).

<sup>4</sup> PINTO, Victor Carvalho; SAULE JÚNIOR, Nélson. *Direito à cidade*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 240-241.

Após a aprovação do projeto de loteamento pela municipalidade, deverá ser levado ao registro imobiliário, momento em que ocorrem os seguintes fenômenos jurídicos: a) surgem novas unidades dominiais, ou seja, os lotes passam a possuir existência jurídica e b) ficam criados espaços públicos.

Quanto ao surgimento de novas unidades dominiais, significa que antes do procedimento de aprovação do projeto e respectivo registro, a gleba permanecia em estado de indivisão, inexistindo quadras, lotes, ruas, espaços livres e outras áreas públicas.

Em outras palavras, a gleba loteada, outrora indivisa, perde sua individualidade objetiva, transformando-se em lotes, que passam a ser identificados, cada um, na sua individualidade.

A exigência do registro é, desta forma, um instrumento de controle urbanístico, de tutela social ou coletiva. Sem ele, padece o parcelamento do solo de licitude, categorizado como *loteamento clandestino*.

O surgimento das áreas públicas – verdes, de circulação e institucionais – é decorrência automática do registro imobiliário, prescindindo de qualquer ato administrativo prévio ou escritura pública, consoante previsão expressa no Artigo 22 da Lei 6.766/79:

Art. 22. Desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.

Assim, segundo Figueiredo, o Poder Público adquire bens por força da lei ou *ministerio legis*<sup>5</sup>.

Os espaços livres, as vias e praças, assim como as áreas destinadas a edifícios públicos e equipamentos urbanos, que foram objetos de indicação e aprovação pela municipalidade, a partir do aludido registro público, passam para o domínio municipal, tornando-se inalienáveis e afetados ao interesse público.

De acordo com o ensinamento de Mello<sup>6</sup> “Afetação é preposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial, assim como desafetação é sua retirada do referido destino. Os bens dominicais (ou dominiais) são bens não afetados a qualquer destino público”.

A afetação ao uso comum tanto pode provir do destino natural do bem, como ocorre com os mares, rios, ruas, estradas, praças, quanto por lei ou ato administrativo que determine e aplicação de um bem dominical ou de uso especial ao uso público.

Já a desafetação dos bens de uso comum, isto é, seu trespasse para uso especial ou sua conversão em bens meramente dominicais, depende de lei ou de ato do Executivo praticado na conformidade dela.

<sup>5</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 355.

<sup>6</sup> MELO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 460.

Sendo afetadas estas áreas para as respectivas finalidades públicas (áreas de circulação, ruas, avenidas, escolas, creches, praças, áreas verdes, demais prédios públicos de infraestrutura e aparelhamento urbano) devem assim permanecer, quando mantidas as condições de sua aprovação, pois, houve planejamento (projeto de loteamento) e declaração/convergência da vontade municipal (fornecimento das diretrizes e aprovação do projeto) neste sentido.

Portanto, entendemos que, somente a alteração das condições, que serviram de motivo ao ato administrativo da aprovação do loteamento, poderá dar azo a eventual desafetação daquelas áreas públicas para outra utilização, pois, caso contrário, haveria claro desvio de finalidade, desvirtuamento do projeto inicial e descumprimento das regras urbanísticas.

Com o loteamento de uma gleba, antes indivisa e transformada em vários lotes, que comporão um bairro integrado à cidade, é necessária a harmônica e igualitária inserção de seus habitantes às condições de cidadãos, no que se refere à necessidade de uma malha viária que integrará o todo, estado de higiene, habitabilidade, acesso a transportes urbanos e outros serviços públicos (energia elétrica, tratamento de água e esgoto, recolhimento e lixo, escolas, centros de saúdes, creches etc).

Desta forma, essa nova realidade urbanística (loteamento) afeta a cidade, sobrecarregando seus equipamentos urbanos, sua malha viária, toda a infraestrutura e demandando aumento da prestação dos serviços públicos. Daí a necessidade de acompanhamento prévio e concomitante da atividade loteadora, por parte do Poder Público.

O revogado art. 2º do referido Decreto-Lei nº 271/67, preocupado com esta situação, estabeleceu que os Municípios poderão, nos casos de licença para loteamentos, o seguinte:

- I – obrigar a sua subordinação às necessidades locais, inclusive quanto à destinação e utilização das áreas, de modo a permitir o desenvolvimento local adequado;
- II – recusar a sua aprovação, ainda que seja apenas para evitar excessivo número de lotes, com o conseqüente aumento de investimento subutilizado em obras de investimento de infraestrutura e custeio de serviços.

Entende-se ter sido revogado este dispositivo, de forma implícita, por meio do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 6.766/79, que, disciplinando as condições para aprovação do loteamento, não fez referência expressa à possibilidade de exercer poder discricionário, sendo impossível esta prática em face do *princípio da legalidade* referido no art. 37, da Constituição Federal. Portanto, entendemos que, havendo o cumprimento de todas as condições para a aprovação do loteamento, não poderá a municipalidade negar a licença, por ser ato vinculado, afastando-se juízos de conveniência e oportunidade.

Carvalho apregoa que:

Atendidas que sejam as exigências do art. 11 c/c o inciso II do art. 4º e o art. 5º, da Lei nº 6.766/79, resta aos Municípios ou ao Distrito Federal analisar cada caso, podendo aprovar ou não o loteamento ou o desmembramento, dependendo das condições apresentadas pelo interessado, sobretudo se foi ou não observado o plano de expansão da cidade, mas justificando convincentemente os motivos da recusa, do contrário, pratica arbítrio<sup>7</sup>.

Santos<sup>8</sup> entende que a licença urbanística segue as características básicas da licença administrativa, enquanto ato emitido pelo Poder Público. É unilateral e vinculada. Acrescente-se a isto o fato de pressupor a existência de direito subjetivo (precedente ao pedido do particular).

Desta forma, entende-se que não pode a Municipalidade negar pedido de licença para implantação do loteamento, havendo cumprimento integral às normas disciplinadoras, pois o ato administrativo é vinculado.

Contudo, vale lembrar que a implantação de um loteamento ultrapassa os limites dos direitos individuais do loteador. É assunto de interesse coletivo e difuso, proporcionando a fiscalização de sua legalidade por meio do Ministério Público, Defensoria Pública, Associações (por meio de ações civis públicas) e do cidadão (por meio da ação popular).

A inobservância das normas urbanísticas pode acarretar problemas que afetam a segurança, a salubridade, a funcionalidade, a estética e o conforto dos cidadãos e transeuntes.

Por isso, as normas urbanísticas devem ser formuladas visando, principalmente, resguardar os interesses coletivos de modo a evitar a degradação ambiental ou qualquer outra forma de atentado aos direitos dos demais munícipes, pois nunca devemos perder de vista que a salubridade e a segurança são fatos imprescindíveis em qualquer centro urbano<sup>9</sup>.

Ao aprovar um loteamento a Prefeitura está, na verdade, delegando de forma típica uma “urbanização”<sup>10</sup> ao particular, tendo em vista que função de criação, ordenação e modificação do território urbano é originária do Município (art. 30, inciso VIII, da Constituição Federal).

Vê-se, pois, que o regime jurídico estabelecido pela Lei de Loteamentos possui forte influência do direito público, considerando as normas e limitações

<sup>7</sup> CARVALHO, Erasmo Villa-Verde de. *Parcelamento do solo-condomínios*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 50.

<sup>8</sup> SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. *Licença urbanística*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 99.

<sup>9</sup> SILVA, Edson Jacinto da. *Parcelamento e desmembramento do solo urbano*. São Paulo: Editora de Direito, 2001. p. 18.

<sup>10</sup> SILVA, op. cit.

urbanísticas, de caráter cogente e de aplicação inequívoca do princípio da preponderância do interesse público ao particular.

Com base neste regime, não há que se falar daquele clássico caráter absoluto do direito de propriedade (usar, gozar e abusar) do loteador, pois a propriedade privada só será tutelada se cumprir sua função social (§ 2º, do art. 182, da Constituição Federal) e se o loteamento tiver por fundamento o atendimento do princípio da função social da cidade (art. 182, *caput*, da Constituição Federal). Para tanto, deverá cumprir o disposto no Plano Diretor, Leis de Zoneamento e demais Leis Municipais urbanísticas.

## Regime jurídico do condomínio horizontal fechado

Importa, agora, analisar o regime jurídico dos Condomínios Horizontais, com base nas suas características peculiares, a fim de afastar qualquer confusão com outra espécie de ocupação do solo urbano, tendo em vista que tem sido corriqueiro usar o termo condomínio para designar conjuntos de casas muradas, configurados a partir de loteamentos convencionais, chamados loteamentos fechados, como será visto no próximo tópico.

É necessário, portanto, estabelecer a devida distinção entre os loteamentos fechados e condomínios horizontais fechados.

Para tanto, devemos partir de uma análise do regime jurídico no qual se enquadra o condomínio horizontal fechado, destacando os aspectos legais que envolvem a implantação desse tipo de conjunto.

É o artigo 8º, da Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964 (que não sofreu alteração, neste ponto, pelo novo Código Civil - Lei nº 10.406/2002), que dispõe sobre seu regime e natureza jurídica, conforme transcrito abaixo:

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

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

Observando este dispositivo legal, fácil é fazer a distinção do condomínio horizontal fechado do loteamento convencional, tratado acima.

Afinal, vimos que o parcelamento do solo é a atividade do proprietário que subdivide uma gleba de terra em parcelas menores, transformando a gleba original parcelada em lotes novos (cada um com individualidade jurídica). Parcelamento é gênero de que são espécies o loteamento e o desmembramento.

Para o cotejo transcrevemos o art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei Federal nº. 6.766/79 (Parcelamento do Solo Urbano), que conceitua as duas figuras:

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

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

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

Conforme vimos, ao tratar dos loteamentos convencionais, a União tem competência para editar normas gerais, enquanto os Estados e Municípios podem estabelecer suas regras, desde que não conflitem com as disposições gerais de lei federal, por ser o caso de competência concorrente sobre direito urbanístico (art. 24, I e §§ 1º a 4º, Constituição Federal de 1988).

Quanto ao condomínio, cuja natureza é de direito civil, somente à União compete seu regramento (competência privativa, consoante art. 22, inciso I, da Constituição Federal), afastando os demais entes da federação.

Com base no dispositivo legal supra-transcrito, infere-se que a diferença básica entre loteamento e desmembramento é que, no primeiro, abrem-se novas vias e logradouros públicos, enquanto no segundo não.

O instituto de direito civil denominado condomínio, ora tratado, pressupõe uma co-propriedade dividida em frações ideais, mas, por outro lado, quando efetivamente dividida uma gleba em lotes fisicamente individualizados, objeto de propriedade individual exclusiva e distinta, resta prejudicado o rótulo de propriedade condominial. Em outras palavras, sendo abertas novas vias dentro da gleba original, parcelada a gleba em lotes perfeitamente definidos e fisicamente individualizados, objeto de domínio exclusivo pelo adquirente do lote, estamos falando de uma modalidade de parcelamento do solo denominada loteamento, por força de expressa disposição legal (art. 2º., § 1º., Lei Federal nº. 6.766/79).

Demais, não se pode aproximar a figura do desmembramento com a do condomínio, pois, além de se aplicarem os comentários acima (formação de lotes

distintos, com especificação e individualização distintas no parcelamento do solo; enquanto que no condomínio trata-se de partes ideais de uma área onde são exercidos vários direitos de propriedades concomitantes, havendo co-propriedade ou condomínio), no desmembramento cada lote tem sua testada para rua ou via pública, enquanto no condomínio existe a criação de vias internas particulares, muros, cancelas e portaria que liga todas as unidades para determinada via pública.

Vejam os entendimentos jurisprudenciais a respeito:

EMENTA: CONDOMÍNIO – INEXISTÊNCIA. LOTEAMENTO. Demonstrado que o apelante não possui natureza jurídica de condomínio, aberto ou fechado, mas sim de loteamento, o mero registro de arremedo de convenção condominial não pode alterar sua natureza jurídica, inexistente o condomínio, as assembleias têm mero caráter de reuniões civis<sup>11</sup>.

## Loteamentos fechados

Os loteamentos fechados, também conhecidos por loteamentos especiais, que não se confundem com os condomínios horizontais fechados, acima vistos, vêm sendo implantados em inúmeras cidades, capitais e interior, tendo como mola propulsora o fator social hodierno da falta de segurança.

Soma-se ainda a comodidade dos loteamentos fechados, longe dos centros urbanos, da poluição sonora e do ar, que proporcionam tranquilidade típica de pequenas cidades do interior. A grande parte deles prima por esta qualidade de vida, neles implementando quadras esportivas, piscinas, academias, saunas e tudo que um grande clube oferece.

Todavia, este tipo de loteamento vem sendo implantado sem que haja um enquadramento desta nova realidade a um regime jurídico específico. Em outros termos, não há legislação própria, quer federal ou municipal que o regule.

Aliás, é oportuna a transcrição do julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca desta matéria:

Loteamento. Rua de acesso comum. Condomínio inexistente.

Com o loteamento singulariza-se a propriedade dos lotes, caindo no domínio público e no livre uso comum a rua de acesso.

Não é juridicamente possível, em tais circunstâncias, pretender-se construir condomínio sobre a rua, à base da Lei nº 4.591/64.

Nulidade da convenção condominial e dos atos dela decorrentes.

Recurso extraordinário provido<sup>12</sup>.

Não havendo subsunção do loteamento fechado ao regime do loteamento convencional e tampouco ao regime da lei de condomínios, o que se vê é sua

<sup>11</sup> Ap. s/ Rev. 485.859-00/2 - 6ª Câm. - 2º TACivSP - j. 30.07.1997 Rel. Juiz Carlos Stroppa

<sup>12</sup> TRJ 110/352, Rel. Min. Francisco Rezek.

imperfeição jurídica, pois fere a Lei Federal de Loteamentos, e, ao mesmo tempo, não encontra naquela lei de condomínio a sua legitimidade.

Não é um problema simplesmente acadêmico perscrutar sobre o devido enquadramento do loteamento fechado a um regime específico ou se efetivamente ele existe à margem da lei.

Encarando-o como um fenômeno real, advindo de um processo de urbanização descontrolado, com ou sem aval do Município, o fato é que, sendo um núcleo de ocupação urbana, não deveria existir ou persistir na cidade sem um regramento e controle urbanístico.

Não se pode permitir que empreendedores, visando maliciosamente *driblar* as exigências contidas na Lei de Parcelamento do solo urbano (Lei Federal nº. 6.766/79) ou *abreviar* o procedimento moroso e *burocrático* de regularização, pretendam atribuir uma roupagem jurídica de condomínios horizontais fechados, quando de fato se trata de uma forma de loteamento.

O mesmo se dá quando o loteamento fechado tem como gênese o fechamento de uma determinada área urbana, de um bairro, bem como das vias públicas correspondentes, com a construção de muros e instalações de guaritas, permitindo tão somente a entrada de moradores e pessoas autorizadas.

Muitos municípios permitem o fechamento de áreas públicas para uso de particulares com base nos institutos da concessão ou permissão de uso de vias públicas ou mesmo pela concessão do direito real de uso prevista no Decreto-Lei nº 271/67.

O Município de São José do Rio Preto/SP, por meio da Lei nº 5.138, de 28 de dezembro de 1992, regulou a matéria da seguinte forma:

Art. 15. À critério da SEMPLAN e C.P.D.D. nas zonas de expansão urbana poderão ser permitidos loteamentos fechados e loteamentos em sistema de condomínio, obedecidas as normas federais, estaduais e municipais, especialmente as fixadas no P.D.D.

Parágrafo 1º. Os loteamentos referidos neste artigo se caracterizam pela adoção de acessos privativos e de muros delimitadores, ou de outro sistema de tapagem admitido pela autoridade municipal, que se separam da malha viária urbana, ou da área rural adjacente.

Parágrafo 2º. Nos loteamentos fechados, as vias internas e as áreas de uso comum serão incorporadas ao domínio público, mas sobre elas recairão a concessão especial de uso em favor de seus moradores.

Já o Município de São Paulo, em data de 13 de fevereiro de 2004, por meio da Lei nº 13.792, dispôs sobre a criação de condomínios residenciais fechados. Na realidade, este termo foi utilizado impropriamente, pois, a competência para legislar acerca de condomínio é privativa da União. Nesta lei, não houve previsão de concessão especial de uso de áreas públicas, bem como impediu a possibilidade de prejuízos ao direito de ir e vir e obstrução da malha viária municipal, senão vejamos:

II – as ruas que compoão os Condomínios Residenciais Fechados deverão ser de uso estritamente local, não podendo, em nenhuma hipótese, pertencer à malha viária do município, nem tampouco prejudicar os moradores limdeiros aos condomínios, que necessitem da passagem para acesso as suas moradias ou a seus estabelecimentos comerciais e industriais;

[...]

VI – as ruas poderão ser fechadas e colocadas guaritas para abrigar seguranças, onde houver necessidade e, nos acessos ao condomínio, cancelas para permitir a entrada e saída de veículos. O perímetro do Condomínio Residencial Fechado poderá ser fechado com cerca viva, muros ou assemelhados.

Este tipo de assentamento urbano, denominado loteamentos fechados (denominados impropriamente de condomínios fechados ou loteamentos especiais), por óbvio, diverge do loteamento convencional, pois as vias públicas, originariamente de uso comum do povo, passam a ser de exclusiva utilização por seus moradores (afetadas para o uso particular de certo grupo de pessoas), contrariando as exigências contidas na Lei nº 6.766/79. Na realidade, ocorre o fenômeno inverso: no loteamento convencional existe a transferência de áreas particulares ao patrimônio público, com o intuito de atender aos fins urbanísticos de criação do novo bairro (para abertura de novas vias de circulação, praças, creches, escolas etc), enquanto que, no loteamento fechado, na maioria das vezes, ocorre a *privatização* do uso de espaços urbanos públicos.

Vimos que na criação de um loteamento (convencional ou fechado), há um sensível aumento da concentração de habitantes numa certa área territorial urbana, sendo que no caso do loteamento fechado, ao contrário do loteamento convencional, não há necessária contrapartida de criação de áreas públicas, para suportar o aparelhamento urbanístico, tais como vias de circulação, serviços de escoamento de águas pluviais, esgoto, energia elétrica, centros de saúde, creches, escolas etc.

Esta situação causa ônus demasiado aos municípios, que se vêem obrigados a realizar desapropriações, para a implementação do aparelhamento urbano necessário, custeando, com recursos públicos, o que deveria ser suportado pelo particular (loteador), quando poderia reverter o recurso despendido em outras finalidades públicas e sociais (tais como na saúde, educação etc).

Depreende-se que a coletividade é prejudicada em dois momentos, sendo o primeiro quando do impedimento de acesso às vias e praças, originariamente públicas, causando frequentes transtornos ao trânsito e violação ao direito de ir e vir.

Em outro momento, a coletividade sofre prejuízos quando a receita pública que seria revertida para o interesse geral, coletivo, acaba sendo aplicada em desapropriações ou manutenções de áreas que passaram a ser de uso exclusivo de particulares (tendo em vista que os beneficiários da concessão ou autorização de uso, no momento da necessidade, acabam solicitando medidas da administração pública)<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> FARIA, Wagner Rodolfo. *Parcelamento do solo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 jan. 2004.

## Conclusão

Estudamos a configuração jurídica do loteamento convencional, regido pela Lei Federal nº 6.766/79, com alterações introduzidas pela Lei nº 9.785/99, que estatui exigências mínimas, básicas, ao lado de normas Municipais e Estaduais, que atendem as exigências peculiares, de regramento urbanístico específico de cada realidade local.

Da mesma forma, foi analisado o regime jurídico dos condomínios horizontais fechados, fazendo sua distinção com os loteamentos convencionais e loteamentos fechados, frequentemente objetos de confusão.

Visando investigar o enquadramento jurídico dos loteamentos fechados, procuramos, por meio de um cotejo analítico, fazer a subsunção daquela espécie de assentamento ao regime dos loteamentos convencionais ou ao condomínio horizontal fechado, sendo verificada a impossibilidade de subsunção nos dois casos.

Concluímos, desta forma, que o denominado loteamento fechado está, senão contra, à margem das normas e políticas urbanísticas, haja vista a ausência de um controle efetivo da administração pública (principalmente a municipal) quanto ao ordenamento do solo urbano e das medidas preventivas ao meio ambiente, higiene, aparelhamento etc.

Assim, podemos categorizar o loteamento fechado como uma das formas de loteamentos ilegais, ora estando entre os clandestinos, quando ausente a chancela da administração pública, ora como irregulares, quando presente o ato administrativo de aprovação, porém, ao arrepio das normas concernentes ao adequado ordenamento da cidade.

A utilização de áreas públicas, que antes eram destinadas ao uso comum do povo, embora desafetadas pelo Município para, posteriormente, serem destinadas ao uso particular, caracteriza inequívoco desvio de finalidade do ato administrativo de aprovação do loteamento. Ainda há, sem dúvidas, flagrante prejuízo à coletividade.

A Lei Municipal que desafeta área de uso comum do povo para, posteriormente, destiná-la ao uso particular, está totalmente divorciada dos preceitos da Lei nº 6.766/76, dos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade pública (previstos no art. 37, da Constituição Federal).

Considerando o fato do loteamento fechado ser um tipo de ocupação do solo urbano que vem crescendo ao longo dos anos, torna-se urgente uma iniciativa legislativa e até mesmo administrativa no sentido de acolhê-lo como nova realidade, mas, desde que se observe um mínimo de cuidado e exigência para o cumprimento das finalidades urbanísticas e atendimento aos princípios da impessoalidade, moralidade, legalidade e eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

Intolerável é a persistência desta situação atual, em que, ora os Municípios nada fazem para conter abusos, ou, o que é pior, acabam colaborando para o seu desenvolvimento, aceitando incondicionalmente sua implantação, sem ao menos exercer o dever-poder de salvaguardar interesses da coletividade (interesses públicos urbanísticos), distanciando-se dos preceitos e finalidades das normas urbanísticas e do princípio constitucional da função social da cidade.

\*

## Referências

- CARVALHO, Erasmo Villa-Verde de. *Parcelamento do solo-condomínios*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- FARIA, Wagner Rodolfo. *Parcelamento do solo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 jan. 2004.
- FERNANDES, Edésio. *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MELO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- PINTO, Victor Carvalho; SAULE JÚNIOR, Néelson. *Direito à cidade*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. *Licença urbanística*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, Edson Jacinto da. *Parcelamento e desmembramento do solo urbano*. São Paulo: Editora de Direito, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.





## Chamada por trabalhos

A revista DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares é uma publicação do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino. Seu objetivo é divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao direito, à administração, sociologia, história, literatura, economia e áreas afins.

Professores, pesquisadores e estudantes de pós-graduação são estimulados a participar, enviando seus artigos aos cuidados dos editores, para o endereço Rua do Seminário, 281, Bairro São Francisco, CEP 15.806-310, Catanduva – SP, Fone: (17)3522-2405 ou para o endereço eletrônico: [secretaria.faeca@fipa.com.br](mailto:secretaria.faeca@fipa.com.br)

### Seleção dos Artigos:

Os artigos recebidos serão submetidos à avaliação prévia do(s) editor(es) e/ou do Conselho Editorial para verificação de sua adequação à linha editorial do periódico.

Após esta avaliação, os artigos, sem identificação do autor, serão remetidos para a avaliação de 2 (dois) pareceristas anônimos (um deles exógeno à Instituição responsável pelo periódico) para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, seguindo o sistema do *duplo blind peer review*. Os pareceres anônimos serão encaminhados, posteriormente, aos autores, para que tomem ciência da rejeição do seu artigo, possam adaptar seu texto ou justificar a manutenção do formato original, cabendo a decisão final sobre a publicação ou não dos artigos em que o autor manteve o formato, discordando de algum dos pareceres, ao Conselho Editorial.

Trabalhos não aceitos serão devolvidos ao autor.

## Normas para publicação

1. Serão considerados para publicação artigos inéditos e exclusivos para DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares.

2. Autores nacionais devem enviar textos em português. Autores estrangeiros deverão enviar os textos em inglês ou espanhol. Nesses casos, a tradução será

providenciada pela revista DIREITO E SOCIEDADE, que terá a opção editorial de publicá-lo apenas em português.

3. Os artigos devem conter de 8 a 25 laudas, incluindo resumo em português e em inglês (*abstract*), tabelas, ilustrações e referências bibliográficas. O original deve ser enviado em arquivo eletrônico e papel (corpo 12, Times New Roman, espaço 1,5 entre linhas, formato A-4, com margens superior e esquerda 3 cm e inferior e direita 2 cm).

4. Autores múltiplos devem ser listados em ordem de proporcionalidade do envolvimento no artigo.

5. O resumo e o *abstract* deverão ter até 15 linhas, em um único parágrafo, especificando o objetivo do trabalho, breve descrição, ideias principais e conclusões.

6. Deverão ser indicadas de 3 a 5 palavras chaves, em português e inglês (*keywords*).

7. As referências ao longo do texto deverão ser inseridas em notas de rodapé na parte inferior da página.

8. Fotografias e ilustrações devem ser numeradas na ordem de inserção no texto e apresentadas em folhas separadas. O mesmo procedimento deverá ser observado quanto a tabelas. Os números deverão aparecer também no verso dos originais para melhor identificação. Legendas para as ilustrações e tabelas devem ser digitadas em página separada.

9. Referências bibliográficas devem respeitar as orientações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), expressas na norma NBR 6023 (2002).

10. Os autores de textos, fotografias e ilustrações a serem publicados cedem gratuitamente os direitos de publicação. Todo artigo encaminhado à revista deve ser acompanhado de carta assinada pelo(s) autor(es), contendo autorização para reformulação de linguagem, se necessária, e declaração de responsabilidade e transferência de direitos autorais conforme a seguir: *DECLARAÇÃO DE RESPONSABILIDADE E TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS AUTORAIS: Eu (nós), abaixo assinado(s) transfiro(erimos) todos os direitos autorais do artigo intitulado (título) à DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares. Declaro(amos) ainda que o trabalho é original e que não está sendo considerado para publicação em outra revista, quer seja no formato impresso ou eletrônico. Data e Assinatura(s).*

\*

Impressão:



RAMON NOBALBOS  
GRÁFICA E EDITORA

E-mail: atendimento@nobalbos.com.br

Rua 7 de Setembro, 342 - PABX: (17) 3522-4453 - CATANDUVA - SP



