

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 714

(Ano VIII)

(04/10/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

# Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

# SUMÁRIO

## COLUNISTA DO DIA



04/10/2016 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [STJ firma entendimento pela teoria da "amotio" na consumação do roubo](#)

## ARTIGOS

04/10/2016 Eduardo Constantino das Neves

» [Modificação de competência tributária e os limites do poder constituinte derivado reformador na federação brasileira](#)

04/10/2016 Tereza Fernanda Martuscello Papa

» [Cotas raciais em seleção pública simplificada na Administração Pública Federal? Uma abordagem do artigo 1º da Lei 12.990/14 sob a ótica do princípio da igualdade.](#)

04/10/2016 Naiane de Jesus Sales

» [Contratos de seguro de vida: embates doutrinários e jurisprudenciais sobre o fato de suicídio](#)

04/10/2016 Danielly Novais do Rego

» [Usucapião de bem público: análise fática e jurídica da Apelação cível nº 1.0194.10.011238-3/001 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais](#)

04/10/2016 Eduardo Paixão Caetano

» [Contorno legal da ineficiência sistêmica do meio ambiente prisional brasileiro](#)

04/10/2016 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Destaques à Portaria nº 1.274/2016 do Ministério da Saúde e sua relevância para a Concreção do Direito à Alimentação Adequada](#)

## STJ FIRMA ENTENDIMENTO PELA TEORIA DA "AMOTIO" NA CONSUMAÇÃO DO ROUBO

**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:** Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

A respeito da consumação dos crimes de furto e roubo, sempre houve uma discussão acirrada, podendo-se resumir as teorias conforme segue: <sup>[1]</sup>

- a) Teoria da “concretatio” – bastaria ao infrator “tocar” na coisa móvel alheia para a consumação.
- b) Teoria da “apprehensio rei” – seria necessário “segurar” na coisa móvel para a consumação.
- c) Teoria da “amotio” – seria necessário apenas a remoção da coisa do lugar onde se achava, sem exigência de posse tranquila e mansa.
- d) Teoria da “ablatio” – o furto ou roubo se consumariam quando a coisa móvel tivesse sido colocada no local a que se destinava, segundo o agente.
- e) Teoria da Inversão da Posse – o crime de furto ou roubo estaria consumado quando o agente tivesse a posse tranquila da coisa, ainda que por tempo curto.

Durante largo período na doutrina e também na jurisprudência predominou a Teoria da Inversão da Posse, exigindo-se para a consumação do furto e do roubo a posse tranquila do bem.

Ainda há autores que defendem a necessidade da posse desvigiada da coisa:

“Consuma-se o crime de furto com a retirada da coisa da esfera de

disponibilidade da vítima, assegurando-se, em consequência, a posse tranquila, mesmo passageira, por parte do agente; em outros termos, consuma-se quando a coisa sai da posse da vítima, ingressando na do agente”.[\[2\]](#)

Porém, já há algum tempo vêm o STJ e o STF decidindo pela desnecessidade da posse tranquila e tendendo para a adoção da Teoria da “Amotio” em suas decisões. [\[3\]](#)

Ocorre que em data de 14.09.2016, o E. STJ emitiu a Súmula 582, nos seguintes termos:

“Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, *sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada*” (grifo nosso).

Com isso fica consagrada definitivamente a adoção da Teoria da “Amotio” para a consumação do furto e do roubo (a Súmula menciona apenas o roubo, mas pode ser aplicada perfeitamente ao furto).

Há uma impropriedade na redação sumular. Usa-se a expressão “inversão da posse” (sic), dando ao leitor a inicial e errônea impressão de que teria havido uma guinada no entendimento, retomando-se a chamada “Teoria da Inversão da Posse”. Na verdade, a expressão está utilizada no sentido vernacular e não como referência à teoria supra mencionada, pois se verifica no seguir da Súmula que é estabelecida a prescindibilidade da posse tranquila, o que certamente conflita com a chamada “Teoria da Inversão da Posse” e se coaduna com a Teoria da “Amotio”.

Não há razão para afirmar que a partir desse entendimento consolidado, tornar-se-ia impossível a figura da tentativa de roubo ou furto. Na verdade, ao menos em tese, continuam sendo eles crimes

plurissubsistentes, com o “iter criminis” fracionável. Em tese, o agente pode perfeitamente ser surpreendido, por exemplo, pela Polícia, antes de sequer se apossar da “res furtiva”, configurando a tentativa. É claro que na prática essa situação será muito rara, no entanto, não será impossível, ao menos teoricamente.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 3. 10<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 8<sup>a</sup>. ed. Niterói: Impetus, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 30<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Atlas, 2013,

Notas:

[1] MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 30<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 208.

[2] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 3. 10<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44.

[3] GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 8<sup>a</sup>. ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 481.

## **MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E OS LIMITES DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA**

**EDUARDO CONSTANTINO DAS NEVES:** Procurador do Município de São Paulo. Pós-graduado em direito constitucional. Graduado em direito na UFPE. Foi pesquisador bolsista Pibic/CNPQ. Advogado.

**RESUMO:** Esse artigo tem por objetivo estudar os conceitos de cláusulas pétreas, forma federativa de Estado, poder constituinte derivado reformador e competência tributária, de forma a saber se a alteração de competência tributária de uma unidade federativa para outra viola os preceitos da federação, insculpida ao status de cláusula pétrea. Analisaremos os efeitos dessa modificação de competência tributária no âmbito da autonomia financeira dos Entes envolvidos. Critica-se a possibilidade de configuração de um federalismo centrípeto.

**Palavras-Chave:** federação, competência tributária, cláusulas pétreas, poder constituinte derivado reformador.

---

### **INTRODUÇÃO**

A Constituição não pode ser imutável, pois precisa se adaptar às mudanças sociais, sob pena de não ter mais correspondência com a realidade e, assim, ocorrer a sua fossilização. Por isso, é previsto pela própria Constituição, através do poder constituinte originário, o poder constituinte derivado reformador, o qual se expressa por meio de emendas à Constituição.

Entretanto, as emendas constitucionais precisam observar algumas limitações materiais para que se preservem valores que o constituinte originário erigiu ao nível de cláusulas pétreas. Até junho de 2013, havia no Congresso Nacional 1.677 propostas de emendas constitucionais (PEC), o que evidencia um elevado número. Com tantas propostas de alteração e um alto grau de técnica jurídica na redação das

propostas de emenda, dúvidas jurídicas podem surgir, sobre a constitucionalidade ou não, ao se deparar com algumas PECs. Esse é o caso da PEC 233/2008, que altera a competência do ICMS.

A PEC 233/2008 trata da reforma tributária, tema bastante polêmico, porém sempre presente nos debates tributaristas como uma medida necessária de tornar mais eficaz e simplificado o sistema de arrecadação fiscal, notadamente quanto ao ICMS, pois, como cada estado regulamentou seu ICMS, há 27 legislações diferentes no Brasil, o que dificulta a arrecadação pelo contribuinte e diminui a competitividade das empresas. Além disso, almeja-se, com a reforma tributária, uma redução da carga tributária, já que o Brasil tem umas das maiores do mundo.

Assim, pretendemos estudar os conceitos e as características das cláusulas pétreas, da forma federativa de Estado e analisar os limites do poder constituinte derivado reformador, relacionando esses três grandes temas de forma a saber se é constitucional ou não proposta de emenda constitucional que objetive alterar competência tributária.

Analisaremos se a alteração de competência tributária, antes de um governo local que passe a ser atribuída ao governo central, contribui para um federalismo centrípeto, ocasionando riscos para a federação de centralização excessiva de poder, bem como se fere a autonomia financeira da unidade federativa que teve sua competência tributária suprimida.

### **1. O instituto da competência tributária.**

A competência tributária é a aptidão para criar normas jurídicas que, direta ou indiretamente, disponham sobre a instituição, arrecadação ou fiscalização de tributos<sup>[1]</sup>. “É a faculdade potencial que a Constituição confere a determinadas pessoas (as pessoas jurídicas de direito público interno) para que, por meio de lei, tributem<sup>[2]</sup>. É bom lembrar que a Constituição Federal não institui tributos, apenas fixa as competências para que as pessoas jurídicas de direito público interno criem os tributos.

A atribuição de competência para instituir impostos de forma privativa a cada pessoa política, pela Constituição, consagra o princípio federativo, pois preserva a isonomia jurídica entre as unidades federativas, já que, como sabido, não há hierarquia entre elas.

Para a repartição de competência tributária, a Constituição utilizou o critério material, conforme leciona Dirley:

“A competência tributária para instituir impostos foi partilhada sob a condução da técnica da enumeração, de modo que a Constituição enumerou taxativamente tal competência à União, aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios, respectivamente, nos art. 153, 155 e 156. Tal enumeração levou em consideração o critério material, quer dizer, o constituinte, ao fixar as competências impositivas dos impostos, descreveu objetivamente os fatos, que podem ser colocados, pelos legisladores ordinários federal, estaduais, municipais e distrital, nas hipóteses de incidência dos impostos de suas pessoas políticas.”[\[3\]](#)

A competência tributária tem como características o fato de ser indelegável, intransferível e irrenunciável. Não pode um Ente político, por meio de lei ordinária, delegar ou transferir sua competência tributária para outro Ente político, já que quem conferiu a sua competência foi a Constituição. É irrenunciável no sentido de que o não exercício da sua competência tributária não a faz perder, já que o exercício da competência tributária é considerado uma faculdade[\[4\]](#).

A questão, entretanto, é se uma emenda constitucional pode alterar competência tributária de uma unidade federativa para outra, por exemplo, competência antes dos Estados e Distrito Federal para a União, sem incorrer em violação aos preceitos da Federação.

## **2. Poder constituinte derivado reformador e suas características.**

Poder constituinte é o poder de criar ou alterar uma Constituição. Pode ser dividido em poder constituinte originário, derivado.

O poder constituinte **originário**, ou poder constituinte de primeiro grau, é o poder de fato que fundamenta a validade da Constituição.

O poder constituinte originário possui como características o fato de ser inicial, ilimitado juridicamente, ser um poder de fato e

incondicionado. Inicial significa que dele se origina o ordenamento jurídico, instaurando uma nova ordem jurídica. É ilimitado juridicamente, pois não é objeto de nenhuma ordem jurídica, assim, não deve respeito ao direito anterior. É um poder de fato e não um poder jurídico, tem natureza pré-jurídica. É incondicionado juridicamente, pois a sua manifestação não se submete a uma forma pré-fixada.

O poder constituinte **derivado**, ou poder constituinte de segundo grau, é aquele criado pelo poder constituinte originário, devendo obediência aos limites e condicionamentos impostos pelo poder constituinte originário, ou seja, é subordinado a ele. Diferentemente do poder constituinte originário, que tem natureza de poder de fato, o poder constituinte derivado tem natureza jurídica, é um poder jurídico.

São espécies do poder constituinte derivado: o decorrente, o revisor e o reformador. O poder constituinte derivado **decorrente** é a capacidade que os Estados-membros e o Distrito Federal<sup>[5]</sup> possuem de estruturar suas Constituições estaduais. O poder constituinte derivado **revisor** está previsto no art. 3º do ADCT como a competência para rever, uma única vez, a Constituição, pelo menos cinco anos após sua publicação. Poder constituinte derivado **reformador** é a capacidade de alterar o texto da Constituição Federal, por meio de procedimento específico de emenda constitucional, previamente estabelecido pelo poder constituinte originário.

O fundamento do poder de reforma é evitar o engessamento do texto original da Constituição, devido à evolução dos fatos sociais. Assim, para evitar que o poder constituinte originário se manifeste para promover mudanças pontuais, há a previsão do poder constituinte de reforma.

O estudo do poder de reforma só ganha importância nas constituições rígidas, as quais estabelecem um procedimento mais rigoroso para alterar o texto constitucional, distinguem o poder constituinte originário e o poder derivado, além de reforçar a supremacia da Constituição, pois evita que o legislador ordinário vá de encontro ao texto constitucional e seus valores. O poder de reforma acarreta, também, a instituição de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis, para garantir a superioridade da Constituição.

Entretanto, o poder constituinte derivado reformador se submete a limitações circunstanciais e materiais. **Limites circunstanciais** (art. 60, §1º, da CF/88) são aqueles que impedem a manifestação do poder constituinte derivado reformador em determinadas circunstâncias adversas e tidas como “anormais”, como durante intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio. Os **limites materiais** são aqueles que excluem do âmbito do poder de reforma algumas matérias previstas explicita ou implicitamente na Constituição. É importante observar que “na verdade, essas limitações impedem as reformas constitucionais tendentes a abolir ou suprimir da Constituição certas matérias, cujo conteúdo mínimo foi considerado imutável” [6]. Assim, diz-se que há um núcleo material irreduzível instituído pelo poder constituinte originário que não pode ser abolido pelo poder constituinte derivado reformador.

Registre-se, ainda, que pode haver mudança no sentido, significado e alcance do texto constitucional por meio de procedimento não formal, o que é chamado de mutação constitucional. Isso é possível já que a norma constitucional não se confunde com o texto constitucional.

### **3. Cláusulas pétreas e limites explícitos e implícitos ao poder constituinte reformador.**

As limitações matérias são também chamadas de cláusulas pétreas. Pode-se afirmar que as cláusulas Pétreas são as matérias que não podem ser abolidas pelo poder constituinte derivado reformador ou revisor. A existência desse núcleo material irreduzível baseia-se em três fundamentos: na superioridade do poder constituinte originário sobre o derivado; na necessidade de segurança jurídica; e na necessidade de manter uma identidade mínima da Constituição. Conforme leciona Mendes:

“Como quer que seja, o que explica a consagração dessas cláusulas de perpetuidade é o argumento de que elas perfazem um núcleo essencial do projeto do poder constituinte originário, que ele intenta preservar de quaisquer mudanças intitucionalizadas. E o poder constituinte pode estabelecer essas restrições justamente por ser superior juridicamente ao poder de reforma.” [7]

A superioridade do poder constituinte originário em relação ao poder constituinte derivado reformador fundamenta-se no pressuposto de que o poder constituinte originário é a expressão da vontade do povo e que as limitações que este impõe destinam-se a restringir a vontade dos representantes do povo, no exercício dos poderes constituídos[8].

As limitações materiais podem ser explícitas ou implícitas. Os limites **explícitos** estão expressamente previstos no texto da Constituição Federal (art. 60, §4º, da CF/88)[9].

Os limites **implícitos** “são aquelas limitações não previstas expressamente no texto da Lei Maior, mas que, sem embargo, são inerentes aos regimes e princípios que ela adota”[10]. Conforme Barroso, o fundamento dos limites materiais implícitos está no fato de possuírem natureza declaratória:

“Aliás, na medida em que os limites materiais expressam a identidade da Constituição e as salvaguardas democráticas, sua natureza é declaratória, e não constitutiva. Por essa razão, a presença de cláusulas pétreas no texto não exclui a possibilidade de se reconhecer a existência de limites implícitos.”[11]

Conforme Barroso[12], são quatro os limite implícitos, quais sejam: a impossibilidade de se alterar a titularidade do poder constituinte originário, pois a soberania popular é pressuposto do regime democrático; a impossibilidade de se alterar a titularidade do poder constituinte derivado reformador; a impossibilidade de se alterar o procedimento que disciplina a reforma da Constituição; e a impossibilidade de se excluir as próprias limitações expressas.

Deve-se observar que as limitações materiais não significam intangibilidade literal, mas sim proteção ao **núcleo essencial** dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege[13]. Esse é o entendimento do STF:

“A ‘forma federativa de Estado’ - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um

modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na [Constituição](#) originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.”[\[14\]](#)

Assim, até aqui, constata-se que não há, no art. 60, §4º, da CF/88, referência direta a limites expressos à proposta de emenda constitucional que pretenda alterar competência tributária. Também não há proteção pelos limites materiais implícitos, reconhecidos pela doutrina e jurisprudência. Esses são os argumentos utilizados por aqueles que defendem que a alteração de competência tributária não violaria preceitos constitucionais, pois se a Constituição conferiu competências tributárias para determinados Entes federados, pode muito bem, por meio de emenda constitucional, alterar essas competências.

#### **4. A preservação da autonomia financeira dos Entes políticos como forma de garantir a forma federativa de Estado.**

A forma de Estado se refere à divisão do poder dentro de determinado território. “O modo de exercício do poder político em função do território dá origem ao conceito de forma de Estado”[\[15\]](#), o qual pode ser unitário ou federal.

Estado unitário é aquele em que há uma unidade do poder em um determinado território. Há um só centro de poder. Podemos citar como exemplos a França, Chile, Uruguai e Paraguai.

Já no estado federal, há uma descentralização do poder entre as unidades autônomas regionais. Descentralização “é a distribuição de competência de uma para outra pessoa, física ou jurídica”[\[16\]](#).

A palavra federação tem origens no latim *foedus, foederis*[\[17\]](#) e significa pacto, aliança. A forma federativa de estado nasceu com a Constituição de 1787 dos Estados Unidos a partir da “Convenção da

Philadelphia”, na qual as treze colônias, descontentes com os altos impostos cobrados, decidiram ceder parte de sua soberania, tornando-se autônomas, em prol do Estado Federal, este sim soberano.

No Brasil a federação passou a ser a forma de estado adotada a partir de 1889, com o Decreto nº 1, de 15/11/1889.

Uma das características da federação é a distinção entre autonomia e soberania. A autonomia dos Entes Federados se apresenta sob quatro aspectos[18]: capacidade de auto-organização, autogoverno, auto-administração e auto-legislação. Auto-organização é a capacidade dos Estados-membros e Municípios de se organizarem pelas Constituições ou Leis-Orgânicas que adotarem. Autogoverno é a capacidade de elegerem os seus representantes políticos. Auto-administração é a capacidade de prestar e gerir os serviços que estão sobre sua competência. Por fim, auto-legislação é a capacidade de produzir suas próprias leis gerais e abstratas.

A autonomia dos Entes federados se manifesta, também, pela sua autonomia financeira, administrativa e política. Quanto à autonomia financeira, entende-se que as unidades federadas precisam prover-se de recursos públicos por seus próprios meios, sem que precise se submeter a solicitar recursos para outras unidades federadas, colocando-se em uma posição desconfortável. Assim, o conceito de autonomia está ligado a capacidade financeira dos Entes federados:

“Autonomia pode ser definida como a capacidade de autogoverno, sendo caracterizada por uma ampla gama de atribuições, como a capacidade orçamentária, administrativa, legislativa, financeira e, principalmente, tributária.”[19]

Soberania “é a faculdade que, num dado ordenamento jurídico, aparece como suprema”[20]. Quem tem a soberania tem o poder supremo, não reconhecendo outro poder acima de si.

É preciso observar que a União é uma unidade federativa, ordem central, dotada de autonomia, enquanto quem detém a soberania é a República Federativa do Brasil, formada pela reunião da União, Estados, Distrito-Federal e Municípios.

A distinção entre Estado federal (República Federativa do Brasil), União e Estados-membros é feita por José Afonso da Silva:

“Estado Federal é o todo, dotado de personalidade jurídica de Direito Público internacional. A União é a entidade federal formada pela reunião das partes componentes, constituindo pessoa jurídica de Direito Público interno, autônoma em relação aos Estados e a que cabe exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro. Os Estados-membros são entidades federativas componentes, dotadas de autonomia e também de personalidade jurídica de Direito Público interno.[\[21\]](#)”

Podemos sintetizar como características da federação: a existência de descentralização política; repartição de competências feita constitucionalmente; Constituição rígida como pressuposto jurídico; inexistência do direito de secessão; atribuição da soberania ao Estado federal; a previsão da possibilidade de intervenção; a auto-organização dos Estados-membros por meio de suas Constituições estaduais; a existência de órgão representativo dos Estados-membros para participar na formação da vontade nacional; existência de um guardião da Constituição; igualdade jurídica entre as unidades federadas e repartição de receitas.

No funcionamento esperado de uma federação os Entes federados são autônomos e a extensão da sua autonomia é determinada pela repartição de competências pela Constituição. No modelo americano, por exemplo, os estados federados possuem ampla autonomia para legislar, por exemplo, sobre direito penal (o que no Brasil é de competência privativa da União), para legislar sobre direito tributário, de forma a existir uma grande descentralização do poder. A comparação do modelo americano com o brasileiro, guardadas as devidas proporções, faz refletir sobre se há realmente descentralização no modelo brasileiro, já que em vários segmentos há traços de centralização.

## **5. Argumentos a favor da alteração de competência tributária**

Parte da doutrina entende que não haveria violação à federação caso ocorresse alteração de competência tributária. Inicialmente, pontua Luís Eduardo Schoueri que não haveria razão para o constituinte ter repartido competências pois:

**“a discriminação de competências tributárias não é requisito de um sistema federal.** Este exige que se assegure às pessoas jurídicas de direito público autonomia financeira. Entretanto, autonomia financeira implica discriminação de rendas, o que não se confunde com discriminação de competências.”[\[22\]](#)(grifos nossos).

A distinção entre discriminação de rendas e competência tributária é o argumento principal dos defensores da ideia de que a alteração de competência tributária não afeta a federação, pois as normas orçamentárias garantem a repartição de rendas. Com a garantia das receitas para cada Ente federado estaria satisfeita a autonomia financeira do Ente público, sem, necessariamente, precisar utilizar da imposição tributária, que, sob essa perspectiva, assumiria uma posição secundária na captação de recursos.

Tácio Lacera Gama defende que é possível que entidades tenham autonomia financeira sem competências tributárias impositivas, pois essa autonomia pode decorrer de duas formas: da imposição de tributos ou de repasses de receitas. Adotando o pensamento de Sampaio Dória, segundo o qual a discriminação de receitas tributárias pode ser feita tanto pela fonte quanto pelo produto, Lacerda Gama afirma que a repartição de receitas tributárias pode assegurar recursos necessários à autonomia do ente federativo.

Conforme Lacerda Gama, ainda que houvesse concentração de captação de tributos em um Ente federativo (União, por exemplo), a norma orçamentária, de natureza constitucional e obrigatória, garante a repartição das receitas, resultando em ilusória a aparente desigualdade arrecadatária dos Entes políticos.

## **6. Da violação indireta da cláusula pétrea da forma federativa de Estado e configuração de um federalismo centrípeto.**

Seguindo a Classificação de Dirley da Cunha Júnior[23], quanto à maior ou menor concentração do poder, o federalismo pode ser centrípeto, centrífugo ou de equilíbrio. Centrípeto é o que tem maior concentração do poder no governo central. Centrífugo é o que tem maior poder para os governos regionais. Federalismo de equilíbrio é o que há uma divisão equilibrada do poder entre os governos centrais e regionais. O Brasil se propõe a ser um federalismo de equilíbrio.

Aqui, em nosso estudo, vai interessar analisar o risco de a União estar concentrando muitas competências de forma a caracterizar um federalismo centrípeto e estabelecer um federalismo de “fachada”, visto que, embora se pretenda ser um federalismo de cooperação, pode acabar tornando-se um federalismo de subordinação.

Como visto, a forma federativa de Estado é cláusula pétrea e não pode ser suprimida. A violação dessa cláusula pétrea não envolve apenas a proposta de emenda constitucional que vise tornar o Brasil em Estado unitário. Conforme Dirley:

“(...) devemos entender que quando a Constituição veda proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, ela na verdade está proibindo suprimir os elementos constitutivos e conceituais da federação brasileira, como por exemplo, a autonomia dos Estados e Municípios.” [24]

Assim, chegamos a uma importante conclusão de que suprimir a autonomia dos Estados e Municípios é violar a cláusula pétrea da forma federativa de Estado. Essa autonomia precisa ser preservada em suas três vertentes: autonomia financeira, administrativa e política. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que violar a autonomia financeira dos Estados é ferir a cláusula pétrea da forma federativa de Estado:

“Na espécie, cuida-se da autonomia do Estado, base do princípio federativo amparado pela Constituição, inclusive como cláusula pétreas (art. 60, §4º, I). Na forma da jurisprudência desta Corte, se a **majoração da despesa pública estadual ou**

**municipal**, com a retribuição dos seus servidores, fica submetida a procedimentos, índices ou atos administrativos de natureza federal, a ofensa à autonomia do ente federado está configurada.” (ADPF 33-MC, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 29/10/2003, Segunda Turma, DJ de 6-8-2004).

Dessa forma, com base numa interpretação sistemática e considerando o entendimento dos Tribunais Superiores sobre o tema, constatamos que o ordenamento jurídico brasileiro não veda a alteração de competência tributária de um Ente político para outro, devendo, apenas, preservar a autonomia financeira de cada um para que se abasteçam de verbas para dar conta de suas máquinas públicas e executar seus serviços.

Não há cláusula pétrea que proíba diretamente a alteração de competência tributária, mas para garantir os preceitos do Estado Federal, o qual é sim cláusula pétrea, faz-se necessário observar a autonomia financeira das pessoas jurídicas de direito público interno. Esse é o entendimento de Mendes e Branco:

“A repartição de competências é crucial para a caracterização do Estado Federal, mas não deve ser considerada insuscetível de alterações. Não há obstáculo à transferência de competências de uma esfera da Federação para outra, desde que resguardado certo grau de autonomia de cada qual.” [25]

## **7. A Emenda Constitucional 233/2008.**

A emenda constitucional 233/2008 tem o objetivo de simplificar o sistema de arrecadação fiscal brasileiro ao promover uma reforma tributária, necessária em nosso país. Há atualmente 27 legislações estaduais que regulamentam os seus respectivos ICMS (imposto sobre a circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação), o que revela um quadro de alta complexidade, dificultando a arrecadação pelos contribuintes.

Na tentativa de atrair investimentos para seus territórios, os Estados promovem diversos benefícios fiscais, caracterizando uma “guerra fiscal”, perniciosa para a Federação brasileira, que se diz uma federação de cooperação.

Com a emenda constitucional 233/2008, o ICMS passa a ser de competência conjunta dos Estados e Distrito Federal, sendo instituído por meio de uma lei complementar federal. Ou seja, haveria apenas uma única lei nacional a ser seguida pelas unidades federadas. Note-se que a sua instituição seria pela União, por meio da lei complementar, a qual não faria às vezes de estabelecer normas gerais, mas sim instituir o imposto.

Entendemos que não há violação à federação brasileira. A autonomia financeira dos Estados é preservada na medida em que é garantida a repartição das receitas aos Estados, não havendo déficit na arrecadação dos Entes federados para prover seus serviços. Também, mantém-se uma parcela de participação dos Estados na instituição do ICMS, já que a regulamentação do imposto se daria por meio de um órgão colegiado, algo como hoje é o Confaz.

Ora, a cláusula pétrea da forma federativa de Estado não é afetada, pois os Estados continuarão com previsão de receitas, mesmo que de forma de repartição de receitas. Note-se que essa previsão de repartição é de natureza constitucional e não contratual, o que garante maior estabilidade e segurança jurídica para os Estados, não havendo violação da autonomia financeira dos Estados.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A forma federativa de Estado é cláusula pétrea em nossa Constituição Federal. A federação brasileira se fundamenta na autonomia dos entes federados, bem como na igualdade jurídica entre eles.

Não há, entre as cláusulas pétreas, a proibição explícita de se alterar a competência tributária, capaz de fazer com que, por exemplo, o ICMS, que é de competência dos Estados, passe a ser de competência da União. Assim, a princípio, não há proibição e se alterar a competência tributária.

Entretanto, como a autonomia se subdivide em autonomia financeira, administrativa e política, é preciso analisar se essa mudança de competência tributária não afeta a autonomia financeira do ente federado que teve sua competência tributária retirada. Isso porque as unidades federativas precisam suprir-se de rendas com seus próprios meios para poder dar conta da sua máquina pública, bem como gerir seus serviços. Desprover uma unidade federativa de suas fontes de rendimentos é colocá-la em posição de desigualdade fático-econômica perante as demais, pois propicia um ambiente ideal para que esta unidade federativa, que teve sua competência tributária suprimida, fique dependente de transferências voluntárias de outros entes para se socorrer economicamente. Ou seja, haveria uma quebra da igualdade entre os Entes políticos, apregoada pelo princípio federativo. Com isso, restaria violada a cláusula pétrea que veda a abolição da forma federativa de Estado.

Com uma maior concentração de competências no Governo central, a federação brasileira corre o risco de se caracterizar como uma federação centrípeta, em que há maior concentração do poder no Governo central em detrimento dos Governos locais.

Entendemos que para saber se é constitucional ou não uma proposta de emenda constitucional que pretenda alterar competência tributária faz-se necessário investigar, sobretudo, a extensão dos efeitos financeiros que irar causar. É preciso saber se haverá repasse constitucional, de natureza obrigatória, para evitar que um ente político fique se submetendo a outro para angariar verbas, por meio de transferências voluntárias.

Assim, adotamos a postura de que a diminuição acentuada da autonomia financeira de um ente político agride a federação indiretamente, pois afeta a característica fundamental de um ente federado, que é sua autonomia, além de instituir uma desigualdade fática e econômica entre as unidades federadas.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada.** 9ª edição. São Paulo: Saraiva. 2009.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário.** 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** 6ª edição. Salvador: Juspodivm, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade.** 2ª edição. São Paulo: Noeses, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário.** 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional.** 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

NOTAS:

[1] GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade.** 2ª edição. São Paulo: Noeses, 2009. p. 65.

[2] CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário.** 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 535.

[3] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** 6ª edição. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 255.

[4] Ressalvamos aqui os debates em torno do art. 11 da Lei Complementar 101/99, que dispõe que: “Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.” Entretanto, entendemos que o referido dispositivo não tem força de obrigatoriedade.

[5] STF, RE 577.025, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.12.2008, Plenário, DJE de 06.03.2009.

[6] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6ª edição. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 255.

[7] MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 138.

[8] *Idem, Ibidem*. p. 137.

[9] “Art. 60. (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

[10] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6ª edição. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 258.

[11] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165.

[12] *Idem, Ibidem*. p. 166.

[13] MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 141.

[14] STF, **ADI-MC 2024 DF**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento 27/10/1999, Pleno, DJ 01-12-2000.

[15] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 98.

[16] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2010, p. 410.

[17] BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 76.

[18] *Idem, Ibidem*. p. 77.

[19] AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 107.

[20] CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 139.

[21] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 100.

[22] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 260.

[23] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6ª edição. Salvador: Juspodivm, 2012, página 902.

[24] *Idem, Ibidem*, p. 255.

[25] MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143.

## **COTAS RACIAIS EM SELEÇÃO PÚBLICA SIMPLIFICADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL? UMA ABORDAGEM DO ARTIGO 1º DA LEI 12.990/14 SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.**

**TEREZA FERNANDA MARTUSCELLO PAPA:**  
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho (UGF). Professora Assistente de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Civil da Universidade Iguazu (UNIG). Advogada. Ex-Procuradora do Município de Mesquita.

**RESUMO:** Este trabalho apresenta um estudo sobre o artigo 1º da Lei 12.990/14, que estabelece a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Fica evidenciado que o referido diploma legislativo não faz previsão sobre a necessidade de ser observado o regime de cotas raciais também nas seleções públicas simplificadas, afrontando o princípio constitucional da igualdade, pois é importante estabelecer a observância das cotas raciais em todos os processos seletivos de pessoal do Poder Público, ainda que o vínculo com a administração pública seja temporário. Tal importância restou consolidada haja vista criação de algumas leis estaduais com previsão de cotas raciais em seleções públicas simplificadas, instrumentos que diminuem as desigualdades entre raças no Brasil. O tema é relevante, considerando que ainda estamos evoluindo no que diz respeito a políticas públicas de caráter racial, as quais ainda geram muita polêmica no âmbito acadêmico e fora dele.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei 12.990/14. Cotas raciais. Seleção pública simplificada. Princípio da Igualdade.

**ABSTRACT:** The paper presents a study on article 1 of the Law 12.990/14, which establishes the reservation to blacks of twenty percent (20%) of the vacancies offered in public tenders for provision of effective public jobs and positions within the federal in the context of the federal public administration, local government, the public foundations, public companies and joint capital corporations controlled by the Union. It is evident that certificate of legislation makes no prediction about the need to observe the regime of racial quotas also in simplified public selections, defying the constitutional principle of equality, it is important to establish compliance with the racial quotas in all selection processes of staff the government, although the link with the public administration is temporary. Such importance remained consolidated view of creation of some state laws with prevision of racial quotas in simplified public selections, instruments that reduce inequality between races in Brazil. The theme is relevant, considering that we are still evolving about the public policies of racial character, which still generate a lot of controversy in the academic scope and beyond.

**KEYWORDS:** Law 12.990/14. Racial quotas. Public selection simplified. Principle of equality.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Ações Afirmativas 1.1. Princípio da temporalidade 1.2. Princípio do duplo enfoque 1.3. Princípio do dano atual 1.4. Princípio da correlação 2. As Cotas Raciais em Concurso Público como Inclusão 3. Concurso Público e Seleção Pública Simplificada 4. O Artigo 1º da Lei 12.990/14 e o Princípio Constitucional da Igualdade ou Isonomia. Conclusão. Referências Bibliográficas.

---

## INTRODUÇÃO

A criação das cotas raciais, através da Lei 12.990/14, tenta diminuir ou mesmo solucionar as desigualdades que fazem com que muitos brasileiros não tenham condições de concorrer às vagas de nível altíssimo para cargos da administração pública federal em igualdade com os demais candidatos.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu diversos mecanismos para o desenvolvimento social do país, devendo ser observado, obrigatoriamente, o princípio da igualdade ou isonomia.

Cumpramos ressaltar que a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas para negros em concursos públicos da administração pública federal, sem contemplar a mesma indispensabilidade nos casos de seleção pública simplificada não está de acordo com a ordem jurídica do país.

É certo que as ações afirmativas realizadas pelo Estado não devem se ater aos concursos públicos, mas serem estabelecidas também para os demais processos seletivos da administração pública federal, como a seleção pública simplificada, já que a diferença elementar entre o servidor público permanente e o temporário é que este tem o termo prefixado para o término do vínculo contratual, em atendimento a uma necessidade temporária de excepcional interesse público, embora o regime jurídico de ambos seja diferenciado.

No primeiro capítulo iremos identificar a razão da existência das ações afirmativas de cotas raciais e os seus princípios norteadores.

No segundo capítulo será abordada a importância das cotas para negros como política pública para a inclusão.

No terceiro capítulo esclarecemos a diferença entre concurso público e seleção pública simplificada.

No quarto e último capítulo, ao alcançar o cerne da questão, trataremos do pedido da Ordem dos Advogados do Brasil ao Supremo Tribunal Federal pela Constitucionalidade da Lei 12.990/14 e a necessidade de existência das cotas raciais na seleção pública simplificada, assim como previsto no concurso público, uma vez que leis estaduais já possuem essa determinação, e abordaremos o princípio da igualdade, que deverá ser observado.

## 1. AÇÕES AFIRMATIVAS

Ações afirmativas, medidas afirmativas ou programas afirmativos se prestam a efetivar o princípio da igualdade, considerando que o objetivo de tais ações, medidas ou programas é buscar a justiça, corrigir desigualdades.

Alguns grupos de indivíduos necessitam de determinadas ações que proporcionem o acesso igualitário a algo que, sem o intermédio dessas ações, não seria alcançado ou seria dificilmente alcançado por eles, ao contrário de outros indivíduos que não preenchem determinados requisitos que lhes são peculiares.

No Brasil existem vários programas dessa natureza, como as cotas raciais em concursos públicos, foco deste trabalho, e muitos outros que suscitam discussões sobre: o que se entende necessário para tornar a sociedade mais justa e igualitária?

Sem avançar nos estudos sobre os modelos que basearam a idéia das ações afirmativas, nem se ater ao pensamento deveras utópico que algumas dessas ações apresentam, cabe ressaltar que a importância das chamadas ações afirmativas é nítida: que o Estado alcance todos os cidadãos, proporcionando a oportunidade de terem uma vida melhor.

De acordo com FERREIRA<sup>[1]</sup>: “O processo de elaboração da Constituição de 1988 contribuiu significativamente para a construção das normas de combate à discriminação de forma ampla.”

Em âmbito federal, foram criados o Programa Nacional do Centenário da Abolição da Escravatura e a Fundação Cultural Palmares – FCP, em 1988. Porém, só recentemente, após a eleição e reeleição do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a partir de 2002, que o governo federal brasileiro, ciente da problemática da desigualdade racial, um impasse para o desenvolvimento social, implantou de forma concreta algumas das chamadas políticas públicas de ações afirmativas de caráter racial, que ainda estão se consolidando, além de outras, como para as mulheres e indígenas.

Foi criada, em 2003, a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir), para coordenar políticas de combate ao racismo,

em atenção à população negra. Em 20 de novembro de 2003, foram publicados os decretos referentes à Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR), ao Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial (CNPIR) e à Regularização para as Comunidades Quilombolas.<sup>[2]</sup>

Apenas para ilustrar, ainda hoje existem os que defendem que negros não necessitam de cotas, ao argumento constitucional de que todos somos iguais. Felizmente, não refletem a opinião da maioria.

As ações afirmativas, como instituto jurídico, são pautadas em princípios, que serão abordados abaixo.

#### 1.1. Princípio da temporalidade

As ações afirmativas existem para combater desigualdades que assolam determinado grupo da população, e, portanto, possuem caráter temporário. Sua manutenção definitiva poderia inutilizar seus efeitos.

#### 1.2. Princípio do duplo enfoque

Apoiado no princípio da vedação ao retrocesso social, que, segundo CANOTILHO<sup>[3]</sup>, inviabiliza a reversibilidade dos direitos adquiridos, o princípio do duplo enfoque prevê que o ordenamento jurídico deve observar para que não haja o retorno da discriminação, já que os direitos adquiridos deverão ser respeitados, e tutelar o bem jurídico dos discriminados mesmo depois de terminada sua vigência.

#### 1.3. Princípio do dano atual

Por meio desse princípio o grupo social que sofre preconceito deveria ser beneficiado levando-se em conta os aspectos práticos atuais que resolvem o problema e não os danos do passado, buscando a 'justiça social e não indenizatória'.<sup>[4]</sup>

#### 1.4. Princípio da correlação

De acordo com o princípio da correlação o dano deverá ser compensado de acordo com a discriminação sofrida, ou seja, se há

discrimina o no trabalho, o auxílio não deve se dar em outra área, como saúde.

## 2. AS COTAS RACIAIS EM CONCURSO PÚBLICO COMO INCLUSÃO

Dois países concentram a maior popula o negra do mundo – Brasil e Nigéria.<sup>[5]</sup> Esse dado relevante nos permite destacar a importância de políticas para negros no país.

Assim como surgiram as cotas para negros no vestibular, dividindo a opinião pública, as cotas raciais em concursos públicos também são alvo de diversos debates sociojurídico antropológicos. Isso porque o tema   realmente delicado.

Segundo FERREIRA:<sup>[6]</sup>

*“O fim da escravidão, contudo, não foi sucedido por políticas públicas antirracistas que teriam contribuído para romper com os séculos de atraso que nos prenderam e nos prendem até hoje aos grilhões de uma pré-modernidade legada pela injustiça de nossos colonizadores.”*

A sociedade brasileira   proveniente de um regime escravo e seus desdobramentos, mas a luta contra o racismo sempre esteve presente, embora, por vezes, o Estado permanecesse omissivo. O desenvolvimento do país enfrentou ao mesmo tempo racismo e capitalismo. Escravos não eram considerados pessoas como os outros cidad es.

Estão espalhados pelo país diversas institui es públicas e privadas e movimentos sociais dedicados ao estudo dos negros que podem contribuir sobremaneira para os avanços das políticas públicas de a o afirmativa em questão, visando solucionar as desigualdades que se instalaram.

Isso porque, a intolerância racial não   p reo para a atua o do Estado, que busca amenizar a forma o cultural brasileira da discrimina o, através de instrumentos importantes com viés racial. Esse tema atinge não somente o Brasil, mas grande parte do mundo.

Inspirado na luta dos negros contra o racismo nos Estados Unidos da América, é tempo de celebrar a mudança do contexto histórico, antes escravocatra, para que classes menos favorecidas possam vencer as desigualdades tão enraizadas na sociedade.

A política de cotas para negros em concursos públicos instituída pela Lei 12.990/14 no âmbito da administração pública federal busca amenizar injustiças, trazendo inclusão e confortando aqueles que foram ou são vítimas de segregação social.

Porém, uma controvérsia se instalou. Como atribuir a identidade negra a um indivíduo? Sabemos que pessoas, se valendo de fraude, podem se autodeclarar negras para concorrer à vaga reservada a cota racial. Nesse caso, a maioria das instituições vem adotando a autodeclaração como critério, simplesmente.

### 3. CONCURSO PÚBLICO E SELEÇÃO PÚBLICA SIMPLIFICADA

O artigo 37, II, da Constituição Federal exige o concurso público para “*a investidura em cargo ou emprego público*”. Temos, como regra, para ingressar no serviço público a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

De acordo com CARVALHO FILHO<sup>[7]</sup>:

*“Há algumas situações especiais em relação às quais a Constituição dispensa a aprovação prévia em concurso público pelo servidor. Note-se, porém, que tais situações são excepcionais e atendem apenas à estratégia política do Constituinte.”*

No caso dos servidores temporários temos uma exceção à exigência de concurso, pois os cargos serão providos através de processo seletivo simplificado, conforme artigo 37, IX, da Constituição Federal. Os demais casos não serão abordados no presente estudo.

Segundo BORGES<sup>[8]</sup>: “O processo seletivo público, diferentemente do concurso público, é um procedimento mais simples, autorizado em hipóteses excepcionais, como em casos provisórios em que o interesse público o justifique, ou a temporariedade da função.”

Em que pese os pressupostos para a admissão temporária, que se justifica pelo excepcional interesse público e a necessidade temporária, com **predeterminação do prazo de contratação**, se o cidadão está sendo atendido por um médico no interior de uma unidade pública de saúde e o profissional é servidor, pode ser efetivo ou temporário, sendo o primeiro concursado, mas ambos estão prestando o mesmo serviço, de igual valor.

Assim, devemos recorrer ao direito do trabalho para identificar o que se entende por trabalho de igual valor. Seria aquele realizado com a mesma perfeição técnica, mesma produtividade, e, nesse ponto, não há distinção entre o profissional aprovado em concurso público e aquele aprovado em seleção pública simplificada, posto que, na prática, exercerão as mesmas funções.

#### 4. O ARTIGO 1º DA LEI 12.990/14 E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE OU ISONOMIA

A Constituição Federal de 1988 reforçou o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*: ‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza’. Esse princípio representa a base do ordenamento jurídico brasileiro e se divide em isonomia formal e material.

A isonomia ou igualdade formal é uma garantia constitucional, todos devem ser tratados de forma igualitária. Já a igualdade material ganha força nas ações afirmativas, que buscam estabelecer meios para o equilíbrio social, corrigindo eventuais desigualdades. À título de ilustração, aqueles que se sustentam contrários ao sistema de cotas raciais se baseiam justamente na violação ao princípio da igualdade formal, que gera injustiças com relação à população branca.

Em 2016 o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Declaratória de

Constitucionalidade (ADC) 41, com pedido de liminar, em defesa da Lei 12.990/2014[9].

De acordo com a OAB, como a posição nas diversas instâncias do Judiciário não é uniforme, com decisões declarando a inconstitucionalidade da norma e também pedidos para suspensão de certames em decorrência da aplicação da norma, há o receio de que ocorram situações de insegurança jurídica em concursos públicos federais.[10]

A Lei nº 12.990/14 estabelece a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

O artigo 1º prevê:

*“Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.”*

Assim sendo, podemos concluir que a referida Lei busca a reserva de vagas em concursos públicos e não nas hipóteses de seleção pública simplificada, conforme já afirmado anteriormente, no início deste estudo.

Cumprido destacar, antes de adentrar a questão central, que existem opiniões no sentido de que o próprio sistema de cotas raciais para concurso público afronta o princípio da isonomia, o que seria justificativa para a inconstitucionalidade da referida lei, o que não será tratado neste trabalho. O objetivo aqui é estabelecer se há afronta ao princípio da

isonomia em razão da admissão de reserva de cotas para negros apenas em casos de concurso público na administração pública federal, não contemplada a hipótese de seleção pública simplificada.

De acordo com dados do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão publicados em 2014 através da Portaria nº 156[11], o total de cargos ocupados por servidores públicos efetivos era de 534.514, entre estáveis e não estáveis, e haviam outros 20.922 servidores temporários.

Analisando o dado acima é possível constatar que o número de servidores temporários é grande, o que torna elementar a discussão em tela. Seria importante que a observância das cotas para negros em concursos públicos da administração pública federal fosse implementada também em seleções públicas simplificadas na área federal? Entendo que sim.

Em primeiro lugar, porque a criação da Lei 12.990/14 foi uma medida relevante para a adoção de política pública de inclusão de negros, assim como no caso das cotas para acesso às universidades públicas e, recentemente, na pós-graduação. Tais medidas deveriam ser ampliadas e não mitigadas, expandido a previsão de cotas para negros em seleções públicas simplificadas e não somente em concursos públicos federais, considerando a quantidade expressiva de servidores ocupantes de cargos temporários.

Alguns estados brasileiros, como São Paulo[12] e Bahia[13], já possuem previsão de cotas raciais em concursos e seleções públicas, o que reforça a ideia de que a União deveria seguir o exemplo desses estados.

Em segundo lugar, temos a convicção de que o princípio da igualdade, estampado no artigo 5º da Constituição Federal, deve ser respeitado e observado. Atualmente, os candidatos que concorrem às vagas de seleção pública simplificada para contratação temporária possuem tratamento diversificado daquele dispensado aos candidatos a cargos públicos efetivos, gerando desigualdade.

De acordo com MELLO[14]:

*“O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela sujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.”*

A situação apresentada neste trabalho merece reflexão, pois é incompatível com a ordem jurídica em vigor o tratamento diferenciado para concursos e seleções públicas simplificadas, já que ambos são modos de contratação de pessoal no setor público. Não esqueçamos que a contratação temporária tem suas peculiaridades, mas as cotas raciais não deveriam estar presentes nesse tipo de processo seletivo?

Continuamos a afirmar que considerando que a seleção pública simplificada é modo de acesso à cargo público, ainda que temporário, deverá viabilizar, no âmbito da administração pública federal, o acesso de negros, sob pena de ir de encontro ao princípio da igualdade. Segundo MELLO[15]: “Se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.”

Segundo BORGES[16]:

*“Embora pouco se encontre na doutrina acerca da diferença, do conceito e do alcance do termo processo seletivo público, costuma-se aliar à expressão a maior celeridade e simplificação e menor formalidade na seleção, devendo, entretanto, obediência aos princípios norteadores do concurso público, tais como a impessoalidade, publicidade e igualdade.”*

Um diploma legislativo tão ilustre, de âmbito nacional, expedido com o objetivo de corrigir deficiências históricas, como a Lei 12.990/14, necessita ser complementada, diante da falta de previsão de cotas raciais

nos processos seletivos simplificados, de modo a beneficiar toda a coletividade.

## CONCLUSÃO

A popula o afro-descendente por séculos foi vítima de violência, seja através da escravidão, seja posteriormente quando da discrimina o de raças, se sentindo inferior, sem ter a chance de encontrar seu espaço. Especialmente num país multirracial como o Brasil, políticas públicas afirmativas de inclusão são bem-vindas, uma vez que buscam a transforma o social através da concessão de oportunidade a quem antes se negou até mesmo o direito essencial   liberdade.

O objetivo da edi o da Lei 12.990/2014   justo, pois a implanta o da política pública de cotas raciais tem importante papel na transforma o sociorracial do país, porém acabou por levantar questão instigante e pontual, porque não prevê a necessidade de cotas na sele o pública simplificada, apenas em concursos, gerando, ainda que indiretamente, desigualdades.

No que tange aos processos de sele o de pessoal na administra o pública federal, concurso e sele o simplificada estão inseridos, não havendo, aparentemente, razões para o desinteresse da União em determinar as cotas raciais também para os casos de sele o pública simplificada, embora essa modalidade de contrata o temporária apresente diferenças em rela o ao concurso público, que já foram tratadas nesse estudo.

Se o Brasil quiser se manter na busca pelo desenvolvimento social deverá legislar expressamente nesse sentido.

## REFERÊNCIAS BIBLIOG FICAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constitui o*. 7  ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25  edi o. São Paulo: Atlas, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 6ª ed. São Paulo: LTR, 2007.

EYER, Rafael. *O princípio constitucional da isonomia em face das ações afirmativas do estado e as políticas de cotas para concursos públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Disponível em <http://planejamento.gov.br>, acesso em 07.jun.2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. 24ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Janeiro | fevereiro | março 2010 | v. 74 — n. 1 — ano XXVIII. Disponível em <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/871.pdf> Acesso em 18.jul.2016

RIBEIRO, Matilde. Análises e Propostas. As políticas de igualdade racial no Brasil. Disponível em <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/06429.pdf> Acesso em 18.jul.2016.

SADER, Emir (Org.). 10 anos de governos pós-neoliberais no Brasil: Lula e Dilma. São Paulo: Boitempo. Rio de Janeiro: FLACSO, 2013.

SÉGUIN, Elida. SOARES, Evanna. CABRAL, Lucíola. Organizadoras. *Temas de Discriminação e Inclusão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STEIL, Carlos Alberto. Organizador. *Cotas raciais na universidade. Um debate*. Rio Grande do Sul: UFRGS Editora, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=308736> Acesso em 18.jul.2016.

#### NOTAS:

[1] FERREIRA, Renato. Artigo: Dez anos de promoção da igualdade racial: balanços e desafios. Publicado na obra: 10 anos de governos pós-neoliberais no Brasil. Disponível em [http://www.flacso.org.br/dez\\_anos\\_governos\\_pos\\_neoliberais/livro\\_1.php](http://www.flacso.org.br/dez_anos_governos_pos_neoliberais/livro_1.php) Acesso em 18.jul.2016.

[2] Respectivamente o Decreto n. 4.886 (PNPIR); o Decreto n. 4.885 (CNPIR); e o Decreto n. 4.887 (Quilombos).

[3] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. P. 338.

[4] EYER, Raphael. O princípio constitucional da isonomia em face das ações afirmativas do Estado e as políticas de cotas para concursos públicos. P. 51

[5] RIBEIRO, Matilde. Análises e propostas. As políticas de igualdade racial no Brasil. Disponível em <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/06429.pdf> Acesso em 18.jul.2016.

[6] Idem ao 2.

[7] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. P. 626

[8] Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Janeiro | fevereiro | março 2010 | v. 74 — n. 1 — ano XXVIII. P. 211. Disponível em <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/871.pdf> Acesso em 18.jul.2016.

[9] Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=308736> Acesso em 18.jul.2016.

[10] Idem.

[11] Disponível em <http://planejamento.gov.br>, acesso em 07.jun.2016

[12] Decreto 54.949/14, que regulamenta a lei 15.939/13.

[13] Decreto 15.353/14, que regulamenta a lei 13.182/14.

[14] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. 24ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. P. 9.

[15] Idem. P.39

[16] Idem ao 9. P. 212.

## **CONTRATOS DE SEGURO DE VIDA: EMBATES DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE O FATO DE SUICÍDIO**

**NAIANE DE JESUS SALES:** Acadêmica do curso de direito da Faculdade Guanambi.

**DEBORAH MARQUES PEREIRA:** Docente do Curso de Direito da Faculdade Guanambi - FG. Mestrado em Desenvolvimento Social (subárea Direito Urbanístico). Coordenadora do Observatório FG do Semiárido Nordeste. Líder do Núcleo Direito à Cidade.

**RESUMO:** A incidência do suicídio nos contratos de seguro de vida tornou-se objeto de debates desde a égide do Código Civil de 1916, quando se instituiu que o ônus da prova da premeditação do ato incumbiria a seguradora, sendo esta determinação muito questionada, pois que difícil na prática tal constatação. Contudo, a questão tornou-se ainda mais emblemática com a edição do Código Civil de 2002 em que se estabeleceu na doutrina e jurisprudência controvérsias, no que concerne ao direito do beneficiário em receber o capital estipulado quando o segurado comete suicídio nos dois primeiros anos posteriores a vigência do contrato. Denota-se do exposto que o presente trabalho tem como objetivo analisar as divergências doutrinárias, jurisprudenciais e sumulares que perduram sobre a incidência do suicídio nos contratos de seguro principalmente aquelas determinadas pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 798. Para atingir o objetivo proposto, utilizou-se como metodologia a realização da pesquisa bibliográfica do tema, em livros e revistas, salientando-se a importância do Código Civil e das determinações sumulares, para a discussão da temática, sobretudo o artigo 798 CC/2002 e a Súmula 105 do STF e 61 do STJ. Assim, observa-se que a análise dos contratos de seguro por ato de suicídio deve respaldar-se não apenas na literalidade do artigo

798, devendo também pautar-se na observância do princípio da boa-fé objetiva inerente a todos os tipos de contratos, bem como, merece especial atenção às Súmulas 105 do STF e 61 do STJ.

**Palavras-Chaves:** Boa-fé Objetiva. Carência. Morte provocada. Negócio jurídico.

**ABSTRACT:** The incidence of suicide in the life insurance contracts has become the subject of debate since the aegis of the Civil Code of 1916, when it established that the burden of proof of the act of premeditation is the insurer responsibility, a determination widely questioned, because practically such a finding is very difficult. However, the issue has become even more iconic with the edition of the Civil Code of 2002 which established a different doctrine and jurisprudence, regarding the right of the recipient to receive the stipulated capital when the insured commits suicide within the first two years thereafter the contract period. Thereby this study aims to analyze the doctrinal, jurisprudential and brief differences that involve the incidence of suicide in insurance contracts mainly those determined by the Civil Code of 2002 in its art.798. To achieve this purpose, it was used a bibliographic research methodology of the subject, in books and magazines, to emphasize the importance of the Civil Code and brief determinations, to discuss the subject, especially Article 798 CC / 2002 and the summary of the SFT 105 and 61 of the STJ. So, notice that the insurance contract's analyses of suicide cases should not be based only in the textual of art. 798, should also be guided by the principle of objective good faith inherent in all types of contracts as well as the special attention that the dockets of the Supreme Court 105 and 61 of the STJ deserves.

**Keywords:** Death caused, Good faith objective, Juridic business, Need.

---

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho em tela vislumbra a questão do suicídio sob a ótica da sua repercussão na seara contratual, no que concerne ao pagamento

efetuado pelas seguradoras do capital estipulado no contrato de seguro de vida, quando o segurado comete suicídio.

Trata-se de uma pesquisa sobre as divergências doutrinárias, sumulares e jurisprudenciais sobre a temática, em que se discute o direito ou não do beneficiário em receber o pagamento do capital securitário no contrato de seguro de vida por morte do segurado em virtude de suicídio, perante a inovação dada ao tema com a edição do artigo 798 do Código Civil de 2002, ao assim dispor: “o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso [...]” (BRASIL, 2015, p. 203). Ante o elucidado, se depreende que houve com a promulgação do referido artigo a instauração da polêmica sobre a necessidade de comprovação da premeditação do ato, uma vez que, o diploma normativo instituiu um período de carência, em que a seguradora diante da incidência do suicídio poderia eximir-se de efetuar o pagamento.

A problemática do presente trabalho consiste na observação de que a incidência do suicídio do segurado no período de carência previsto no Código Civil de 2002 culmina em questionamentos que estão consubstanciados em saber, se ocorrendo o suicídio do segurado neste período de carência, estaria a seguradora isenta de realizar o pagamento do capital avençado ou deveria para tanto comprovar a premeditação por parte do segurado para poder desobrigar-se, vez que mister se faz a análise do princípio da boa-fé e das súmulas editadas pelo STJ e STF que versam sobre o assunto.

Diante do exposto, vislumbra-se que, o objetivo primordial do trabalho em tela é analisar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca das interpretações passíveis de serem aplicadas ao artigo 798 do Código Civil, bem como das súmulas editadas pelo STF e STJ sobre o tema (BRASIL, 2015). Com fito de atingir os objetivos previamente expostos, será realizada inicialmente uma breve abordagem conceitual das relações securitárias, bem como o conceito dos contratos de seguro e suas características.

Posteriormente, será abordado o tratamento jurídico do contrato de seguro no Código Civil de 1916, apreciando a regulamentação do instituto, o conceito adotado, bem como o estudo das espécies existentes, quais sejam o seguro de dano e de vida. Logo após, serão explanadas as determinações presentes no Código Civil de 2002 a respeito do contrato de seguro, e em seguida, passar-se-á a versar sobre os contratos de seguro de vida, verificando-se as disposições atuais concernentes ao tema, assim como as suas subespécies.

Ainda serão objeto de análise os princípios da boa-fé e da função social dos contratos, nos quais serão direcionados sobremaneira aos contratos de seguro, estabelecendo-se uma análise da importância de tais princípios na perspectiva das relações securitárias.

Apresenta-se ainda, um tópico relacionando o suicídio e o seguro de vida, em que primeiro explana-se sobre o suicídio, e suas espécies de acordo com a aceção civilista, posteriormente a positivação sumular acerca do tema, que consiste na análise das Súmulas 61 do STJ e 105 do STF, abordando-se logo após o suicídio nos contratos de seguro de acordo com o Código Civil de 2002, observando-se a inovação perpetrada pelo legislador ao instituir um período de carência no art. 798, assim como as divergências doutrinárias que sucederam de tal regulamentação (BRASIL, 2015). E para finalizar, a fim de discorrer sobre as divergências apresentadas analisa-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Goiás e outra do Rio Grande do Sul. Por fim, mas não menos importante, serão tecidas considerações finais.

Isto posto, justifica-se a elaboração do trabalho pela necessidade da apreciação das implicações do suicídio nos contratos de seguro de vida, haja vista a inexistência de fixação sobre a interpretação mais adequada ao tema, o que conduz a insegurança jurídica, refletidas nas destoantes decisões proferidas por Tribunais de Justiça Brasileiros.

## **2 ABORDAGEM CONCEITUAL DAS RELAÇÕES SECURITÁRIAS**

Os contratos de seguro são oriundos da necessidade do homem em proteger-se contra a insegurança e os riscos que permeiam a vida humana, e nesse viés assevera Nader (2009) que, por intermédio dos contratos de

seguro busca-se atenuar as implicações de eventos danosos tanto no que concerne a bens patrimoniais como seus reflexos na saúde e vida do ser humano.

A origem dos contratos de seguro esta intimamente ligada a busca pela segurança, haja vista, que esta caracteriza-se como dispõe Silva (2004, p. 1.266), “[...] tornar a coisa livre de perigos, livre de incertezas, assegurada de danos ou prejuízos, afastada de todo mal”. Nesta acepção, pode-se inferir que os contratos de seguro apresentam e seu cerne a ideia de proteção, em que o homem almejava, sobretudo resguardar-se das incertezas e riscos.

Nesse mesmo sentido leciona Tartuce (2014), ao alegar que os contratos de seguro constituem em um dos contratos mais complexos e relevantes, tendo em vista que viver tornou-se algo arriscado. Afirma ainda o referido autor que o contrato de seguro na prática representa um meio pelo qual os riscos são socializados.

A partir, das ideias expostas acima sobre a origem dos contratos de seguro, pode-se asseverar que estes são constituídos por intermédio de uma aquiescência entre as partes, instituindo um negócio jurídico. Comentando sobre o tema, dispõe Venosa (2008. p. 122), “[...] a vontade contratual, que se subsume em um consentimento no contrato, é uma vontade negocial: isto é, dirigida para a obtenção de efeitos jurídicos, tutelados e vinculantes. O consentimento contratual é o cerne desse negócio jurídico”.

Após tecer estas breves noções introdutórias, faz-se imperioso proceder uma análise conceitual dos contratos de seguro, que conforme leciona Diniz (2010, p. 524), “contrato de seguro é aquele pelo qual uma das partes (segurador) se obriga para com a outra (segurado), mediante pagamento de um prêmio, a garantir-lhe interesse legítimo relativo a pessoa ou a coisa e a indeniza-la de prejuízo decorrente de riscos futuros, previstos no contrato”.

Denota-se do exposto, que são partes integrantes dos contratos de seguro, o segurado e o segurador, em que cabe ao segurado efetuar o pagamento do prêmio, e em contrapartida o segurador se obriga a

garantir o interesse legítimo que pode ser relativo a pessoa ou a coisa, assim como efetuar o pagamento de indenização nos casos de existência de prejuízos previstos contratualmente. Corroborando com o tema afirma Tartuce (2014), que no concernente à natureza jurídica, o contrato de seguro caracteriza-se como sendo bilateral, uma vez que, instituem direitos e deveres proporcionais. Vislumbrando-se, portanto, que subsiste entre as partes, obrigações recíprocas e equivalentes.

Conforme salienta Alvim (2001, p. 113), “seguro é o contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, obriga-se a pagar ao segurado uma prestação, se ocorrer o risco a que está exposto”. No que tange ao conceito fornecido pelo autor, compreende-se que o elemento essencial constante no contrato de seguro é o risco, uma vez que, é diante da existência deste que origina-se a noção de manter o objeto do contrato em seguro, e somente diante da efetiva ocorrência do risco que incumbirá ao segurador realizar o pagamento do capital estipulado no contrato.

Pode-se definir o contrato de seguro, como sendo o contrato pelo qual o segurador se obriga a garantir interesse legítimo do segurado, recebendo para tanto um determinado valor que se denomina prêmio, conforme dispõe Rizzardo (2013, p. 833):

Pelo seguro um dos contratantes (segurador) se obriga a garantir, mediante o recebimento de uma determinada importância, denominada prêmio, interesse legítimo de uma pessoa (segurado), relativamente ao que vier a mesma a sofrer, ou os prejuízos que decorrerem a uma coisa, resultantes de riscos futuros, incertos e especificamente previstos.

Considerando, portanto, que os contratos de seguro são provenientes da necessidade de segurança que norteia a vida humana, sendo este caracterizado como acordo entre as partes, que se vislumbra sua importância na órbita jurídica o que fez com que a legislação civilista se declinasse para a abordagem dessa relação com o desígnio dar maior segurança jurídica.

### **3 O TRATAMENTO JURÍDICO DO CONTRATO DE SEGURO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916**

Para a melhor compreensão da temática constante no presente artigo, faz-se imperioso efetuar uma breve análise do tratamento dado os contratos de seguro no Código Civil de 1916, para que seja possível observar como estes estavam regulamentados, a conceituação do instituto, bem como as espécies contidas na norma.

Com a promulgação do Código Civil de 1916 houve a efetiva regulamentação dos contratos de seguro, conduzindo a um significativo progresso ao tratamento do tema, haja vista sua importância na seara jurídica. Neste diapasão, Pereira (2013) afirma que na elaboração do referido diploma, pretendeu-se regulamentar de forma definitiva os contratos de seguro, representando, portanto, um avanço substancial frente a ausência de tipificação do instituto em vários sistemas, assim como a inexistência de ordenamento doutrinário e legal. Segundo ainda o mencionado autor, o seguro marítimo seria uma exceção, pois que já encontrava-se presente no Código Comercial de 1850.

Estabeleceu-se, sob a égide do Código Civil de 1916 a definição dos contratos de seguro no artigo 1.432, no qual definiu-se como sendo o contrato de seguro: “aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato” (BRASIL, 1916).

Versando sobre o conceito exposto no aludido artigo, Venosa (2014) aduz que o legislador ao abordar o conceito de contrato de seguro definiu o que seria excepcional no ordenamento, afirmando que muito se criticava essa dicção, haja vista, que o diploma normativo não abrangia a possibilidade de seguro em benefício de terceiros, como é o caso do seguro de vida.

Tendo em vista o tratamento dos contratos de seguro na vigência do Código Civil de 1916, nota-se que o conceito legal contido na norma não diferenciava o seguro de coisa do seguro de pessoas, aduzindo expressamente a percepção de indenizar, o que culminou em críticas quanto a abrangência do conceito estabelecido.

Na legislação civilista de 1916, dividiam-se os contratos de seguro em duas espécies sendo estas: os contratos de seguro de coisa e de vida. Estando estes regulamentados em cinco seções diferentes, quais sejam: I- Das disposições gerais sobre o seguro; II- Das obrigações do segurado; III- Das obrigações do segurador; IV- Do Seguro mútuo; V- Do seguro sobre a vida (BRASIL, 1916).

Ao abordar sobre o seguro de coisas, cabe ressaltar que, durante a vigência do código civilista de 1916, este era também conhecido como seguro de danos, conforme se apreende das lições de Alvim (2001, p. 79):

Os seguros de dano são também conhecidos como seguros de coisa, denominação que tem sido abandonada pelos autores, porque se refere apenas a algumas espécies de seguros do grupo. São seguros de coisa o de incêndio, de transportes, de automóveis etc., mas não se incluem aí os de responsabilidade civil, de garantia, de fidelidade e outros. A expressão “seguros de dano” é mais abrangente e envolve todos eles. Refere-se tanto aos prejuízos materiais como a perda de valores patrimoniais.

Insta salientar, após as disposições contidas acima que, no concernente ao seguro de dano, estes abrangem os prejuízos materiais, bem como perda de valores patrimoniais, apresentando como objetivo segundo Alvim (2001) a ideia de indenização, por meio de uma reparação, compensação ou satisfação de danos sofridos.

No que se referente aos contratos de seguro de vida, pode-se inferir, que houve um desafio jurídico no que tange a sua recepção, conforme assevera Pereira (2013), ao dispor que na elaboração do Código de Napoleão, Portalis considerava ser imoral arriscar sobre a vida ou morte de uma pessoa, além de rechaça-lo sob a alegação de que álea constante o aproximava do jogo e da aposta. Ulteriormente, mesmo ajustado como espécie de seguro, adveio discussões a respeito da sua natureza, nas quais refutava-se o caráter indenizatório do instituto, sob o

embasamento de que a vida é um bem de valor inestimável (PEREIRA, 2013).

A vida e as faculdades humanas passaram a constituir objeto segurável, no Código Civil de 1916, como visto nas disposições contidas em supra, encontrando-se o seguro sobre a vida regulamentado nos artigos 1.471 ao 1.476 (BRASIL, 1916).

Convém mencionar, no pertinente ao contrato de seguro de vida que se instaurou na doutrina embates, sobre se seria passível de abordá-lo sob o viés indenizatório, e neste sentido com propriedade esclarece Alvim (2001, p. 448), “[...] a indenização constitui, então, a obrigação do segurador tanto num, como noutra, embora ela seja apurada de maneira diferente, atendendo-se a natureza desses dois grupos de seguros”. Assim sendo, conclui-se que, apesar da ideia de ser o contrato de seguro caracterizado pagamento de indenização, esta deveria ser averiguada de forma distinta, conforme a espécie de seguro a ser analisada.

#### **4 REVISÃO DE DETERMINAÇÕES A RESPEITO DOS CONTRATOS DE SEGURO NO CÓDIGO DE 2002**

Os contratos de seguro com o advento do Código Civil de 2002, foram regulamentados em capítulo específico, estando a temática inserida nos artigos 757 ao 802 (BRASIL, 2015). Nas disposições gerais do capítulo destinado aos contratos de seguro, o legislador instituiu como preceito normativo basilar a sua definição, conforme denota-se da dicção do artigo 757 do CC/02, a seguir exposto: “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados” (BRASIL, 2015, p. 201).

Apreciando o tema, Gomes (2008) assevera que almejou o legislador com a edição deste artigo aperfeiçoar a definição de seguro para abranger tanto o seguro de dano como de pessoa. Segundo ainda o referido autor, ao invés do legislador exibir a aceção de obrigação do segurador, de recompensar os danos sofridos pelo segurado, este aludiu à obrigação de se garantir através do contrato de seguro interesse legítimo do segurado, seja este relacionado a pessoa ou a coisa.

Neste aspecto, percebe-se que, ao realizar uma análise comparativa da definição do instituto, entre a determinação anteriormente adotada na legislação civilista de 1916, e as inovações vislumbradas com a edição do Código Civil de 2002, depreende-se que o legislador ao modificar o conceito de contrato de seguro passou a abranger as duas classificações do tema, sendo esta, os contratos de seguro de dano e do seguro de pessoa.

Ademais salienta Nader (2009) que, o Código Civil de 2002 diferente do diploma civilista anterior ao dispor sobre os contratos de seguro, realizou uma divisão no tange as disposições normativas em duas modalidades contratuais como visto acima, sendo estas, o seguro de dano e seguro de pessoa, possuindo estes, estrutura técnica distinta, pois que o primeiro apresenta caráter indenizatório, enquanto o segundo apresenta viés compensatório. Dessa maneira, nota-se da análise das disposições elencadas que, o diploma civilista de 2002, ao abordar os contratos de seguro realizou uma divisão em suas disposições conforme a modalidade de seguro, que se consubstancia em dividi-lo em seguro de dano e seguro de vida, que serão a seguir melhor analisados.

#### 4.1 DO SEGURO DE DANO

O seguro de dano, regulamentando nos artigos 778 ao 788 do Código Civil de 2002, constituem em uma espécie de seguro de caráter indenizatório, visto que, sua característica basilar consiste na busca pelo ressarcimento dos prejuízos advindos de eventos danosos na seara patrimonial do segurado (BRASIL, 2015). Corroborando com tema Gomes (2008, p. 510) dispõe que: “o seguro de danos ou de coisas, compreende diversas espécies que abrangem os prejuízos sofridos por um indivíduo em seu patrimônio. Caracteriza-se pelo fato de consistir a obrigação do segurador no pagamento de indenização do dano”.

Observar-se da abordagem realizada que, os contratos de seguro de danos, dividem-se em diversas espécies, que apresentam em seu cerne a ideia de ressarcimento de prejuízos sofridos por uma pessoa no que se refere ao seu patrimônio, de forma que ao segurador incumbe o dever de

realizar o pagamento de indenização diante da ocorrência dos riscos previstos contratualmente.

Coadunando com o mencionado, dispõe Nader (2009, p. 379) que: “no seguro de dano, também chamado por seguro de coisa, os objetos garantidos referem-se a bens materiais ou a qualquer outro interesse suscetível de avaliação econômica”.

Nesse âmbito, analisando as disposições normativas concernentes ao seguro de dano, destaca-se que, institui o artigo 778 do Código Civil de 2002, “nos seguros de danos, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art. 766, e sem prejuízo da ação penal que no caso couber” (BRASIL, 2015, p. 202).

Sendo assim, pode-se inferir que, de acordo com a regulamentação civilista, a garantia prevista na modalidade de seguro de dano não pode exceder a importância do interesse segurado na ocasião em que o contrato for concluído, pois, caso tal preceito seja infringido, segurado deixa de ter direito a garantia, além de ficar compelido ao prêmio vencido. Realizadas estas exposições, faz-se mister a abordagem dos contratos de seguro de pessoa.

#### 4.2 DO SEGURO DE PESSOA

O seguro de pessoa, encontra-se expressamente disposto nos artigos 789 ao 802, caracterizando-se conforme estabelece Tartuce (2014), por visar à pessoa humana, com intento de proteção contra riscos de morte, bem como comprometimentos da saúde e incapacidades que possam ocorrer em virtude de acidentes.

Compreende-se, que o seguro de pessoa tem por intento a proteção da vida do ser humano, no que tange aos riscos que circundam tanto a saúde como a sua integridade. Sob a mesma acepção afirma Rizzardo (2013, p. 858), “o contrato tem em vista, aqui, a proteção da pessoa, garantindo interesses que envolvem o dano pessoal ou que se referem a certos eventos sem trazer danos, como a satisfação de uma

importância determinada ao atingir uma idade mais avançada, ou quando da morte do segurado”.

Perante o apresentado, pode-se afirmar que os contratos de seguro de pessoa diferenciam-se sobremaneira dos contratos de seguro de danos em virtude de sua natureza não indenizatória, pois que a vida humana não seria passível de ser indenizada, sendo que se denomina capital o estipulado no contrato, conforme verifica-se no artigo 789 do Código Civil que assim aduz: “nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente [...] (BRASIL, 2015, p. 203).

Impende avivar ainda que, os contratos de seguro de pessoa divide-se em várias espécies, que segundo Gomes (2008), comporiam as mais relevantes o seguro de acidentes pessoais e o seguro de vida. E diante da acuidade do tratamento do seguro de vida no presente trabalho, torna-se necessário realizar algumas considerações sobre esta espécie de seguro.

#### **4.2.1 O Contrato de Seguro de vida**

Os contratos de seguro de vida com a promulgação do Código Civil de 2002 passaram a estar regulamentado na Seção concernente ao seguro de pessoa, já que constitui espécie deste, inserido no Capítulo que versa sobre os contratos de seguro. Sobre tal normatização esclarece Gonçalves (2012, p. 508):

Essa seção, no Código de 1916, era denominada “Do seguro de vida”, que é uma das espécies daquele. O seguro de pessoa compreende o de vida, o de acidentes pessoais, o de natalidade, o de pensão, o de aposentadoria e de invalidez e o seguro-saúde. Todavia, o art. 802 do novo diploma exclui expressamente este último do âmbito do Código Civil, deixando a sua disciplina para a legislação especial.

Apreende-se do apresentado que, com edição do atual Código Civil houve uma bifurcação do seguro de pessoas em várias espécies, tais como o de acidentes pessoais, natalidade, pensão, de aposentadoria e de

invalidez, e o seguro de vida, que constitui objeto de especial atenção na presente obra.

No artigo 795 do Código Civil de 2002 estabeleceu-se a previsão de nulidade, no seguro de pessoa, quando realizada qualquer transação que configure o pagamento de reduzido capital ao segurado (BRASIL, 2015). Em referência ao artigo supramencionado afirma Tartuce que (2014, p. 485), “a norma tem uma enorme carga ética, mantendo relação direta com a boa-fé objetiva e a função social dos contratos”.

Determina ainda o artigo 796 do diploma normativo uma estipulação na qual, o seguro de vida poderá ser conveniado por prazo limitado ou por toda vida do segurado (BRASIL, 2015). Neste íterim, leciona Venosa (2014, p. 420-421):

Várias são as modalidades admitidas no seguro de vida. Pode ter por objeto o seguro da vida inteira, mediante pagamento de prêmio anual, beneficiando terceiros indicados com a morte do segurado. Pode ser fixado o pagamento para certo e determinado período, após o qual o segurado se libera de pagamento, beneficiando também terceiros, no caso de morte.

Corroborando com o tema, Gonçalves (2012), assevera que o seguro de vida apresenta-se como o mais relevante seguro de pessoas, tendo em vista que ao ser firmado, a duração da vida humana age como critério fixador para o cálculo do prêmio que será devido ao segurador, e este por sua vez restará obrigado a efetuar o pagamento ao beneficiário de capital ou renda, ocorrendo a morte do segurado ou mesmo nas hipóteses deste sobreviver por um prazo determinado. Deste modo, ao firmar um contrato de seguro de vida, a duração desta atua de maneira fundamental para o cálculo do prêmio a ser pago ao segurador, e a este por sua vez incumbe o dever de realizar o pagamento ao beneficiário.

Cabe ainda ressaltar que existem duas subespécies de seguros de vida conforme se depreende dos ensinamentos de Pereira (2013, p. 428):

Há duas subespécies de seguros de vida: a) seguro de vida propriamente dito, em que o segurado paga o prêmio indefinidamente ou por tempo limitado, assumindo o segurador a obrigação de pagar aos beneficiários o valor do seguro, em função da álea específica da morte do segurado; b) seguro de sobrevivência, em que se ajusta a liquidação em vida do segurado, após um certo termo ou na ocorrência de um certo evento, inscrevendo-se nesta modalidade o seguro para a velhice, o seguro para custeio de estudos etc. É lícita a sua combinação.

Nessa acepção, observa-se que os seguros de vida estão divididos em duas subespécies, sendo estas, o seguro de vida propriamente dito e o seguro de sobrevivência. O seguro de vida propriamente dito pressupõe o pagamento do prêmio pelo segurado ao segurador, seja por prazo determinado ou indeterminado, constituindo obrigação do segurador o pagamento ao beneficiário quando ocorrer a morte do segurado. Por sua vez, o seguro de sobrevivência ajusta-se o pagamento ao segurado, sendo este em vida, tendo como base o decurso de um termo ou mesmo evento.

Neste aspecto, ao abordar o seguro de vida tradicional, salienta Rodrigues (2002, p. 343- 344):

O seguro de vida tradicional, também chamado seguro de vida propriamente dito, é aquele em que, mediante um prêmio anual, se obriga o segurador ao pagamento de certa soma, por morte do segurado, a pessoa ou pessoas por este indicadas no contrato. Trata-se de negócio de previdência, em que o segurado, desejando assegurar a sobrevivência e o bem-estar de sua família ou de outras pessoas que lhe são caras, estipula que por ocasião de sua morte o segurador fornecerá, a seus beneficiários, uma soma em dinheiro desde logo fixada no contrato, pagando ele, segurado, a partir de então, um prêmio

periódico, anual ou mensal. Tal prêmio, pago pelo segurado, pode ser devido durante toda a vida deste, ou por prazo determinado.

Portanto, o seguro de vida apresenta-se não como meio de auferir vantagens de cunho patrimonial, na tutela de interesses meramente patrimoniais, mas sim como maneira de assegurar o bem estar e sobrevivência do beneficiário, tendo em vista que caberá ao segurador realizar o pagamento do avençado no contrato, quando ocorrer a morte do segurado e tais valores terá natureza de sustento. Observa-se do exposto que, os contratos de seguro de vida na contemporaneidade constituem em uma espécie de contrato de relevante importância na sociedade, dado seu caráter assistencial, pois que visa assegurar o bem estar de entes familiares e outras pessoas que lhe são queridas.

Após as exposições feitas acima, a respeito dos contratos de seguro, bem como o instituto do seguro de vida e as determinações presentes no diploma civilista de 2002, faz-se de suma importância a análise dos principais princípios que lhes são aplicáveis, sendo estes o princípio da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.

## **5 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E OS CONTRATOS DE SEGURO**

Ao versar sobre a origem da concepção de boa-fé, asseveram Gagliano & Pampolha Filho (2012, p. 101) que: “a noção de boa-fé (*bona fides*), ao que consta, foi cunhada primeiramente no Direito Romano, embora a conotação que lhe foi dada pelos juristas alemães, receptores da cultura romanista, não fosse exatamente a mesma”. Nota-se assim que a boa-fé esteve presente desde as origens primárias das tratativas negociais.

Houve com a promulgação do Código Civil de 2002, a regulamentação do princípio da boa-fé no artigo 422 ao expressamente dispor que: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL, 2015, p.183).

Após análise do artigo acima descrito, pode-se aduzir que, o preceito expresso na norma é de cunho obrigacional, haja vista que se impõem as partes à observância do princípio da boa-fé, sendo que será obrigatória tanto no momento da conclusão do contrato como também no decorrer de sua execução.

Tecendo considerações sobre a boa-fé objetiva, esclarece Pereira (2013), que seria a boa-fé expressa no art. 422 do Código Civil a objetiva, por ser característica das relações obrigacionais. Aduz ainda o mencionado autor que, a boa-fé objetiva não constituiria um estado de consciência do agente, mas sim o seu comportamento de cooperação perante a relação jurídica, estabelecendo um padrão de conduta que apresentam-se de forma variável de acordo com a relação vigente entre as partes.

Corroborando com tema dispõe Silva (2011, p. 9), que “a boa-fé de que cuida o Código Civil no art. 422 é a objetiva, que impõe certos deveres às partes contratantes, possuindo a função de fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual”.

Compreende-se, portanto, o princípio da boa-fé como aspecto primordial nas relações contratuais, pois que deve ser observada obrigatoriamente na fase anterior a concretização do contrato, durante a vigência e também a fase pós-contratual.

No que refere-se à aplicação do princípio da boa-fé na seara dos contratos de seguro, esclarece Tartuce (2014), que nos contratos de seguro a boa-fé objetiva deve estar presente em todas as fases, tanto na fase pré-contratual, como nas fases contratuais e pós-contratuais, constando no referido instituto uma norma específica para a abordagem do princípio em tela, pois que, dispõe o artigo 765 do Código Civil: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes” (BRASIL, 2015, p. 202).

Depreende-se da análise do mencionado artigo que o legislador notoriamente destacou o princípio da boa-fé ao regular os contratos de

seguro, instituindo a obrigação bilateral entre as partes de observância do referido princípio tanto na conclusão como na execução do contrato. Destacando a importância do princípio da boa-fé na seara dos contratos de seguro assevera Venosa (2008, p. 343): “mais do que em outra modalidade de contrato, cumpre que no seguro exista límpida boa-fé objetiva e subjetiva, aspecto que deve ser levado em conta primordialmente pelo intérprete”.

Constata-se do elucidado que, o respeito ao princípio da boa-fé constitui aspecto essencial das tratativas securitárias, devendo ser de observância obrigatória às partes integrantes da relação securitária. Outrossim, o princípio em estudo, deve servir de lastro ao intérprete ao aplicar os preceitos normativos.

## 6 A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS DE SEGURO

Antes de adentrar propriamente na normatização da função social dos contratos na legislação civilista, impende ressaltar o sentido da expressão função social, que conforme asseveram Farias & Rosenvald (2012, p. 307):

A expressão *função social* procede do latim *functio*, cujo significado é de cumprir algo ou desempenhar um dever ou uma atividade. Utilizamos o termo função para exprimir finalidade de um modelo jurídico, um certo modo de operar um instituto, ou seja, o papel a ser cumprido por determinado ordenamento jurídico.

Verifica-se do exposto que, a expressão função social apresenta em síntese a ideia de exteriorização da finalidade de determinada norma, revelando, o papel desta perante o diploma normativo a que se aplica, a fim de que seja possível compreender o real sentido da regulamentação.

Ao ponderar a respeito das disposições gerais dos contratos, o Código Civil de 2002 trouxe como mandamento nuclear do instituto a observância da sua função social ao dispor em seu artigo 421 que: “a

liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2015, p. 183).

Dispondo sobre o princípio da função social dos contratos instituído no Código Civil leciona Costa (2005, p. 41): “o princípio da função social, ora acolhido expressamente no Código Civil [...] constitui, em termos gerais, a expressão da socialidade no Direito Privado, projetando em seus corpora normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz constitucional da solidariedade social [...]”.

Observa-se do exposto que o dispositivo em comento consagra o princípio da função social dos contratos, estando este intimamente atrelado não apenas à vontade das partes em pactuarem, mas também a percepção de que esta vontade não poderá significar detrimientos a terceiros não integrantes da relação contratual.

Neste mesmo sentido leciona Diniz (2010, p. 23), ao asseverar que “o contrato deve ter alguma utilidade social, de modo que os interesses dos contratantes venham a amoldar-se ao interesse da coletividade”. Segundo ainda a referida autora, apesar do reconhecimento da importância da liberdade contratual, deve-se ter em mente que o exercício desta apresenta como fatores condicionantes a observância da função social dos contratos e implica valores de boa-fé e probidade.

De acordo ainda com Pereira (2013), resta clara a intenção do legislador ao abordar a função do contrato de não tratar com supremacia os interesses das partes que integram a relação contratual, sendo indispensável levar em consideração o mundo que os cercam. Dispõe ainda o aludido autor que, “hoje o contrato é visto como parte integrante de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social” (PEREIRA, 2013, p.13).

Perante o apresentado, pode-se afirmar que apesar da liberdade de contratar constituir fator preponderante na relação contratual, uma vez que, surge os contratos do acordo entre as partes, vislumbra-se sob a égide do princípio da função social dos contratos que esta liberdade encontra como limites, sendo estes atinentes ao bem comum e os fins

sociais que os contratos devem alcançar. Relacionando o princípio exposto, com os contratos de seguro Kriger Filho (2000, p. 18) dispõe que:

Indiscutível a função social contemporânea que exerce este instituto, sendo atividade a ele afeita considerada de verdadeira *utilidade pública*, quando se percebe que a mesma movimentada a economia a economia de incontáveis segurados para formar um fundo comum e proporciona a segurança e tranquilidade necessários ao bem estar das pessoas e do progresso.

Verifica-se, por conseguinte que, os contratos de seguro apresentam cunho social, pois que há uma socialização dos riscos, buscando tranquilizar o indivíduo das inseguranças que permeiam sobremaneira a vida humana, através da compensação nos contratos de seguro de vida, almejando dirimir os danos ajustados contratualmente.

## **7 OS SEGUROS DE VIDA E A QUESTÃO DO SUICÍDIO**

Abordou-se até o presente tópico, o instituto dos contratos de seguro, a sua conceituação, o tratamento jurídico deste no Código Civil de 1916, posteriormente as determinações a respeito dos contratos de seguro no Código Civil de 2002, analisando as espécies contidas no diploma normativo, bem como sobre o princípio da boa-fé objetiva e a função social dos contratos nos contratos de seguro, de maneira a propiciar a compreensão da temática objeto do artigo ora apresentado.

Sendo assim, após as exposições realizadas, proceder-se-á um breve exame do suicídio, bem como a distinção realizada por doutrinadores civilistas entre suicídio voluntário e involuntário, em seguida as determinações concernentes a implicação da incidência do suicídio nos contratos de seguro de vida na vigência do Código Civil de 1916, e as disposições sumulares, para em seguida apresentar as inovações perpetradas com a edição do Código civil de 2002 e a análise jurisprudencial acerca da temática.

### **7.1 O SUICÍDIO**

O suicídio consoante assevera o célebre sociólogo Durkheim (2000, p.14), caracteriza-se como sendo “[...] todo caso de morte que resulta direta ou indiretamente de um ato, positivo ou negativo, realizado pela própria vítima e que ela sabia que produziria esse resultado”. Conforme ainda o referido autor, existem três espécies de suicídio, sendo estes, o egoísta, altruísta e por anomia.

Ressalta-se que em sua obra intitulada suicídio Durkheim (2000, p. 384), dedica capítulo específico a abordagem do suicídio como elemento social instituindo que:

De todos os fatos por nós estudados, resulta que a taxa social dos suicídios só se explica sociologicamente. É a constituição moral da sociedade que determina a cada instante o contingente das mortes voluntárias. Existe, pois, para cada povo, uma força coletiva, de determinada energia, que impele os homens a se matarem. Os movimentos que o paciente realiza, e que, à primeira vista, parecem só exprimir o seu temperamento pessoal, são, em realidade, a consequência e o prolongamento de um estado social que manifestam exteriormente.

Tecendo considerações sobre a análise realizada por Durkheim sobre o suicídio como fenômeno social Lucena (2010), leciona que apesar do suicídio caracterizar-se como fenômenos individuais, apresentam causas fundamentalmente sociais. Segundo ainda o referido autor, “as circunstâncias sociais que criam o suicídio criam também as predisposições psicológicas, porque os indivíduos, vivendo em condições peculiares da sociedade moderna, são mais sensíveis e, por conseguinte, mais vulneráveis” (LUCENA, 2010, p. 299).

É válido mencionar ainda que o suicídio constitui um fato jurídico, conforme salienta Borges (2006, n. p.) ao afirmar que “aceita a tese de que o instante suicida é de pura anormalidade, em que a vontade não seria juridicamente levada em conta, tal ação jamais poderia ser considerada como ato jurídico, por lhe faltar o elemento essencial, consubstanciado na

manifestação de volitiva”. Aduz ainda o autor que, seria, por conseguinte o suicídio um fato jurídico.

Entretantes, a abordagem a ser realizada aqui a respeito do suicídio será sob o prisma jurídico e mais especificamente a classificação civilista do tema, já que a distinção entre o suicídio voluntário e involuntário norteia a compreensão do assunto, haja vista que ocorrendo o suicídio de forma voluntária haveria a exclusão do dever de indenizar por parte das seguradoras.

A classificação do suicídio em voluntário e involuntário advém das disposições contidas na égide do Código Civil de 1916, em virtude de estabelecer, que não poderia ser objeto de seguro a morte voluntária. Como denota-se do ensinamento de Kriger Filho (2000, p. 173):

Consiste o suicídio na morte provocada pelo próprio segurado, de forma voluntária ou involuntária. Conforme determina o artigo 1.440 do Código, não pode ser objeto do seguro de vida a morte voluntária, isto é, a que o segurado procura por sua livre e espontânea vontade, uma vez que o risco deve sempre pressupor um fato independente da sua vontade e quase sempre incerto.

O suicídio voluntário conforme leciona Costa (2014, p. 237) seria “aquele em que o segurado, para fraudar o seguro (e, assim, prejudicar a comunidade de pessoas segurada) contratava o seguro já com a intenção de por cabo à própria vida, visando, muitas vezes, proporcionar ao beneficiário meios de fazer frente aos credores”. Nota-se da apreciação do conceito fornecido que, o suicídio voluntário ou premeditado é aquele mediante o qual o sujeito ao realizar o contrato de seguro já possui o desígnio deliberado de ceifar a própria vida, agindo em muitos casos com intento de beneficiar terceiros.

No que concerne ao suicídio involuntário ensina Alvim (2001, p. 236) “nem todo suicídio é voluntario ou consciente. Pode originar-se de um estado mórbido do segurado, em que sua decisão de auto eliminar-se perde as características de um ato premeditado para configurar-se num

caso fortuito ou de força maior”. Destarte, pode-se inferir que o suicídio dito involuntário, é aquele em que o sujeito ao cometer o ato não encontra-se em pleno gozo de suas faculdades mentais, não pensando nas consequências da sua ação e por conseguinte somente neste caso estaria o segurador obrigado a efetuar o pagamento do capital securitário pactuado.

Ante o exposto, nota-se que no Código de 1916, a fim de regulamentar a incidência do suicídio nos contratos de seguro de vida houve a inserção da distinção do suicídio voluntário e involuntário, pois que, apesar do suicídio ser um risco sujeito a previsão contratual, somente assistiria direito ao beneficiário de reclamar o capital securitário, se a sua incidência decorresse de ato inconsciente do agente, que não poderia ter a intenção de beneficiar terceiro quando da prática do ato. Com a edição do Código Civil de 2002, também houve disposição neste sentido ao prescrever o artigo 768 que: “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato” (BRASIL, 2015, p. 202).

Deste modo, torna-se possível estabelecer uma correlação entre os dois diplomas que visando inibir que a pessoa ao contratar tenha a intenção de agravar o risco ali pactuado, estabeleceu as disposições acima explanadas. E neste viés, para melhor apreensão do tema, deve-se analisar o tratamento dispensado a incidência do suicídio nos contratos de seguro quando ainda vigente o Código Civil de 1916.

## 7.2 ABORDAGEM DO SUICÍDIO NOS CONTRATOS DE SEGURO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil de 1916 ao versar sobre a incidência do suicídio nos contratos de seguro de vida, pouco explanava sobre o tema, regulamentando de forma sucinta em seu artigo 1.440 o conceito de morte voluntária conforme constata-se de sua transcrição:

Art. 1440. A vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável, e segurar, no valor ajustado, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilitação para

trabalhar, ou outros semelhantes. Parágrafo único. Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo (BRASIL, 1916).

Consoante observa-se da dicção do artigo supramencionado, o Código Civil de 1916 considerava não ser possível ao beneficiário reclamar o direito do capital convencionado se a morte do segurado ocorresse de forma voluntária, sendo esta perpetrada por quem encontrava-se em pleno gozo de suas faculdades mentais. Baseando-se o referido Código em critério de índole subjetiva, vez que o pagamento do capital estipulado estava condicionado a comprovação da vontade do agente, tal como sua real intenção ao suicidar-se.

Segundo leciona Kriger Filho (2000), a abordagem do suicídio nos contratos de seguro sempre constituiu objeto de debates na doutrina e jurisprudência, ressaltando que diverso é o tratamento conferido ao instituto nas legislações estrangeiras. Asseverando ainda que, “entre nós, não podendo ser objeto do seguro a morte voluntária, a qual se equipara o suicídio premeditado, nos termos do parágrafo único do artigo 1.440, não resta dúvida de que por este não deve responder o segurador” (KRIGER FILHO, 2000, p. 173-174).

Dispondo ainda sobre as disposições contidas no diploma civilista de 1916, Alvim (2001) aduz que houve uma harmonia entre o legislador e o segurador, ao estabelecer que o suicídio voluntário não estivesse sujeito a cobertura securitária, muito embora o primeiro tenha sido instituído em nome da ordem pública e dos bons costumes e o segundo por motivos de natureza técnica. Ademais, salienta ainda “não obstante esta harmonia de propósitos, a questão do suicídio não logrou uma solução tranquila; ao contrário, tem sido objeto de controvérsias, de orientações diversas na legislação e na jurisprudência das nações” (ALVIM, 2001, p. 236).

O artigo 1.460 do Código Civil de 1916, pugnava a liberdade de contratar permitindo as seguradoras ajustar cobertura securitária aos riscos que almejassem, não respondendo por outros não previamente pactuados, ao dispor: “quando a apólice limitar ou particularizar os riscos

do seguro, não responderá por outros o segurador” (BRASIL, 1916). Diante desta disposição, as seguradoras passaram a inserir em suas apólices de seguro de vida, cláusulas que tinham por escopo excluir a cobertura do suicídio, mesmo caracterizando-se como involuntário o que ocasionou diversas ações judiciais por parte dos beneficiários que insatisfeitos almejavam reverter essa situação e diante deste contexto foram editadas as Súmulas 105 do STF e 65 do STJ, que serão a seguir abordadas.

### 7.3 POSITIVAÇÃO SUMULAR SOBRE O SUICÍDIO NO CONTRATO DE SEGURO

Na seara jurídica existe uma necessidade de que o ordenamento jurídico apresente parâmetros para o apropriado direcionamento aos destinatários, das normas ao caso concreto, para que seja possível vislumbrar a aplicação destas de forma adequada. Neste sentido, afirma Ericksen (2013, p. 181) que:

Existe uma necessidade premente de que a ordem jurídica ofereça certeza quanto ao direito vigente, dando clara definição às normas jurídicas para melhor orientação de seus destinatários, algo que leva a crer que a jurisprudência, quando dissonante entre si (desde que considerada em sua acepção ampla), seja tida como um problema que clama por uma solução. É nesse horizonte que exsurge no panorama jurídico a questão da edição de súmulas, ou seja, o resumo jurisprudencial de um determinado tema tendente a se impor como orientação dominante em certo cenário jurídico.

Constata-se do exibido acima que, a edição das súmulas tem por escopo precípuo orientar os destinatários, sobre a mais pertinente aplicação da norma, quando instituído na seara jurídica dissonâncias acerca de determinada temática.

Adaptando a aplicabilidade das súmulas no objeto de estudo do presente trabalho, qual seja, o tratamento jurídico do suicídio nos contratos de seguro de vida, cabe a análise, das Súmulas 105 do Supremo

Tribunal Federal e em seguida a súmula 61 do Superior Tribunal de Justiça, que foram editadas ainda na vigência do Código Civil de 1916, que serão a seguir explanadas (BRASIL, 2015).

No âmbito do Superior Tribunal Federal, foi editada a Súmula 105, com o seguinte teor: “salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro” (BRASIL, 2015, p. 2034). Observa-se da apreciação da súmula mencionada, que o objetivo da súmula em comento consistiu na tentativa de coibir a edição de cláusulas nos contratos de seguro de vida que permitisse as seguradoras eximir-se do pagamento do capital estipulado, no período de carência estabelecido no contrato, em virtude de morte do segurado por suicídio, à exceção dos casos em que restasse caracterizada a premeditação do ato.

Nesse mesmo viés, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula 61 afirmando que: “O seguro de vida cobre a morte por suicídio não premeditado” (BRASIL, 2015, p. 2014). Depreende-se do exame das súmulas em supra, que estas, apresentam como cerne a ideia de que para haver exoneração por parte das seguradoras de efetuar o pagamento do capital estipulado no contrato de seguro de vida, deveria ter o suicídio ocorrido de maneira voluntária, ou seja, premeditado.

Ocorre que, fazer prova da premeditação do ato, tornou-se objeto de discussão, visto que, aferir se houve ou não se apresentava como uma tarefa árdua para as seguradoras, uma vez que, incumbia a estas o ônus de provar que o segurado ao firmar o contrato já tinha o intuito de ceifar a própria vida, e só diante desta prova poderia eximir-se de realizar o pagamento ao beneficiário.

#### 7.4 SUICÍDIO NOS CONTRATOS DE SEGURO DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com o advento do Código Civil de 2002, houve significativa mudança na matéria, tendo em vista o período de carência inserido no diploma normativo, conforme se apreende do exame do artigo 798 do CC/2002:

Art. 798 O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. Parágrafo único. Ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado (BRASIL, 2015, p. 203).

Vislumbra-se da análise do referido artigo, que restou determinado um período de carência, correspondendo este aos dois anos subsequentes a assinatura do contrato ou de sua recondução depois de suspenso, em que ocorrendo o suicídio do segurado não teria o beneficiário direito ao capital estipulado, regulamentando ainda em seu parágrafo único uma exceção quanto a proibição de constituir cláusula no contrato prevendo exclusão do pagamento por morte do segurado em virtude de suicídio. Explanando sobre as disposições inseridas no artigo mencionado, leciona Tartuce (2014, p. 487):

Percebe-se que o legislador do Código Civil de 2002 preferiu não tratar da questão da premeditação do suicídio, o que dependia de difícil prova. Desse modo, a codificação em vigor traz um prazo de carência de dois anos, contados da celebração do contrato. Somente após esse período é que o beneficiário terá direito à indenização ocorrendo o suicídio do segurado, o que não exclui o seu direito à reserva técnica.

Segundo o referido autor, o Código Civil não abordou a questão da premeditação do suicídio em virtude das dificuldades notadas anteriormente para sua comprovação. Afirmando ainda, que interpretação do artigo 798 do Código Civil pressupõe a ideia de que o beneficiário somente possui o direito de indenização securitária em virtude de suicídio do segurado se este ocorrer após dois anos, da

assinatura do contrato, não excluindo, no entanto, o direito à reserva técnica. De forma adversa dispõe Pereira (2013, p. 429-430) ao asseverar:

Esta regra deve ser interpretada no sentido de que após 2 anos da contratação do seguro presume-se que o suicídio não foi premeditado. Se o suicídio ocorrer menos de 2 anos após a contratação do seguro caberá à seguradora demonstrar que o segurado assim fez exclusivamente para obter em favor de terceiro o pagamento da indenização. Essa prova da premeditação é imprescindível, sob pena de o segurador obter enriquecimento sem causa, diante das pesquisas da ciência no campo da medicina envolvendo a patologia da depressão. Essa tinha sido a solução sugerida por mim no Código das Obrigações, e adotada no Código de 2002.

Nota-se das disposições contidas acima que para o autor, a interpretação do tema deve ser no sentido de que ocorrendo suicídio do segurado dentro do período de carência fixado, caberia a seguradora comprovar que ocorreu de forma premeditada, tendo o segurado, portanto, cometido o ato com intuito de favorecer terceiro que receberia a indenização. Cabe ressaltar ainda, que segundo o autor a prova da premeditação do ato revela-se de suma importância, por evitar o enriquecimento sem causa do segurador.

Assim sendo, percebe-se que com a edição do Código Civil de 2002 surgiram relevantes controvérsias a respeito do tema, que permeiam em torno de aferir o que o legislador pretendeu ao sistematizar o artigo. E nessa vertente, formaram-se duas correntes, uma sob o prisma de que a intelecção deveria ser feita de forma literal ou gramatical do artigo, e outra voltada para a interpretação sistemática ou analítica do artigo.

Sob o prisma da interpretação gramatical, o direito do beneficiário em auferir o capital estipulado nas hipóteses de suicídio do segurado estaria condicionado, ao lapso temporal transcorrido entre a realização do contrato e a incidência do sinistro, pois que, ocorrendo o suicídio nos dois primeiros anos ulteriores a vigência do contrato estaria a segurado isenta

de efetuar o pagamento. Já para a interpretação sistemática, deve haver uma ponderação, na interpretação de uma norma, analisando o sistema jurídico como um todo e, por conseguinte aplicando no caso concreto o princípio da boa-fé objetiva, bem como as súmulas anteriormente analisadas, que continuam vigentes.

#### 7.5 ANÁLISE DAS DECISÕES: AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.244.022 - RS E RESP 1.334.005-GO

Para melhor discorrer sobre as divergências suscitadas anteriormente, procedeu-se pesquisas sobre a aplicação da temática no campo jurisprudencial, e assim sendo, foram selecionadas duas decisões proferidas por Tribunais de Justiça brasileiros. A primeira consiste em um Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1.244.022, exarado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 13 de abril de 2011, e a segunda um Recurso Especial nº 1.334.005-GO, julgado em 8 de abril de 2015.

Convém destacar que a primeira jurisprudência foi escolhida em virtude de ter sido apontada como referência em diversos julgados, destacando-se como pertinente ao caso concreto a linha jurisprudencial adotada, dentre as quais encontra-se o Recurso Especial nº 1.334.005-GO que será posteriormente analisado.

Trata-se a decisão abaixo colacionada de Agravo Regimental proferido pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo sido interposto por Companhia de Seguros Aliança do Brasil contra a decisão monocrática do relator Exmo. Sr. Ministro Luis Felipe Salomão que havia negado seguimento ao agravo de instrumento da recorrente, alegando que houve mudança do entendimento do Tribunal de Origem, notadamente sobre a não ocorrência de premeditação, que demandaria o reexame de prova, conduta esta vedada em sede de Recurso Especial (STJ/RS, 2011).

Nas razões do agravo, a agravante afirmou que a discussão é atinente a desnecessidade de demonstração da premeditação no suicídio, quando este ocorre nos dois primeiros anos de vigência do contrato, podendo a seguradora recusar-se de efetuar à cobertura securitária, com

fulcro o art. 798 do Código Civil. Além de aduzir que, tendo o suicídio do segurado ocorrido no prazo inicial de 2 anos da vigência do contrato, não haveria que se proceder a análise da premeditação (STJ/RS, 2011).

O Relator Luis Felipe Salomão ao expor as razões de seu voto, afirmou que, apesar do período de carência estabelecido no Código Civil este não teve o condão de afastar a aplicação da Súmula 61 do STJ, além de que não se poderia a má-fé ser presumida, haja vista que, a o princípio da boa-fé norteia as relações contratuais. Segundo ainda o relator, a boa-fé é que deve ser presumida, devendo, a má-fé ser comprovada, além de que ao interpretar uma norma de forma extensiva devem-se levar em consideração os princípios da boa-fé e da função social do contrato (STJ/RS, 2011).

Neste mesmo sentido os Ministros da Segunda Seção, por maioria, negaram provimento ao recurso interposto ao agravo regimental, apresentando nas razões dos votos, a invocação do princípio da boa-fé, prevista no artigo 422 do Código Civil, assim como a aplicação das referidas, conforme verifica-se da ementa a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO COMETIDO DENTRO DO PRAZO DE 2 (DOIS) ANOS DE INÍCIO DE VIGÊNCIA DA APÓLICE DE SEGURO. NEGATIVA DE PAGAMENTO DO SEGURO. ART. 798 DO CC/2002. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA. BOA-FÉ. PRINCÍPIO NORTEADOR DO DIPLOMA CIVIL. PRESUNÇÃO. NECESSIDADE DE PROVA DA PREMEDITAÇÃO PARA AFASTAR-SE A COBERTURA SECURITÁRIA. PRECEDENTE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL. ANÁLISE DE PROVAS. AFASTADA A PREMEDITAÇÃO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Nas razões do recurso especial, não foi evidenciada de que forma o acórdão recorrido teria vulnerado os arts. 130, 330, 331 e 332 do CPC. Incidência da Súmula 284/STF.

2. A interpretação do art. 798, do Código Civil de 2002, deve ser feita de modo a compatibilizar o seu ditame ao disposto nos arts.113 e 422 do mesmo diploma legal, que evidenciam a boa-fé como um dos princípios norteadores da redação da nova codificação civil. 3. Nessa linha, o fato de o suicídio ter ocorrido no período inicial de dois anos de vigência do contrato de seguro, por si só, não autoriza a companhia seguradora a eximir-se do dever de indenizar, sendo necessária a comprovação inequívoca da premeditação por parte do segurado, ônus que cabe à Seguradora, conforme as Súmulas 105/STF e 61/STJ expressam em relação ao suicídio ocorrido durante o período de carência. AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.244.022 - RS (2009/0205115-0), STJ. 2ª Seção. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 13/4/2011).

Diante do relatado, percebe-se que a decisão reflete a aplicação da interpretação sistemática, vez que invocou-se o princípio da boa-fé como instituto basilar na orientação das tratativas contratuais, bem como aplicação das súmulas como já mencionado.

No que tange a segunda decisão, trata-se esta de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça de Goiás nº 1.334.005, tendo sido escolhida em virtude de que demonstrou-se de grande repercussão na seara jurídica por representar um rompimento com a linha jurisprudencial difundida anteriormente, qual seja, a de que diante da ocorrência do suicídio do segurado, nos dois primeiros anos de vigência do contrato, somente assistiria razão a seguradora de eximir-se de efetuar o pagamento do capital avençado se comprovasse a premeditação do ato (STJ/GO, 2015).

O recurso especial foi interposto pelo Banco Santander Brasil S/A sob o embasamento de que a decisão que recai sobre a recorrente constitui ofensa ao artigo 798 do Código Civil, tendo em vista que o suicídio ocorreu dentro do período de carência estabelecido,

aproximadamente 25 dias após a assinatura do contrato, além de afirmar que existe divergência jurisprudencial acerca do tema (STJ/GO, 2015).

O relator Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, ao proferir voto, negou provimento ao recurso, por entender ser acertada a linha jurisprudencial primeiramente analisada e assim, não deveria a interpretação do o artigo 798 do Código Civil ser realizada apenas em sua literalidade, pois que considerando o aspecto sistemático mister seria a observância das súmulas 105 do STF e 61 do STJ, invocando ainda o princípio da boa-fé (STJ/GO, 2015).

Após o voto do relator, os demais componentes da segunda Seção por maioria deram provimento ao recurso, aduzindo em síntese que o artigo 798 do Código Civil deve ser aplicado em sua literalidade, haja vista que a intenção do legislador ao instituir um período de carência foi dirimir as controvérsias a respeito da premeditação do ato, vez que de difícil constatação. Portanto, ocorrendo o suicídio dentro desse período de carência, não haveria que se falar em prova da premeditação, pois que assiste direito a seguradora de se eximir por haver diploma normativo expressamente nesse sentido. Conforme observa-se da ementa a seguir exposta:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO DENTRO DO PRAZO DE DOIS ANOS DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DO SEGURO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Durante os dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, o suicídio é risco não coberto. Deve ser observado, porém, o direito do beneficiário ao ressarcimento do montante da reserva já formada (Código Civil de 2002 c/c, parágrafo único).

2. O art. 798 adotou critério objetivo temporal para determinar a cobertura relativa ao suicídio do segurado, afastando o critério subjetivo da premeditação. Após o período de carência de dois anos, portanto, a seguradora será obrigada a

indenizar, mesmo diante da prova mais cabal de premeditação.

3. Recurso especial provido. (REsp 1.334.005-GO (2012/0144622-7), STJ. 2ª Seção. Rel. originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 08/04/2015).

As decisões apontadas acima materializam as divergências apresentadas a respeito do tema, vislumbrando-se no teor dos argumentos proferidos nos tribunais que, mesmo proferidas sob a égide de um mesmo regramento normativo a jurisprudência apresenta dissensos sobre a interpretação cabível a norma, o que conduz a insegurança no meio jurídico sobre qual seria a aplicação mais pertinente a solução da causa.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ante as exposições empreendidas, pode-se afirmar que, o objeto de estudo do presente trabalho possui relevante importância na seara jurídica, vez que, a doutrina e a jurisprudência, têm apresentado dissonâncias sobre o direito do beneficiário em receber o capital securitário quando o segurado comete suicídio.

Tais divergências são vislumbradas desde a vigência do Código Civil de 1916, em que a análise da temática era realizada por intermédio de um critério de caráter subjetivo, no qual a seguradora desobrigava-se de efetuar o pagamento do capital estipulado mediante a comprovação da premeditação do ato por parte do segurado, surgindo assim, questionamentos acerca das dificuldades encontradas por estas de comprovar tal premeditação. Sob a égide do referido diploma normativo, foram editadas as súmulas nº 105 do STF e 61 do STJ, buscando dirimir as controvérsias, pois que basicamente instituíam a obrigação das seguras em comprovarem a premeditação do suicídio (BRASIL, 2015).

Com a edição do Código Civil de 2002, a questão tomou novos contornos, uma vez que, se estabeleceu em seu artigo 798 um período de carência em que ocorrendo o suicídio do segurado, não assistiria ao

beneficiário o direito em receber o capital previsto contratualmente, instituiu assim, um critério de índole temporal, em que o intérprete ao aplicar de forma literal o supramencionado artigo somente se atentaria para o lapso temporal decorrido do momento da efetiva contratação do seguro de vida e o ato do suicídio, para conceder ou não o direito ao beneficiário de receber o capital securitário (BRASIL, 2015).

Contudo, passou-se a questionar o sentido da norma presente no Código Civil de 2002, sintetizadas por duas linhas interpretativas. Para a primeira, sob enfoque da interpretação literal, a disposição normativa deve ser aplicada em sua literalidade e assim, a incidência do suicídio do segurado no período de carência eximiria a seguradora do pagamento do capital securitário. Em contrapartida, através da perspectiva sistemática, a norma deve ser interpretada analisando o sistema jurídico como um todo, com observância dos princípios basilares relativos ao tema, bem como a observância das súmulas acima mencionadas.

Após o estudo realizado, percebeu-se que nos tempos atuais ainda existem grandes divergências a ser vislumbradas no caso concreto, em alguns casos são invocados a perspectiva civilista de 1916, em que atentase para as disposições sumulares e em outros casos a perspectiva civilista de 2002, o que gera para os aplicadores do direito certas inseguranças jurídicas. Contudo, observa-se que o princípio da boa-fé e da função social dos contratos tem sido norteadores das relações contratuais primando sempre pela observância desses princípios ao caso concreto.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, P. **O contrato de Seguro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BORGES, N. O Suicídio: ato ou fato jurídico. **Instituições de Direito Público e Privado**, 2006. Disponível em: <<http://www.ccp.uenp.edu.br/noticias/2006/mai/n32-consid.htm>>. Acesso em: 17 de mai de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.244.022 – RS** (2009/0205115-0). Agravante: Companhia de Seguros Aliança do Brasil. Agravado: Fabiana Tania Neu. 2ª Seção, STJ. Relator:

Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 13/04/2011. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 02 de ago de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.334.005 – GO** (2012/0144622-7). Recorrente: Banco Santander Brasil S/A e outros. Recorrido: Christiane Oliveira Lima Licinio e outros. 2ª Seção, STJ. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Rel p/acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em: 08/04/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 02 de ago de 2015.

BRASIL. **Código Civil**. VadeMecum. Col. Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Súmulas do Supremo Tribunal de Justiça**. VadeMecum. Col. Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

BRASIL. **Súmulas do Supremo Tribunal Federal**. VadeMecum. Col. Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

COSTA, J. M. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, v.1, n.1, p. 041-066, 2005). Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/reflexoes-sobre-principio-funcao-social-social-contratos>>. Acesso em: 28 de abr de 2016.

COSTA, J. M. Contrato de seguro. Suicídio do segurado. art. 798, código civil. Interpretação. Diretrizes e princípios do código civil. Proteção ao consumidor. **Revista Brasileira de Direito Civil**. v. 1, p. 223-270, 2014. Disponível em: <<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume1/rbdcivil-volume-1-parecer.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 3: teoria das obriga es contratuais e extracontratuais. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DURKEIM,  . **O Suicídio**: estudo de sociologia. Tradu o Monica stahel; São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ERICKSEN, L. A estrutura o das súmulas e precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v.20, n.37, p.181-192. Disponível em: <[http://www4.ifrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/viewFile/442/359](http://www4.ifrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/442/359)>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Direitos reais**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.

GAGLIANO, P. S.; PAMPOLHA FILHO, R. **Novo curso de direito Civil: Contratos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, O. **Contratos**. 26<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: Contratos e atos unilaterais**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KRIGER FILHO, D. A. **O contrato de seguro no Direito brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Labor Juris, 2000.

LUCENA, C. O pensamento Educacional de Émile Durkheim. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, n.40, p. 295-305, 2010. Disponível em: <[http://www.histedbr.fe.unicamp.br/revista/edicoes/40/art18\\_40.pdf](http://www.histedbr.fe.unicamp.br/revista/edicoes/40/art18_40.pdf)>. Acesso em: 12 de mai de 2016.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Metodologia do trabalho científico**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

NADER, P. **Curso de direito civil: Contratos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, C. M. S. **Institui es de direito civil**. Contratos. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RIZZARDO, A. **Contratos**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, S. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais e vontade. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, A. M. Constitucionalização do Direito Privado e a Função das Cláusulas Gerais em Respeito aos Princípios fundamentais. **Revista Conhecimento interativo**, Paraná, v. 5, n. 2, p. 04-13. Disponível em: <<http://app.fiepr.org.br/revistacientifica/index.php/conhecimentointerativo/article/view/78/82>>. Acesso em: 14 de mai de 2016.

SILVA, P. **Vocábulo Jurídico**. atualizadores Nagid Slaib e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2014.

TARTUCE, F. **Direito Civil**: Teoria Geral dos contratos e contratos em espécie. v 3. 9 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, S.S. **Direito Civil**: Contratos em espécie. Volume 3. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VENOSA, S. S. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

## **USUCAPIÃO DE BEM PÚBLICO: ANÁLISE FÁTICA E JURÍDICA DA APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0194.10.011238-3/001 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**DANIELLY NOVAIS DO REGO:** Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Guanambi.

**DEBORAH MARQUES PEREIRA:** Docente do Curso de Direito da Faculdade Guanambi - FG. Mestra em Desenvolvimento Social (sub área Direito Urbanístico). Coordenadora do Observatório FG do Semiárido Nordeste. Líder do Núcleo Direito à Cidade.

**RESUMO:** O instituto da usucapião se classifica como uma forma originária de aquisição da propriedade. Deste modo, diante da relevância desse instituto, na contemporaneidade vem sendo acirradas as discussões e divergências em relação ao bem passível de ser usucapido. Neste contexto, o presente trabalho objetiva analisar o instituto da usucapião de bem público frente às determinações constitucionais e civilistas, tendo em vista a apelação cível nº 1.0194.10.011238-3/001<sup>3</sup>, exarada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em 2014, que reconheceu a prescrição aquisitiva de bem público, uma vez que se trata da primeira decisão que concedeu a usucapião de bem público, com base no exercício da função social da propriedade pública. Para tanto, utilizou-se uma revisão bibliográfica, consubstanciada nas principais doutrinas que versam sobre a presente temática, bem como revistas científicas. Nessa seara, o instituto da usucapião vem gerando diversos embates doutrinários e jurisprudenciais. Contudo, observa-se que o exercício da função social deve ser estendido não só aos bens particulares, mas também em relação aos bens

públicos, fato esse demonstrado nos autos da apelação mencionada.

**Palavras-chave:** Bem. Função. Propriedade. Público. Usucapião.

**ABSTRACT:** The *usucapio* institute is classified as an original form of ownership acquisition. Thus, given the importance of this institute, in contemporary times, discussions and disagreements in relation to the good that can be usucaptured have been stimulated. In this context, this paper aims to analyze the *usucapio* of public good in the face of constitutional and civilists determinations, regarding the civil appeal No. 1.0194.10.011238-3/001, determined by the Justice Court of Minas Gerais in 2014, which recognized the public good acquisitive prescription, since it is the first decision granting the public good *usucapio*, based on the social function practice of public property. Therefore, it was used a literature review, based on the main doctrines that deal with this theme, as well as scientific journals. In this area, the *usucapio* of the institute has generated many doctrinal and jurisprudential conflicts. However, it is observed that the social function practice should be extended not only to private property, but also in relation to public goods, as demonstrated in the case of the mentioned appeal.

**Keywords:** Function. Good. Property. Public. Usucapio.

---

## 1 INTRODUÇÃO

Dentre os institutos que comporta os Direitos Reais tem-se o instituto da usucapião, que consiste em um modo originário de aquisição da propriedade, a fim de se efetivar o exercício da função social da propriedade, consagrado como garantia fundamental na Constituição Federal de 1988 (GONÇALVES, 2014).

Desse modo, infere-se que a exigência do cumprimento da função social da propriedade, inserta no art. 5º, inciso XXIII, da Carta Maior, além de ser uma penalidade ao proprietário desidioso, tem como escopo influenciar o efetivo cumprimento da função social da propriedade (FARIAS & ROSENVALD, 2009).

No entanto, em que pese a exigência da observância do cumprimento da função social da propriedade, a Carta Maior e o Código Civil dispõem que os bens públicos são insuscetíveis de serem usucapidos. Desse modo, o constituinte, ao dispor sobre os bens públicos, estabeleceu uma vedação ao reconhecimento da prescrição aquisitiva no que tange aos bens públicos. Tal posicionamento encontra-se presente também na Súmula nº 340 do Superior Tribunal Federal (BRASIL, 2015).

Salienta-se que, apesar da regra da imprescritibilidade inserta na legislação constitucional e infraconstitucional, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em uma decisão inédita, reconheceu a prescrição aquisitiva de um bem público em detrimento de particulares, ao priorizar a aplicação do princípio da função social da propriedade pública (TJ/MG, 2014).

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade do reconhecimento da usucapião de bem público à luz do princípio da função social da propriedade, tendo em vista a importância jurídica e social de se realizar um estudo acerca da aplicação da função social da propriedade em bens públicos que estão destituídos de uma destinação pública, durante o lapso temporal considerável.

Para alcançar o fim aqui pretendido, buscou-se num primeiro momento realizar breves apontamentos das principais caracterizações dos bens públicos, acerca do instituto da usucapião no ordenamento jurídico brasileiro, sua conceituação, fundamentos e requisitos.

Em um segundo momento, após uma breve visão sobre os institutos supra, propôs-se a discorrer sobre como a doutrina e a jurisprudência pátria vinham se posicionando acerca da possibilidade da usucapião de bem público, bem como uma análise de alguns julgados proferidos pelos Tribunais de Justiça, de modo a exemplificar o até então exposto. Por fim, propôs-se realizar um

estudo pormenorizado da apelação cível nº 1.0194.10.011238-3/001.

Logo, justifica-se a presente abordagem pela necessidade de discussão acadêmica sobre o alcance do exercício da função social da propriedade, que na contemporaneidade vem sendo discutida a extensão desse princípio para a propriedade pública, não podendo o poder público se esquivar de atender o ditame constitucional que é o exercício da função social.

## **2 PRINCIPAIS CARACTERIZAÇÕES DO BEM PÚBLICO**

Para que haja uma melhor compreensão acerca do objetivo do presente trabalho, faz-se mister tecer breves comentários a respeito dos bens públicos, bem como a classificação dispensada a estes no ordenamento jurídico pátrio.

O Código Civil de 2002 dedicou um capítulo para dispor sobre os bens públicos e privados, em seu art. 98 encontra-se o conceito dispensado a esses bens, *in verbis*: “são bens públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem” (BRASIL, 2015, p. 164).

Com o exposto, observa-se que o Código Civil, ao conceituar os bens em geral, optou por dividi-los em duas espécies, podendo os bens serem públicos ou particulares. Nesse diapasão, vale acrescentar, o entendimento de Mello (2010, p. 913) que ao conceituar os bens públicos, determina que:

Bens públicos são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.

Nessa esteira, o legislador conceituou os bens públicos como sendo os bens pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público, ou caso não pertençam a estas, estejam destinados a prestar serviço público, podendo ser, assim, todos os bens que integram o patrimônio da administração direta e indireta.

De acordo com Di Pietro (2014), o Código Civil de 1916 utilizou uma teoria tripartite para classificar os bens públicos, podendo ser: bens de uso comum, bens de uso especial e bens dominicais. Registra-se que essa classificação foi utilizada pelo constituinte no Código Civil de 2002, em seu art. 99, *ipis litteris*:

Art. 99. São bens públicos: I- os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II- os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III- os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Parágrafo único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado (BRASIL, 2015, p. 164).

Com o fito de esclarecer a classificação prevista no artigo supramencionado, Di Pietro (2014) assevera que o legislador utilizou-se do critério da afetação e destinação dos bens para classificá-los, existindo assim, duas modalidades de bens públicos, os bens de domínio público do Estado (bens de uso comum do povo, de uso especial), e os bens de domínio privado do Estado (que englobam os bens dominicais), não possuindo estes destinação específica.

Desse modo, os bens dominicais ou dominiais, apesar de fazerem parte dos bens pertencentes ao domínio público, não estão afetados por nenhum destino público, nem subordinados a um interesse público específico, o que os diferencia dos bens de uso comum e os bens de uso especial que possuem destinação específica. Nesse sentido, aduz

Meirelles (2010, p. 551) que os bens dominicais podem ainda ser classificados como sendo bens patrimoniais disponíveis, conforme lição:

Bens dominicais ou do patrimônio disponível: são aqueles que, embora integrando o domínio público como os demais, deles diferem pela possibilidade sempre presente de serem utilizados em qualquer fim ou, mesmo, alienados pela Administração, se assim o desejar. Daí porque recebem também a denominação de bens patrimoniais disponíveis ou de bens do patrimônio fiscal.

Consoante o posicionamento de Di Pietro (2010, p. 1), os bens dominicais apesar de fazerem parte do domínio público, não estão subordinados a um interesse público específico, o que os diferencia dos bens de uso comum e os bens de uso especial, assim, leciona que:

Os bens dominicais, por não serem destinados ao uso comum do povo nem ao uso especial da Administração Pública, são utilizados para as mais diversas finalidades públicas; podem ser objeto de alienação ou de exploração para obtenção de renda; podem ser cedidos gratuita ou onerosamente para fins educacionais, esportivos, culturais, artísticos ou industriais; podem ser utilizados como instrumento de fixação do homem do campo; podem ser objeto de exploração agrícola, de cultivo, de urbanização, de industrialização e de tantos outros usos de interesse social.

Ademais, os bens públicos ainda podem ser divididos em bens públicos materiais e formais, conforme prelecionam Farias & Roselvan (2009) ao afirmarem que os bens formalmente públicos seriam aqueles bens passíveis de serem usucapidos, uma vez preenchidos os demais requisitos necessários, tendo em vista que apesar de estarem registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, estão excluídos de qualquer forma de ocupação, por sua vez os bens materialmente públicos seriam aqueles bens que são dotados de alguma função social, ou seja, são aptos a preencher os critérios de legitimidade e merecimento.

Todavia, além da classificação destinada aos bens públicos no atual Código Civil, os autores supramencionados admitem a possibilidade de uma nova classificação referente a esses bens, de modo a classificá-los em bens formalmente e materialmente públicos, bem como é possível admitir a usucapião dos bens classificados como formalmente públicos tendo em vista que não estão afetados por nenhuma destinação por parte do Estado (BRASIL, 2015).

### **3 A USUCAPIÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Para uma melhor compreensão acerca do instituto da usucapião no ordenamento jurídico brasileiro, faz se necessário tecer breves apontamentos sobre seu conceito, fundamentos, bem como seus principais elementos característicos.

O termo usucapião deriva de *capere* (tomar) e de *usus*(uso), que pode ser interpretado como tomar pelo uso, a palavra usucapião pode ser empregada no gênero feminino ou masculino, uma vez que o Código Civil de 1916 utilizou o termo no masculino, e o então Código Civil vigente emprega a palavra no gênero feminino, de acordo com a origem latina do vocábulo (VENOSA 2014).

Sendo assim, a palavra usucapião pode ser empregada tanto no gênero feminino como no gênero masculino, conforme dispõem os autores Pereira (2003), Rizzardo (2004), Venosa (2014), Gonçalves (2014) dentre outros autores. Salienta-se que o vocábulo usucapião será empregado no presente trabalho no gênero feminino, estando assim, em consonância com o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2015).

O instituto da usucapião pode ser conceituado como sendo um modo de aquisição da propriedade pelo decurso do tempo, uma vez observados os requisitos instituídos em lei, como bem assevera Pereira (2014). Assim, para que possa ser usucapido um bem imóvel, é necessário que o possuidor esteja na posse da propriedade há um tempo, e somado a esse tempo, é necessário que estejam presentes os demais requisitos previstos em lei. Nesse

mesmo sentido, é interessante colacionar o conceito de usucapião utilizado por Gomes (2010, p. 180), que assim preceitua:

Usucapião é, no conceito clássico de Modestino, o modo de adquirir a propriedade pela posse continuada durante certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos na lei: *usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definit*. A usucapião é, com efeito, um modo de aquisição da propriedade, por via do qual o possuidor se torna proprietário.

Desse modo, conforme exposto, o instituto da usucapião pode ser compreendido como uma forma de aquisição da propriedade e, em contrapartida, como uma maneira de perder a propriedade, tendo em vista que aquele que mantiver a posse prolongada durante certo lapso temporal e preencher os requisitos exigidos em lei poderá tornar-se proprietário. Discorrendo acerca do instituto, leciona Venosa (2014, p. 216) o seguinte:

[...] usucapião deve ser visto doravante sob uma perspectiva mais dinâmica, que necessariamente fará crescer alguns dos princípios básicos que tomamos com dogma no sistema de 1916. O presente Código assume uma nova perspectiva com relação à propriedade, ou seja, seu sentido social. Como o usucapião é o instrumento originário mais eficaz para atribuir moradia ou dinamizar a utilização da terra, há um novo enfoque no instituto.

Entretanto, o instituto da usucapião não consiste apenas no reconhecimento da prescrição aquisitiva em face daquele que manteve a posse prolongada durante certo lapso temporal, mas tem como real objetivo acrescentar uma utilidade social a determinada propriedade diante da inércia do seu proprietário.

O instituto da usucapião, consoante assevera Diniz (2014), possui como principal fundamento a contribuição para a paz social, permitindo, assim, a consolidação da propriedade, ou seja, o possuidor que unindo posse e tempo poderá consolidar sua

situação. Em sentido semelhante Gonçalves (2014, p. 258), aduz que:

O fundamento da usucapião está assentado, assim, no princípio da utilidade social, na convivência de se dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como de se consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio. Tal instituto, segunda consagrada doutrina, repousa na paz social e estabelece firmeza da propriedade.

Observa-se que a usucapião visa garantir a real utilização da propriedade, de modo que o reconhecimento da prescrição aquisitiva beneficia aqueles que possuíram o bem de forma útil, durante certo lapso temporal, diante da ausência de destinação econômica da propriedade por parte do proprietário.

Dessarte, de acordo com Gonçalves (2014), para que haja o reconhecimento da prescrição aquisitiva de um bem imóvel é necessário o exercício da posse prolongada no tempo, bem como o preenchimento de alguns requisitos previstos em lei. Nestes termos, pode-se então pontuar que para que haja a usucapião de uma propriedade é indispensável que reste caracterizada o exercício da posse.

O atual Código Civil, ao dispor sobre o instituto da usucapião, elencou as suas espécies nos artigos 1.238 a 1.242 (BRASIL, 2015). Ao discorrer acerca do instituto da usucapião Cassaniga (2003), assevera que o Código Civil prevê quatro modalidades de usucapião de bens imóveis, sendo estas: a Usucapião Extraordinária e Ordinária dispostas nos artigos 1.238 e 1.242; e a Usucapião Urbana e Pro-labore, previstas nos artigos 183 e 191 da Constituição Federal e artigos 1.240 e 1.239 do Código Civil.

### 3.1 ELEMENTOS ESSENCIAIS DA USUCAPIÃO

Dessarte, para haver o reconhecimento da usucapião é indispensável o preenchimento de alguns requisitos previstos em

lei, e neste contexto, para uma melhor compreensão acerca do instituto em tela, a partir de agora, abre-se um parêntese para discorrer sobre os principais elementos necessários para sua configuração.

Assim sendo, de acordo com Gomes (2010), para ocorrer o instituto da usucapião é preciso a observância de certos requisitos, sendo estes: requisito pessoal que se refere as pessoas a quem interessa, requisitos reais que concernem as coisas, e direitos que são suscetíveis de serem usucapidos e por fim, os requisitos formais que são os elementos característicos do instituto, podendo ser: elementos comuns que referem-se a posse o tempo, e os elementos especiais que são o justo título e a boa fé.

Dado isso, depreende-se dos apontamentos supramencionados que para que haja o instituto a usucapião é indispensável o preenchimento de certos requisitos, que podem ser divididos entre os requisitos pessoais, reais e por último os requisitos pessoais, estes por sua vez são comuns a toda espécie de usucapião. Nesse mesmo sentido, dispõe Santos (2010, p. 18-19) que:

Os requisitos formais são aqueles que compreendem os elementos necessários e comuns do instituto. Entretanto, classificam-se como pressupostos comuns: a posse revestida de '*animus domini*' (intenção de dono), a posse prolongada (lapso temporal que está exercendo a posse), a posse continua (posse sem intervalo que deve ser exercida pelo possuidor) e a posse justa.

Assim, para que possa haver o reconhecimento da prescrição aquisitiva de um imóvel, é indispensável o preenchimento dos requisitos previstos em lei, nesse cenário, pode-se afirmar que os elementos comuns consistem na posse e no lapso temporal em que a posse foi exercida.

Dessa forma, tendo em vista tratar-se de um elemento comum para o reconhecimento da usucapião, nesse momento

passa-se a tecer breves considerações acerca do instituto da posse, bem como os principais assuntos que envolvem a temática.

Existem duas teorias de grande repercussão na doutrina e nas legislações, que objetivam fixar a noção de posse através de análises minuciosas dos elementos que consideram essenciais à sua conceituação, de modo que, tem-se de um lado a teoria subjetiva de autoria de Friedrich Carl Von Savigny e de outra banda, a teoria objetiva desenvolvida por Rudolf Von Ihering, consoante aduz Gomes (2010). Nessa quadra, diante da existência das teorias para conceituação do instituto da posse, realizar-se-ão breves apontamentos a respeito da teoria objetiva e teoria subjetiva.

A seu turno, Gomes (2010) aduz que a obra desenvolvida por Savigny foi uma tentativa de reconstrução da elaboração da posse no Direito Romano, de modo que para ele a posse deveria ser composta por dois elementos: o *corpus* e o *animus*, sendo o *corpus* elemento material, que pode ser traduzido como o poder físico da pessoa sobre a coisa, enquanto o *animus* seria o elemento intelectual, ou seja, representa a vontade de ter a coisa como sua.

Demais disso, verifica-se que na teoria desenvolvida por Savigny, denominada teoria subjetiva, para que haja o exercício da posse é necessário a presença de dois elementos, o *corpus* e o *animus*, que por sua vez podem ser traduzidos como o poder exercido sobre a coisa e a vontade de possuí-la.

De outra banda, tem-se a teoria desenvolvida por Rudolf Von Ihering, que de acordo com Efraim Filho & Azevedo (2010), para Ihering, a posse não seria o poder físico sobre a coisa, mas sim a exterioridade da propriedade.

Assim, de acordo com a teoria objetiva desenvolvida por Ihering, para que seja caracterizada a posse não é necessário o elemento *animus*, bastando apenas o elemento *corpus*, que consiste na exterioridade da propriedade. No ponto, torna oportuna a referência das considerações tecidas por Ihering (2003, p. 87-88) em sua obra a Teoria Simplificada da Posse:

De acordo com a teoria dominante, esta vontade deve tentar possuir a coisa como se fora uma coisa própria (*animus domini*). Na falta de uma vontade semelhante, existirá então aquilo que em certos casos, segundo parece, se deve entender como posse, não no sentido jurídico, mas no sentido natural (detenção, mera apropriação). Essa doutrina é falsa; a verdadeira explicação na diferença reside, não na natureza particular na vontade de possuir; a qual nunca se orienta senão para apreensão da coisa, e sim na disposição legal que, segundo a diversidade da relação (causa possessionis), faz surgir, ora a posse, ora a simples detenção.

Vale frisar que Rudolf Von Ihering (2003), ao conceituar o instituto da posse, desmistifica o conceito apresentado por Savigny, tendo em vista que a vontade do particular em possuir a coisa influencia no momento da apreensão da coisa, no entanto, para que possa existir a posse é necessária apenas a exteriorização da posse, estando o elemento *animus* incluso no elemento *corpus*.

Entretanto, observa-se que ao dispor sobre o instituto da usucapião e conseqüente da necessidade de estar presente o requisito “posse”, impende avivar a respeito da função social da posse. De modo que, a posse não constitui apenas um requisito para o reconhecimento da usucapião, mas, doravante, deve ser visto como um meio de estimular a obtenção do direito à moradia, direito este previsto constitucionalmente, estando em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Após discorrer sobre as teorias da posse, nesse momento, abre-se um parêntese para fazer menção ao instituto da função social da posse, tendo em vista que o exercício da posse não consiste apenas em um dos principais requisitos para aquisição de uma propriedade, mas trata-se também de um modo de concretização de direitos previstos constitucionalmente, consoante Farias & Rosenvald (2009, p. 39) frisam em sua obra que:

[...] a função social é uma abordagem diferenciada da função social da propriedade, na qual apenas sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas se estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Cumpre perceber que a função social da propriedade recebeu positividade expressa no Código Civil (art. 1.228, §1º), mas o mesmo não aconteceu com a função social da posse. Contudo, a ausência de regramento no direito privado em nada perturba a filtragem constitucional sobre este importante modelo jurídico, pois o acesso à posse é um instrumento de redução de desigualdades sociais e justiça distributiva.

Assim, observa-se que apesar de não estar expressamente previsto no Código Civil a respeito da função social da posse, é de salutar importância o seu cumprimento, visto que é um meio de garantia de direitos previstos constitucionalmente.

É oportuno registrar que o Código Civil de 2002 traz em seu artigo 1.196 o conceito de possuidor, dispondo que: “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes a propriedade” (BRASIL, 2015, p. 234).

Demais disso, verifica-se que, para a legislação civil, será considerado possuidor aquele que estiver de fato exteriorizando o exercício da posse. De igual sorte, Farias & Rosendal (2009, p. 31) frisam ainda em sua obra:

Ao conceituar a posse da mesma maneira que seu antecessor, o Código Civil de 2002, filia-se à teoria objetiva, repetindo a nítida concessão à teoria subjetiva no tocante à usucapião como modo aquisitivo de propriedade que demanda o *animus domini* de Savigny. Com efeito, predomina na definição da posse a concepção de *inhering*. A teor do artigo 1.196, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes a propriedade”. Assim, pela letra do legislador, o

possuidor é quem, em seu próprio nome, exterioriza alguma das faculdades da propriedade, seja ele proprietário ou não.

Desta feita, o Código Civil de 2002 ao trazer o conceito de possuidor, filiou-se à teoria objetiva desenvolvida por Ihering, na qual afirma que para que haja a posse é preciso que esteja precisamente somente o elemento corpus, ou seja, que haja exteriorização do exercício da posse (BRASIL, 2015).

Após os apontamentos iniciais acerca da posse, como as teorias que buscam conceitua-la, o conceito de possuidor, cumpre salientar, que para que possa ser reconhecida a usucapião de um imóvel, é necessário não apenas a o exercício da posse, exige-se, ainda, que a posse seja mansa, pacífica e contínua, com bem preceitua Diniz (2010, p. 162), em sua obra:

A posse deve ser mansa e pacífica, isto é, exercida sem contestação de quem tenha legítimo interesse, ou melhor, do proprietário contra quem se pretende usucapir. Se a posse for perturbada pelo proprietário, que se mantém solerte na defesa de seu domínio, falta um requisito para a usucapião. Para que configure a usucapião é mister a atividade singular do possuidor e a passividade geral do proprietário e de terceiros, ante aquela situação individual.

Observa-se que para que possa haver a usucapião de determinada propriedade é salutar a observância de alguns requisitos, e dentre estes é necessário que esteja comprovado que realmente houve o exercício da posse por parte do possuidor, e que esta tenha sido exercida de forma mansa, pacífica e contínua, de modo que durante o lapso temporal em que o possuidor esteve no imóvel, não houve nenhuma interrupção por parte do proprietário.

Portanto, é exigível que para aquisição por usucapião seja exercida a posse e que esta perdure por algum tempo, no entanto, o tempo exigível varia de acordo com a espécie de usucapião, conforme preleciona Gonçalves (2014, p. 228), em sua obra:

[...]Para a extraordinária, é exigível o tempo de quinze anos (art. 1.238), que se reduzira a dez anos (parágrafo único) se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (posse-trabalho). Para a ordinária, em que o possuidor deve ter justo título e boa-fé, basta o prazo de dez anos (art. 1.242). Será de cinco anos se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base na transcrição constante do registro próprio, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico (parágrafo único).

Cumprindo observar, que o legislador estipulou que para que possa ser reconhecida a prescrição aquisitiva de uma propriedade, é preciso que a posse seja exercida durante um lapso temporal, no entanto, o prazo determinado não constitui um lapso temporal fixo, podendo este variar de acordo com a espécie de usucapião.

Salienta-se que no presente trabalho não abordará as espécies de usucapião dispostas no atual Código Civil, tendo em vista que o objetivo aqui delimitado não é realizar um estudo aprofundado do instituto da usucapião, mas sim trabalhar a perspectiva do bem público na usucapião.

#### **4 PROPRIEDADE PÚBLICA E A FUNÇÃO SOCIAL**

Inicialmente, é necessário realizar algumas considerações sobre o direito à propriedade, as transformações que ocorreram ao longo do tempo, bem como a necessidade da observância do exercício da função social da propriedade, para, ao final, dispor sobre a função social no que tange aos bens públicos.

A saber, conforme dispõe Gobbo (2007), o direito à propriedade no Direito Romano possuía um caráter individualista, revestido de caráter absoluto e intangível, no entanto, a partir do século passado a propriedade passou a ter um caráter social. Assim sendo, o direito à propriedade nem sempre foi visto como um direito de cunho social. Nesse cenário, sublinha Pinto (S.t.n):

A doutrina da função social da propriedade alcançou sua maturidade na obra de Augusto Comte, que fora secretário de Saint-Simon, a partir da qual alcançou ampla aceitação. As idéias comteanas foram introduzidas no mundo jurídico por Leon Duguit que defendeu a função social da propriedade como superação da concepção individualista de propriedade consagrada no Código Civil napoleônico.

Desse modo, o direito de propriedade deixou de ser visto como um direito individualista e passou a ser direcionada para o bem comum, gozando de um status de direito fundamental, de modo a contribuir para o desenvolvimento social, conforme prevê o art. 5º, XXIII da Carta Magna (BRASIL, 2015).

Ademais, impede salientar que a garantia do direito à propriedade inserta na atual Constituição Federal, passou por um processo ao longo das Constituições brasileiras anteriores. Nesse cenário, dispõe Lima (2011), que o conceito de propriedade no Brasil sofreu várias mudanças, a começar pela Constituição Imperial, na qual garantia o direito de propriedade em sua plenitude, posteriormente a Constituição Republicana de 1981, que defendia a mesma ideia que a Constituição ora mencionada. Destaca-se ainda, que a previsão da garantia do direito a propriedade permaneceu nas Constituições de 1934, 1937, 1942, bem como a Constituição de 1946, na qual passou a exigir que o uso da propriedade estivesse condicionado ao bem estar-social. E, por fim, na Constituição de 1967, dispôs sobre a propriedade como função social, e finalmente, na Constituição de 1988, passou a ser uma garantia fundamental.

Assim, observa-se dos posicionamentos supramencionados, que o direito de propriedade passou por transformações ao longo do tempo, uma vez que deixou de ser um direito de caráter individualista, tornando-se um direito de cunho social. Registra-se, ainda, que no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção ao direito de propriedade também passou por

transformações, até ser inserido entre o rol de direitos e garantias fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2015), em seu Capítulo I, ao dispor sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, consagrou a função social da propriedade como um princípio fundamental, em seu art. 5º, incisos XXII e XXIII, ao afirmar que a propriedade deverá atender a sua função social, *ipsis litteris*: “[...] XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; [...]”(BRASIL, 2015, p. 7).

O legislador, ao versar sobre a função social da propriedade no artigo ora mencionado, condicionou o direito à propriedade ao cumprimento de sua função social, como bem referem os autores Farias & Rosenvald (2009, p. 277):

É fundamental ressaltar que a tutela constitucional da propriedade, alinhavada no art. 5º, inciso XXII, é imediatamente seguido pelo inciso XXIII, disciplinando que "a propriedade atenderá a sua função social". Esta ordem de inserção de princípios não é acidental. Inexiste incompatibilidade entre a propriedade e a função social, mas uma obrigatória relação de complementariedade, como princípios da mesma hierarquia. Não se pode mais conceder proteção à propriedade pelo mero aspecto formal da titularidade em razão do registro.

Por conseguinte, o direito à propriedade deve ser exercido em consonância com observância da função social, devendo esse direito ser submetido a um interesse coletivo.

A função social da propriedade possui, ainda, previsão legal no Título VII, art. 170 da CRFB/1988, incluída entre o rol de princípios da ordem econômica, a respeito dessa previsão constitucional (BRASIL, 2015).

Por fim, a Constituição Federal de 1988, ao versar em seu Capítulo II sobre Política Urbana e no Capítulo III acerca da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, dispôs em seus artigos

182 e 186, respectivamente, sobre a observância da função social da propriedade (BRASIL, 2015). Nessa quadra, Abe (2007, p. 8) leciona que:

Alerte-se que a Constituição Federal prevê expressamente a função social da propriedade urbana (art. 182) e a função social da propriedade agrária (art. 186), havendo dispositivos constitucionais que traçam o perfil de cada uma, embora, ambas venham a ser detalhadas no plano infraconstitucional. O art. 182, §4.º, da Constituição Federal, prevê que o imóvel urbano cumpre a função social quando atende as exigências da ordenação da cidade previstas no plano diretor. Ou seja, compete ao plano diretor, que é uma lei municipal, definir a função social urbana que se traduz na indicação do uso adequado do solo urbano definido dentro do planejamento urbano da cidade.

Dessa feita, o constituinte determinou que a propriedade urbana atenderá à sua função social quando estiver em consonância com exigências previstas no Plano Diretor. Por sua vez, o constituinte ao elevar a função social da propriedade como uma garantia constitucional, criou uma limitação ao exercício do direito de propriedade, de modo que a propriedade deverá atender à sua função social, devendo assim estar em consonância com o interesse coletivo.

É oportuno registrar que, de acordo com Di Pietro (2006), a Constituição adotou o princípio da função social da propriedade privada de forma expressa, e também o inseriu de forma implícita em alguns dispositivos constitucionais que versam sobre a política urbana, o princípio da função social da propriedade. Desse modo, apesar de não estar previsto de forma expressa na Carta Maior, deve-se observar que a Constituição não deixou de exigir a observância do princípio da função social no que se refere aos bens públicos, de modo que os bens públicos devem atender a sua função social (BRASIL, 2015). Em sentido semelhante entende Pires (2006, p. 16):

Pensar que a disciplina da função social da propriedade está voltada unicamente para a propriedade privada nos parece um erro, decorrente única e exclusivamente de uma construção teórica originária da distribuição topográfica de parte do princípio dentre os direitos e garantias individuais em face do Estado. Mas como ficou salientado anteriormente, não só nas disposições do artigo 5º da Constituição Federal há previsão acerca da função social, que disciplina a ordem econômica e social.

Vislumbra-se, diante do exposto, pode-se pontuar que tanto a propriedade privada quanto a propriedade pública devem exercer a sua função social, seja pelo fato do constituinte ter previsto expressamente a sua incidência ao dispor sobre os direitos e garantias fundamentais, quer seja pelo fato de estar inserida entre os princípios e ordem econômica e social.

Em sentido semelhante entende Fortini (2004), que não ser dispensado tratamento diferenciado entre a propriedade pertencente a titulares da Administração Pública e os bens pertencentes aos particulares, de modo que toda e qualquer propriedade deve cumprir a sua função social. Assim, conforme mencionado, não há que se falar em aplicação do princípio da função social somente no que se refere aos bens privados, devendo haver sim a incidência desse princípio nas propriedades pertencentes aos bens públicos.

## **5 DETERMINAÇÕES CONSTITUCIONAIS E CIVILISTAS A RESPEITO DE USUCAPIÃO DE BEM PÚBLICO**

Até o presente tópico, realizou-se um estudo prévio acerca do instituto da usucapião, sua conceituação, fundamentos, principais elementos caracterizadores, bem como sobre a propriedade e sua função social, de modo a facilitar a compreensão do tema objeto do presente artigo.

Assim, após a explanação dos assuntos mencionados, buscar-se-á demonstrar como a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, dispõem acerca da possibilidade da

usucapião dos bens públicos em seus dispositivos e como a doutrina e jurisprudência pátria tem se posicionamento a respeito (BRASIL, 2015).

#### 5.1 PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DA AQUISIÇÃO DE PROPRIEDADE PÚBLICA ATRAVÉS DA USUCAPIÃO

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre aplicação do instituto da usucapião no que diz respeito aos bens públicos, estabeleceu como regra a imprescritibilidade dos bens públicos, consoante disposto no art. 183, §3º, e art. 191, parágrafo único, respectivamente:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua morada ou de sua família, adquirir-lhe-à o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. [...] §3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião [...] Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior à cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião (BRASIL, p. 62- 63).

A seu turno, os artigos supramencionados permitem observar que o constituinte optou por absolutizar a regra da imprescritibilidade no que tange aos bens públicos, independentemente da destinação que estes possuam, de modo a garantir uma proteção especial a esses bens, sob o fundamento da incidência da supremacia do interesse público sobre o privado, como bem leciona Farias & Rosenvald (2009).

Entrementes, de acordo com Carvalho Filho (2014, p. 11172), não há possibilidade de se invocar o reconhecimento da possibilidade da usucapião de bens públicos, uma vez que o

legislador foi claro ao estabelecer a mencionada vedac o, afirma que:

O novo Código Civil espancou qualquer d vida que ainda pudesse haver quanto   imprescritibilidade dos bens públicos, seja qual for a sua natureza.   verdade que há entendimento no sentido de que   vedado o usucapião apenas sobre bens materialmente públicos, assim considerados aqueles em que esteja sendo exercida atividade estatal, e isso porque somente estes estariam cumprindo fun o social. Dissentimos, concesso venia, de tal pensamento, e por mais de uma razão: a uma, porque nem a Constitui o nem a lei civil distinguem a respeito da fun o executada nos bens públicos e, a duas, porque o atendimento ou não,   fun o social somente pode ser constatado em se tratando de bens privados; bens públicos já presumidamente atendem àquela fun o por serem assim qualificados.

Assim, Carvalho Filho (2014) acredita que a fun o social da propriedade deve ser invocada somente no que tange aos bens particulares, uma vez que se presume que os bens públicos por si s s já atendem sua fun o social.

Concesso v nia, há autores que pensam de modo diferente do posicionamento ora exposto, dentre alguns autores destaca-se Fortini (2004, 117):

A Constitui o da República, ao afastar a possibilidade de usucapião de bens públicos, pretendeu acautelar os bens materialmente públicos, ou seja, aqueles que, pela fun o a que se destinam, exijam prote o, sob pena de sacrificar o interesse público. Interpreta o diversa se distancia da correta exegese da Constitui o da República porque implica a mitigac o da exigência constitucional de que a propriedade pública e a privada cumpram fun o social.

Diante do exposto,   possível afirmar que há posicionamentos divergentes quanto   exigência do cumprimento da fun o social no que concerne a propriedade pública. No t pico

a seguir, far-se-á uma análise sobre o posicionamento utilizado pelo atual Código Civil.

## 5.2 DETERMINAÇÃO CIVILISTA SOBRE IMPRESCRITIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS

O Código Civil de 2002, coadunando com a disposição constitucional mencionada no tópico anterior, estabeleceu que não há que se falar na possibilidade de usucapião de bem público, assim como reza o art. 102: “Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião” (BRASIL, 2015).

Entretanto, apesar do Código Civil de 2002 prevê expressamente que os bens públicos não são suscetíveis de aquisição por usucapião (BRASIL, 2015), os autores Farias & Rosenvald (2009, p. 278), não coadunam com a mencionada vedação, assim sendo, aduzem que:

Por fim, o art. 102 do Código Civil adverte que os bens públicos não estão sujeitos à usucapião. O legislador foi radical ao deixar claro que a impossibilidade de usucapião atinge todos os bens públicos, seja qual for a natureza ou a finalidade.

[...]Detecta-se, ademais, em análise civil-constitucional que a absoluta impossibilidade de usucapião de bens públicos é equivocada, por ofensa ao valor (constitucionalmente contemplado) da função social da posse, e em última instância, ao próprio princípio da proporcionalidade. Os bens públicos poderiam ser divididos em materialmente e formalmente públicos. Estes seriam aqueles registrados e nome da pessoa jurídica de Direito Público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade produtiva. Já os bens materialmente públicos seriam aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, postos dotados de alguma função social.

Com efeito, os autores Farias & Rosenvald (2009), em posicionamento contrário ao adotado pela maioria da doutrina, que salientam não ser possível usucapião de bem público, como por

exemplo: Carvalho Filho (2014), dentre outros autores que asseveram que os bens públicos ainda podem ser classificados como materialmente e formalmente públicos, havendo assim, a possibilidade de usucapião no que tange aos bens formalmente públicos pelo fato de não possuirem nenhuma afeta o.

Coadunando com o posicionamento supra, a autora Di Pietro (2014) assevera que lamentavelmente a Constitui o de 1998 proibiu qualquer modo de usucapião de bem público, tanto na zona rural (art. 183,  3 ), quanto na zona urbana (art. 191, parágrafo único), tal veda o retirou um dos instrumentos de acesso   propriedade pública, tendo em vista que tirou do particular que cultivava terras públicas o exercício da fun o social da propriedade, fato esse que configura um retrocesso   utiliza o da propriedade. Dessarte, ao ser inserida a regra da imprescritibilidade dos bens públicos, subtraiu-se a possibilidade de em certas situa es ser exercida a fun o social da propriedade pública.

## **6 USUCAPIÃO DE BEM PÚBLICO E POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL PÁTRIO**

A Constitui o Federal e o Código Civil dispõem em seus artigos 183,  3  e art.191, respectivamente, sobre a impossibilidade do reconhecimento da prescri o aquisitiva de bens públicos (BRASIL, 2015). De igual sorte, a doutrina brasileira e a jurisprudência pátria de modo quase unânime adotaram a regra da imprescritibilidade dos bens públicos encartada nos artigos mencionados, com bem assevera Fortini (2004). Neste contexto, de modo exemplificativo, pode-se apresentar o entendimento dos tribunais de justiça ao depararem com demandas que pleiteiam o reconhecimento de usucapião de bem público. Logo, segue a ementa do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal, *in verbis*:

**PROCESSO CIVIL E CIVIL. APELA O. INDEFERIMENTO DE PROVA ORAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. A O DE INDENIZA O POR DANOS**

MATERIAIS E MORAIS. BEM PÚBLICO. USUCAPIÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 102 DO CÓDIGO CIVIL, E SÚMULA 340 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O juiz é o destinatário da prova, cabendo a ele decidir sobre a necessidade de sua realização. Não há cerceamento de defesa pelo indeferimento de produção de prova oral quando as provas documentais juntadas aos autos são suficientes para o deslinde da questão. 2. Tratando a demanda de mera detenção de bem público, mostra-se irrelevante o exame do tempo de ocupação do imóvel, pois se refere a bem insuscetível de apropriação pelo particular e que não pode ser objeto de usucapião (artigo 102 do código civil, e súmula 340 do supremo tribunal federal). 3. A notificação para desocupação do terreno, lastreada em decisão judicial, não se caracteriza prática de ato ilegal ou de abuso de poder por parte da TERRACAP, mas mero exercício de suas atribuições legais. 4. Recurso conhecido e improvido (Apelação Cível nº 20130110287859. 3ª Turma Cível DF. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Julgado em: 08/01/2014).

A decisão em tela afirma ser irrelevante o aferimento do tempo de ocupação do imóvel, visto que trata-se de bem público, estando configurado apenas a mera detenção, uma vez que é insuscetível a apropriação pelo particular, não podendo ser objeto de usucapião. .

Em sentindo semelhante à decisão ora apresentada, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em sede de apelação que julgou improcedente a ação de usucapião ajuizada em face do Estado do Rio Grande do Sul, tendo em vista que trata-se de patrimônio público. Assim, passa-se a analisar:

APELAÇÃO CÍVEL. BENS IMÓVEIS. USUCAPIÃO (BENS IMÓVEIS). AÇÃO DE USUCAPIÃO. IMPROCEDÊNCIA. BEM PÚBLICO. Tratando-se de bem público, afetado para uso especial (área que integra Colônia Penal Agrícola), tem-se a insuscetibilidade de usucapião da área, por força da expressa vedação contida no art. 183, § 3º, da CRFB, reproduzida pelo art. 102 do Código Civil de 2002. NEGARAM PROVIMENTO.

UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70067176735, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 15/12/2015).

No caso apresentado, vislumbra-se que o acórdão por decisão unânime negou provimento ao recurso de apelação, ocasião em que rechaçou a possibilidade de usucapião de bem público, consoante regra inserta no artigo 183, §3º da Constituição Federal.

Vale frisar que, o Superior Tribunal Federal editou a Súmula nº 340, conforme mencionado nas ementas acima, na qual veda a possibilidade de usucapião de bens públicos, mas precisamente acerca dos bens dominicais, assim dispõe: “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião” (BRASIL, 2015, p. 2019).

Neste aspecto, é possível notar que a doutrina brasileira e as jurisprudências dos Tribunais de Justiça brasileiros, conforme exemplificados acima, bem como no tópico anterior, de forma quase unânime, posicionam-se de modo a não reconhecer a possibilidade de usucapião de bem público, tampouco restar configurada a posse dos bens públicos ocupados, mesmo que esta tenha sido exercida com *animus domini*.

Destarte, apesar dos posicionamentos jurisprudenciais supramencionados, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em sede da apelação cível nº 1.0194.10.011238-3/001, em uma situação excepcional, manteve a decisão proferida na Comarca de Coronel Fabriciano/MG, que reconheceu a aquisição prescritiva de um bem público em favor de alguns moradores que ali. A referida decisão é objeto de estudo do presente trabalho, em razão disso será abordada em tópico destinada para esse fim, como verá a seguir. (TJ/MG, 2014).

## **7 ANÁLISE FÁTICA E JURÍDICA DA APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0194.10.011238-3/001 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

No dia 09 de setembro de 2013, em uma decisão inédita, o juiz titular da Vara da Fazenda Pública de Coronel Fabriciano, Marcelo Pereira da Silva, no bojo do processo nº 194.10.11238-3, julgou improcedente a ação reivindicatória, pleiteada pelo Departamento de Estradas de Rodagens de Minas Gerais – DER, que objetivava a desocupação de uma área pública estadual de 36 mil metros quadrados em desfavor de 10 famílias que ali residiam há mais de 30 anos, sendo a maioria destas famílias formadas por servidores e ex-servidores do DER/MG (TARTUCE, 2014).

De modo inovador, o MM. Juízo reconheceu a prescrição aquisitiva em face dos moradores, após analisar as particularidades do caso em tela. Desse modo, interessante colacionar um trecho da referida sentença, observa-se:

Com efeito, como bem salientou o ilustre representante do Ministério Público, malgrado ainda prevaleça na jurisprudência e na doutrina o entendimento de não ser cabível o usucapião de bens públicos, vem surgindo uma corrente, com a qual me coaduno, no sentido de que a matéria deve ser analisada em conformidade com os princípios constitucionais e com a realidade social ora vívida. À luz desse entendimento, a visão rígida acerca da previsão legal da imprescritibilidade do bem público deve ceder lugar a uma interpretação conforme, histórica e teleológica, de modo a priorizar a função social da propriedade e evitar odiosas injustiças (CORONEL FABRICIANO, 2013, p. 292/293)

Depreende-se do trecho referido que, ao reconhecer a usucapião de bem público, o magistrado levou em consideração todo o contexto histórico e a realidade social vivida pelos moradores da propriedade, fundamentando-se que apesar do bem pertencer a um ente público, a propriedade deve atender à sua função social.

Insta salientar, que apesar das peculiaridades ora mencionadas, MM. Juiz aduz, ainda, que havia grande probabilidade de ser reconhecida a prescrição aquisitiva, em razão de existir uma lei em vigor autorizando expressamente o DER a doar os imóveis citados ao Município de Antônio Dias, bem como somando-se a esse fato, entendeu-se estar presentes os requisitos que possibilitam o reconhecimento da usucapião, uma vez que restou configurado a existência da posse mansa, pacífica e ininterrupta da propriedade por mais de 30 anos (CORONEL FABRICIANO, 2013).

Ademais, o Ministério Público ao emitir parecer nos autos da decisão em tela, manifestou-se de forma favorável ao reconhecimento da usucapião de bem público, fundamentando-se na aplicação do princípio da função social, veja-se:

Não se pode permitir num país como o Brasil, em que, infelizmente, milhões de pessoas ainda vivem à margem da sociedade, que o Estado, por desídia ou omissão, possa manter-se proprietário de bens desafetados e sem qualquer perspectiva de utilização para o interesse público, se desobrigando ao cumprimento da função social da propriedade (CORONEL FABRICIANO, 2013, p. 285).

Com efeito, o *Parquet* ao manifestar-se na ação reivindicatória pleiteada pelo DER/MG, entendeu ser favorável à aquisição prescritiva do bem pertente a este, uma vez que a propriedade ora pleiteada encontrava-se desafetada e em disparidade com o exercício da função social da propriedade, bem como não é condizente com a realidade brasileira permitir que pessoas que vivem em condições mínimas de subsistência possam ser privadas de possuir uma moradia em detrimento da manutenção de uma propriedade pertencente ao Estado, na qual não há destinação.

Ademais, após a prolação da sentença na Comarca de Coronel Fabriciano, o DER/MG interpôs recurso de apelação (sob

nº 1.0194.10.011238-3/001), em face da decisão que reconheceu a prescrição aquisitiva de bem pertencente a este em desfavor de: Claudio aparecido Gonçalves Tito, Moraci Santos Melo Tito, Fatima Maria Lopes Tito, Expedito Cassimiro Rosa, José Cassimiro de Oliveira, Rosilene Carvalho de Oliveira, José Pedro de Oliveira Ramos, Marco Aurélio Gonçalves Tito e outro (a)(s), Maria das Dores Silva Rosa, Maria Ferreira das Graças Oliveira, Maria Margarida de Oliveira, Fernando Inácio de Oliveira, Ivonete Aparecida Gonçalves Tito e outros (TJ/MG, 2014). Dito isso, a partir de agora passa-se a analisar a referida apelação.

No dia 08/05/2014, a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao julgar recurso de apelação interposto pelo DER/MG, manteve a decisão proferida pelo MM. Juiz Marcelo Pereira da Silva, que julgou procedente o pedido contraposto pelos moradores da propriedade, consistindo no reconhecimento do domínio dos imóveis aos moradores que ali estabeleceram moradia (TJ/MG, 2014).

A seu turno, apesar da maioria da doutrina e jurisprudência rechaçarem a possibilidade de usucapião de bens públicos por haver previsão constitucional e civilista, a respeito da imprescritibilidade destes bens, consoante assevera Fortini (2004), o Tribunal de Justiça/MG na apelação supra, reconheceu a prescrição aquisitiva em face de dez famílias que residiam há cerca de 30 anos, em uma área pública estadual de 36 mil metros quadrados, pertencente ao Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais (DER-MG), para melhor elucidação segue abaixo a ementa:

**EMENTA: APELAÇÃO CIVIL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA – DETENÇÃO – INOCORRÊNCIA – POSSE COM “ANIMUS DOMINI” – COMPROVAÇÃO – REQUISITOS DEMONSTRADOS – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – EVIDÊNCIA – POSSIBILIDADE – EVIDÊNCIA – PRECEDENTES - NEGAR PROVIMENTO.**

- “A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, sem intermitências), ininterrupta (isto é, sem que tenha sido interrompida por atos de outrem), pacífica (isto é, não adquirida por violência), pública (isto é, exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o animus domini, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa, transferência que se opera, suprimindo a prescrição a falta de prova de título preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição”.(Apelação Cível nº 1.0194.10.0112383/001, TJMG. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Barros Levenhagen. Julgado em: 08/05/2014).

No caso em análise, o Tribunal de Justiça/MG, entendeu que o tempo em que as 10 famílias permaneceram no imóvel pertence ao DER/MG, restou caracterizada a posse com “*animus domini*”, restando, assim, preenchidos os requisitos necessários para a prescrição aquisitiva.

O presente caso foi julgado por três desembargadores, quais sejam: Versiani Penna, Luiz Carlos Gambogi e Barros Levenhagen, sendo este o relator. Saliencia-se que a decisão foi por unanimidade, de modo que os desembargadores supramencionados seguiram o voto do relator. Nesse momento, abre-se um parêntese para apresentar os fundamentos que subsidiam a presente decisão.

O relator Levenhagen reconheceu a existência da posse na propriedade pertencente ao DER, uma vez que as famílias que ali habitavam comportavam-se como se donos fossem, bem como rechaçou o argumento utilizado pelo DER/MG, de que não restou configurada a posse, mas sim a mera detenção, para isso faz menção aos argumentos utilizados pela perícia técnica. Nesse sentido, imperioso colacionar trecho do voto do relator:

O que acontece neste caso, é que os moradores (ex-funcionários do DER-MG), pouco a pouco foram edificando suas casas no local do acampamento. Com o tempo, as famílias foram

crescendo, criando-se vínculo com a propriedade e desde então se passaram aproximadamente 30 anos. Hoje, uma pequena vila, dotada de infraestrutura como: asfalto, energia elétrica, mina e uma pequena igreja. Está área ocupada pelos magistrados, corresponde aproximadamente a 26% do imóvel. O restante encontra-se livre (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2014, p. 4).

Após os argumentos acima expendidos, é possível observar que o relator supracitado afastou a possibilidade de caracterização de mera detenção da propriedade, visto que os moradores ali presentes permaneceram na propriedade aproximadamente por três décadas, local onde comportavam-se como se donos fossem, uma vez que construíram suas casas, e aos poucos tornou-se um local dotado de infraestrutura.

Denota-se que, é possível extrair do voto do relator acima mencionado, que as famílias que habitam o imóvel comportaram-se como se donos fossem, de modo há não restar dúvida quanto a existência da posse.

Frise-se, ainda, que o período que em ali residiram não é considerado como detenção, tendo em vista que para a caracterização da detenção é necessário que a existência de uma situação de dependência econômica, consoante disposto na lição de Diniz (2014, p. 898), *in verbis*:

[...] detentor da posse é aquele que, até prova em contrário, em razão de sua situação de dependência econômica ou de um vínculo de subordinação em relação a uma outra pessoa (possuidor direto ou indireto), exerce sobre o bem não uma posse própria, mas a posse desta última e em nome desta, em obediência a uma ordem ou instrução. É o que ocorre, p. ex., com os empregados em geral ou prestadores de serviços (como motorista, faxineira, cozinheira etc) caseiros, almoxarifes, administradores, bibliotecários, diretores de empresas, que são considerados detentores de bens sobre os quais exercem posse própria.

Denota-se, verifica-se que a principal diferença entre posse e detenção reside no fato de que, para o exercício da posse é imprescindível que o possuidor comporte-se como se dono fosse, a seu turno, a detenção consiste em uma situação, onde há dependência econômica, ou seja, não está presente a vontade de ser possuidor.

Tendo em vista a argumentação utilizada pelo relator na apelação em tela, tem-se que não havia nenhuma relação de subordinação entre as famílias que ali residiam com o DER/MG.

Além de ter reconhecido o exercício da posse, alegou-se, ainda, a existência de posse mansa e pacífica do imóvel, uma vez que estas famílias residiram ali por aproximadamente 30 anos. Nesse sentido, impede colacionar o entendimento de Gonçalves (2014, p. 284):

*Posse ad usucapionem* é a que contém os requisitos exigidos pelos arts. 1.238 a 1.242 do Código Civil, sendo o primeiro deles o ânimo de dono (*animus domini ou animus rem sibi habendi*) [...] segundo requisito da posse *ad usucapionem* é que seja mansa e pacífica, isto é, *exercida sem oposição* [...] como terceiro requisito, deve a posse ser contínua, isto é, sem interrupção. O possuidor não pode possuir a coisa a intervalos, intermitentemente.

Assim, conforme consta no acórdão, as 10 famílias que residiam na propriedade pertencente ao DER/MG permaneceram por aproximadamente 30 anos, de modo pacífico e sem nenhuma oposição por parte do DER, estando de acordo os requisitos necessários para a usucapião.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Na contemporaneidade tem surgido a discussão do exercício da função social da propriedade, tanto pública, como privada. Diante disso, o presente estudo apontou sobre a possibilidade ou não da ocorrência da usucapião sobre bens

públicos, frente à observância do cumprimento da função social da propriedade pública.

Salienta-se que há uma proibição tanto constitucional, quanto infraconstitucional, a respeito da imprescritibilidade da usucapião sobre os bens públicos. No entanto, é imperioso ressaltar que há também uma exigência constitucional no que tange ao exercício da função social da propriedade.

Entretantes, em decorrência do cumprimento da função social da propriedade, destaca-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (apelação nº 1.0194.10.0112383/001), que trouxe uma inovação para a reflexão do exercício da função social, uma vez que declinou a propriedade para particulares de forma coletiva, retirando de um bem público a possibilidade aquisitiva de propriedade (TJ/MG, 2014).

Assim, ao proferir a apelação nº 1.0194.10.0112383/001, o Tribunal de Justiça/MG fundamentou sua decisão com base no cumprimento da função social da propriedade pública, uma vez que o exercício da função social deve ser invocado tanto no âmbito da propriedade privada, quanto na propriedade pública, visto que se trata de uma garantia constitucional prevista na Carta Magna (TJ/MG, 2014)

Sendo assim, a apelação cível nº 1.0194.10.0112383/001, objeto de análise do presente trabalho, ao reconhecer a usucapião de um bem público, trouxe uma inovação jurisprudencial na seara do direito brasileiro. No entanto, impede avivar que a referida decisão fora proferida após a realização de uma análise pormenorizada das peculiaridades presentes no caso concreto.

Nessa seara, torna-se imprescindível refletir sobre as novas formas de se pensar o exercício da função social da propriedade, inclusive no que se refere na utilização da função social do bem público, tendo em vista as mínimas condições de vida presentes na realidade de grande parte de brasileiros.

## REFERÊNCIAS

ABE, N. C. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 9, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acessada em 04 de mai de 2016.

BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum. Col. Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum. Col. Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CASSANIGA, C. **A função social da posse voltada para a usucapião de imóveis**. Monografia apresentada à Diretoria de Pós Graduação da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, 2003.

DINIZ. M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DINIZ. M.H. **Código Civil Anotado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso Privativo de Bem Público**. 2 ed. São Paulo: Editora: Atlas, 2010.

DI PIETRO, M. S. Z. Função Social da Propriedade Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. n. 6, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acessado em: 02 de mai de 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 20130110287859**. Apelante: Itair Ferreira Machado Refrigeração. Apelado: TERRACAP – Companhia Imobiliária de Brasília. 3ª Turma Cível. Relator: Des.Getúlio de Moraes Oliveira. Julgado em: 08/01/2014.

Disponível em: <<http://www.tjdf.jusbrasil.com.br>>. Acessado em: 08 de mai de 2016.

EFRAIM FILHO, R; AZEVEDO, L.B. As teorias da posse e da propriedade e o campo jurídico sob conflito. **Revista da Faculdade da UFG**, v. 34, n. 02, p. 73-97, 2010. ISSN 0101-7187. Disponível em: <<http://revistas.ufg.emnuvens.com.br>>. Acesso em: 10 de abr de 2016.

FARIAS, C.C; ROSENVALD, N. **Direitos reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FORTINI, C. A Função Social dos Bens Públicos e o Mito da Imprescritibilidade. **Revista de Direito Municipal**. nº 12, volume 5, p. 113-122, 2004.

GOBBO, F.S.A. A função social da propriedade urbana: a evolução do conceito e sua consagração como princípio constitucional da república de 1988. **Revista Eletrônica de Direito e Política**, Itajaí, v. 2, n. 3, 2007. ISSN 1980-7791. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitoepolitica>>. Acessado em: 10 de abr de 2016.

GONÇALVES, C.R. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES. O. **Direitos Reais**. 20 ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

IHERING, R.V. **Teoria Simplificada da Posse**. 1 ed. São Paulo: Leme, 2003.

LIMA, A.G. **O princípio constitucional econômico da propriedade privada e a sua função social no que tange o local de moradia e o direito de usucapião viabilizado pelo artigo 183**. Projeto de Pesquisa de Pós-Graduação em Direito Processual do Instituto Superior de Ensino e Pesquisa de Instituto Superior de Ensino e Pesquisa de Ituiutaba – IESPI, 2011.

MARCONI, M.; LAKATOS, E. M. **Metodologia do trabalho científico**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, C.A. B. **Curso de direito administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINAS GERAIS. Sentença proferida pela Vara da Fazenda Pública da Comarca de Coronel Fabriciano. Município de Antônio Dias. **Processo nº 194-10 11238-3**. Autor: Departamento de Estradas e Rodagens - DER. Réu (s): Ivonete Aparecida Gonçalves Tito e outros. Ação Reivindicatória. Julgada em: 09 de set de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001**. Apelante: DER MG Departamento de Estradas e Rodagem Estado de Minas Gerais. Apelado (a)(s): Claudio Aparecido Gonçalves Tito, Doraci Santos Melo Tito e outros. 5ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG. Relator: Des. Barros Levenhagen. Julgado em: 08/05/2014. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acessado em: 03 de fev de 2016.

PEREIRA. C.M.S. **Instituições de direito civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PINTO. V.C. **A função social da propriedade**. [S.t.n] – sem local, sem editora e sem data.

PIRES, E. A origem da função social da propriedade e sua aplicabilidade à propriedade pública. **Revista Eletrônica de Direito e Política**, nº 1, 2006. Disponível em: < [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acessado em: 04 de mai de 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº 70067176735 RS. Apelante (s): Joel de Castro, Loraci Pereira de Castro. Apelado (s): Estado do Rio Grande do Sul, Salustiano Carvalho Viegas, Ilza Peixoto Viegas e Marines Triunfo. Relator:

Pedro Celso Dal Pra, Data de Julgamento: 15/12/2015, Décima Oitava Câmara Cível. Disponível em: <<http://www.tjrs.jusbrasil.com.br>>. Acessado em: 08 de mai de 2016.

RIZZARDO, A. **Direito das Coisas**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTOS, F.S. **A usucapião e a limitação dos direitos do confinante**. Trabalho de conclusão de curso de ciências jurídicas e sociais – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br>>. Acessado em: 20 abril de 2016.

**TARTUCE. F.** Sentença de Minas Gerais reconhece usucapião de bem público. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br>>. Acessado em 03 de fev de 2016.

VENOSA. S.S. **Curso de direito civil**: direito das coisas. 14 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

## **CONTORNO LEGAL DA INEFICIÊNCIA SISTÊMICA DO MEIO AMBIENTE PRISIONAL BRASILEIRO**

**EDUARDO PAIXÃO CAETANO:** Professor de Ciências Criminais. Delegado de Polícia Judiciária Civil. Mestrando em Direito Ambiental, Especialista em Direito Público, Pós-graduado em Direitos Difusos e Coletivos em Segurança Pública, Especialista em Direito Penal e com certificação de MBA Executivo em Negócios Financeiros. Palestrante e autor de artigos científicos e matérias publicadas em mídia impressa e eletrônica.

**RESUMO:** A ineficiência empregada pelos gestores no trato do sistema prisional brasileiro salta aos olhos. Ocorre que o olhar atento escancara que matérias conexas como o direito ambiental e o sistema prisional, se aproximadas, trariam frutos desejáveis pela sociedade e a solução para quase todas as crises. É esta a chave para o abatimento eficaz de quase todos os problemas do sistema prisional atual, razão destas linhas de aproximação. Temos que entender que o Direito Ambiental não deve restringir sua aplicação a problemas da natureza, mas sim a proteção de todo o espaço físico necessário para a efetivação da dignidade da pessoa humana, isto posto, também aos presídios, espaço físico interno e também externo os encontram-se todos os atores do sistema prisional.

**Palavras-chave:** Caos; Dignidade ambiental; Direito ambiental; Lixo humano; Sistema prisional;

---

### **INTRODUÇÃO**

O sistema penitenciário brasileiro contempla vários tipos de unidades prisionais, sendo a destinação para presos provisórios denominados CDP (Centro de Detenção Provisória) e a condenados chamadas Penitenciárias, Colônia, ou similar a albergue; regime fechado, semi-aberto e aberto respectivamente. Os conjuntos penais são unidades

híbridas, capazes de custodiar internos nos diversos regimes, como também, presos provisórios, ao mesmo tempo.

O sistema, na quase totalidade, é formado por unidades pertencentes à esfera estadual de governo, a imensa maioria com excesso de população, não possibilitando aos administradores, por falta de espaço físico, a individualização da pena, muitas vezes não havendo condições para separação entre os presos provisórios e os condenados, descumprindo uma norma da Lei de Execução Penal, que estabelece a custódia separada entre processado e sentenciado, e estes, pelos respectivos regimes. Nestes termos começa o desrespeito ao meio ambiente prisional ideal.

Outro grave problema diz respeito à capacidade do poder judiciário de processar, julgar e analisar os pedidos de benefícios pleiteados durante a execução da pena, em prazos aceitáveis, sendo este ponto um dos principais problemas que vem indignando os custodiados e os movimentos sociais vinculados ao sistema carcerário, visto que não atendem aos ditames legais previstos no ordenamento jurídico.

Isto posto, o sistema penitenciário brasileiro é alvo de diversas críticas por parte de membros da sociedade, organizações nacionais e internacionais de direitos humanos, na medida em que está marcado por deficiências e ilegalidades que, ao invés de proporcionar a ressocialização do condenado, acaba produzindo uma quantidade exacerbada de infratores reincidentes.

A degradante situação a qual são submetidos demonstra que a ressocialização prevista apenas na legislação não passa de utopia. Ao invés de proporcionar a reabilitação do condenado, o sistema acaba criando novos infratores, mais violentos e revoltados com a sociedade. A superlotação dos estabelecimentos prisionais, a falta de projetos de ressocialização dos detentos, a precariedade e insalubridade dos presídios, que tornam o cárcere um ambiente propício à proliferação de doenças e epidemias, a revolta com a falta de compromisso do poder público, dentre outros milhares de problemas, demonstram o fracasso do atual meio ambiente no sistema penitenciário brasileiro.

Outra máxima importante   o descaso com os direitos humanos e com a crítica situa o a que são submetidos, sem que ocorra a ressocializa o efetiva, pois acabam incentivando o retorno dos reeducandos para o mundo da criminalidade, ainda mais violentos. Análise realista do sistema escancara tristes verdades e por esta razão estas linhas de saber.

## **1. MEIO AMBIENTE DEPLORÁVEL NA REALIDADE BRASILEIRA**

A sensa o de medo e castigo tornam o ambiente prisional totalmente inadequado ao que se propõe. Perceba que dentre 60 denúncias de tortura em presídios e institui es socioeducativas (como a antiga FEBEM), 68% dos casos foram cometidos por agentes do Estado e 32% por agentes de segurança privada. Porém, apenas 23% dos integrantes das forças públicas foram condenados como torturadores[1].

Embora a aplica o da lei da tortura no Brasil não seja frequente, seu texto   tido como avançado, pois, diferentemente do acordo da Conven o Internacional, o país considera que qualquer pessoa pode ser tipificada como torturadora, desde que haja ameaça grave e intencional contra a vítima. Porém, mesmo considerada como crime hediondo e inafian avel, a tortura permanece como normal no cotidiano prisional. Cada vez mais temos relatos de casos nos nossos presídios e, segundo o relatório da Organiza o das Na es Unidas (ONU) de 2001, o Brasil   considerado um país torturador[2].

Como tentativa de solucionar tais abusos,   fundamental investir no treinamento de agentes carcerários. Hoje existem muitas contrata es sem cr terios e sem qualquer assistência. São indica es políticas que colocam funcionários sem forma o para o cargo. Além da profissionaliza o, precisamos investir na aproxima o do agente com o presidiário para tornar o meio ambiente laboral do agente mais favorável. Quanto mais próximos e maior convivência tiverem, maior será a dificuldade de haver tortura.   verdadeiramente o rosto desconhecido do presidiário que ganha as fei es de outro ser humano.

A superlotação carcerária é um grave problema do sistema penal brasileiro. Não existem penitenciárias e cadeias suficientes para abrigar toda a população de presos do país, apesar do disposto no art. 40 da Lei de Execução Penal. A política criminal adotada deveria alinhar-se com a política penitenciária vigente, buscando soluções permanentes para o cumprimento das penas, tanto das privativas de liberdade quanto das restritivas de direito. Deste modo, deve haver uma coerência entre a atuação pública e o contingente de presos no sistema contemporâneo.

O sistema penitenciário deve ser repensado com valores de meio ambiente equilibrado, desde a reforma dos atuais estabelecimentos, a fim de proporcionar reeducação e recuperação do preso, até a construção de novos, que atinjam os diversos fins das penas (retributivas, preventiva geral e preventiva especial).

Outro ponto importante é a aplicação das penas alternativas, pois a falta de individualização das penas e da substituição por outras alternativas soam mais como vingança do que justiça, pois são inúmeros os casos de pessoas presas que desde o início do processo já mereciam o direito à liberdade em razão da possibilidade de aplicação de penas alternativas.

Nessa seara, deve-se observar qual é a responsabilidade do Estado no que tange as condições precárias nos estabelecimentos penais. Em relação ao dano moral sofrido pelo condenado detido em prisões superlotadas o entendimento do STJ é de que o Estado esta se movimentando para solucionar os problemas carcerários dentro de suas possibilidades orçamentárias, principalmente por que os problemas dentro dos estabelecimentos penais se agravam.

## • **2. TRISTE PROTAGONISMO BRASILEIRO**

Com cerca de 500 mil presos, o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo e um sistema prisional superlotado. O déficit de vagas (quase 200 mil) é um dos principais focos das críticas da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre desrespeito a direitos humanos no país. Ao ser submetido pela Revisão Periódica Universal, instrumento de fiscalização do Alto Comissariado de Direitos Humanos da

ONU, o Brasil recebeu como recomendação “melhorar as condições das prisões e enfrentar o problema da superlotação”.

Segundo a organização não governamental Centro Internacional para Estudos Prisionais (ICPS), o Brasil só fica atrás em número de presos para os Estados Unidos (2,2 milhões), China (1,6 milhão) e Rússia (740 mil). De acordo com os dados mais recentes do Depen (Departamento Penitenciário Nacional), de 2010, o Brasil tem um número de presos 66% superior à sua capacidade de abrigá-los (déficit de 198 mil)[3].

Pela lei brasileira, cada preso tem que ter no mínimo seis metros quadrados de espaço (na unidade prisional). Existem situações em que cada um tem só 70 cm quadrados. A causa ambiental prisional passa longe de ser a ideal, pois em algumas celas, os presos têm de se revezar para dormir, pois não há espaço na cela para que todos se deitem ao mesmo tempo.

A superlotação provoca indiscutivelmente um quadro geral de escassez. Porém, abusos de direitos humanos não ocorrem somente devido ao déficit de vagas. Em todo país, há denúncias de agressões físicas e até tortura contra detentos praticada tanto por outros presos quanto por agentes penitenciários. A bem da verdade, o número de mortes de detentos nos sistemas prisionais não é divulgado pelos estados, o sistema penitenciário é opaco.

Perceba que o ambiente geral desfavorável aos direitos humanos no sistema prisional do país foi o que possibilitou o surgimento de facções criminosas. Entre elas estão o Comando Vermelho e o terceiro comando, no Rio de Janeiro, e o Primeiro Comando da Capital, em São Paulo, que hoje operam as ações do crime organizado dentro e fora dos presídios.

Em todos os campos ambientais, há verdadeira afronta ao que se espera. A qualidade e o valor da alimentação oferecida aos presos e a existência de mercearias dentro de algumas unidades prisionais chamam a atenção de qualquer mortal[4].

Cuidar dos presos é, sobretudo, cuidar de quem está solto, porque a forma com que os presos são tratados piores que animais, fomentam a

criação de monstros que, ao saírem das cadeias, vão gerar prejuízos á sociedade, no que diz respeito á vida, ao patrimônio e a tributos. Além da queixa dos detentos sobre a má qualidade da comida, estranha muito que o valor pago por ela seja elevado. Perceba que a existência de cantinas está prevista na Lei de Execuções Penais (LEP), mas com o relógio e hidrômetro para marcar o consumo de energia e água e com licitação, para funcionar como uma lojinha mesmo, com regras claras e gerando repasse de receita para a Secretária.

A superlotação das carceragens nas delegacias e as condições precárias das instalações, denúncias de tortura, corrupção, favorecimento e a situação dos agentes penitenciários, torna todo o sistema ambiental prisional caótico, verdadeira catástrofe anunciada.

Atualmente, o sistema prisional brasileiro abriga aproximadamente 500 mil detentos, sendo que o número de vagas existentes no país atende apenas 300 mil condenados. Pela simples diferença numérica constata-se o abarrotamento do sistema penitenciário, sem considerar a quantidade de condenados que estão cumprindo penas em delegacias de polícia do país e os presos provisórios que estão às vias de serem julgados.

Além de não ser o local adequado para cumprimento de pena, as delegacias não proporcionam o trabalho e a educação para o preso, ficando o problema mais acentuado em razão da superlotação das celas e da falta de estrutura física para atendimento adequado. Está tudo errado.

A solução não seria a construção de mais presídios ou disponibilização de vagas, mas, sim adotar um sistema prisional que concretizasse a reabilitação eficaz a impedir a reincidência, nos termos idealizados na legislação vigente. Uma medida para amenizar a superlotação dos presídios seria a realização de mutirões para verificar a situação dos detentos, fazer uma reavaliação dos processos criminais, com objetivo de averiguar aqueles que fazem jus a concessão benefícios como a progressão de regime ou liberdade condicional.

No entanto, essa alternativa seria apenas um paliativo ante à inexistência de projetos de ressocialização, pois os detentos, uma vez

soltos, acabam retornando para a criminalidade e assim para o sistema penitenciário, na forma de um círculo vicioso. A superlotação, a falta de programas de trabalho, educação e profissionalização, acaba incentivando o sedentarismo e uso de drogas que, em conjunto com a falta de higiene, os ambientes precários e insalubres dos presídios, a proliferação de diversas doenças (tuberculoses, pneumonia, hepatite e doenças sexualmente transmissíveis). O meio ambiente ali não resiste a visita nem de um leigo em assunto sanitário.

Pesquisas realizadas nos presídios estimam que aproximadamente 20% dos condenados brasileiros são portadores de HIV, principalmente em decorrência de relações homossexuais sem preservativo ou compartilhamento de seringas para uso de drogas injetáveis. Existe, ainda, um grande número de presos portadores de distúrbios mentais, câncer, hanseníase e com deficiências físicas, que são tratados como animais, vivendo a própria sorte, sem o mínimo de dignidade.

Não existe tratamento médico-hospitalar adequado nas penitenciárias, necessitando os presos de remoção para hospitais, dependendo de escolta policial, que pode ser demorada, pendente de disponibilidade de contingente, cuja lentidão quase sempre pode piorar a enfermidade e até chegar ao óbito.

Os presídios brasileiros estão em situação caótica e, ainda que não haja superlotação, não permitem qualquer ressocialização ao apenado. E, mesmo que diversas autoridades (Judiciário, Ministério Público, Poder Executivo, Conselho Penitenciário, etc.) detêm os instrumentos legais para fiscalizar e obrigar o Estado e se submeter às normas legais, nenhuma providência é tomada.

### **3. AMBIENTE PRISIONAL POSTO À PROVA**

Certa vez, uma agente penitenciária do Presídio Feminino de Tucum, em Cariacica, enviou uma carta ao Sindicato dos Agentes Penitenciários do Espírito Santo (Sindaspes) para denunciar as condições de trabalho e superlotação no local. Segundo a agente, cerca de 380 detentas estavam amontoadas em celas com capacidade para 120

pessoas. Logo depois, uma rebelião evidenciou a situação no presídio e imagens foram registradas pelo Sindicato dos Agentes Penitenciários. Na correspondência da agente sobre o problema em Tucum, ela denuncia as péssimas condições de estrutura e insuficiência do efetivo.

Fundado em setembro de 1977, o Presídio de Passo Fundo, assim como a maioria das casas prisionais brasileiras, encontra-se com uma frágil e debilitada infraestrutura. As construções com mais de 35 anos não oferecem condições apropriadas para a grande demanda de detentos que tem hoje no município. Além da falta de estrutura física, descaso com o meio ambiente ideal, o objetivo de ressocializar os detentos passa longe de se tornar real.

A superlotação de cadeias e penitenciárias do Amazonas contribuem para fugas e rebeliões, deixando inseguro quem vive perto delas. Em todo o estado, a Secretaria de Administração Penitenciária relata o descompasso da superlotação. A Cadeia Pública Vidal Pessoa incomoda os comerciantes do centro da cidade. A insegurança é total, a qualquer momento pode haver fuga ou rebelião. O problema atinge cidades em todo o estado e por vezes, com o intuito de resolver o problema, parte dos detentos é transferido para outras cadeias do interior, o que só procrastina o problema.

Mas a reflexão aqui passa pela ideia de que a solução dos problemas é muito mais simples do que a construção de cadeias, posto que é preciso fazer com que esses presos que ali estão tenham uma atividade, o meio ambiente laboral dos agentes prisionais e de convívio dos presos deve ter dignidade. Hoje os presos em cadeias e penitenciárias ficam a maior parte do tempo parados, passa longe de ser possível acreditar em uma reeducação.

A Secretaria da Segurança Pública, responsável pelas cadeias, alega que não há previsão de reforma nas unidades e que os presos são transferidos quando há vagas disponíveis nas penitenciárias. A Secretaria de Administração Penitenciária informa que apesar da superpopulação, as unidades funcionam dentro do padrão de segurança e que vai investir na construção de mais unidades. O discurso é um padrão que se arrasta a

anos entre vários governos que, a bem da verdade, não tem experiência nem vontade política para a solução do problema, posto que seus cargos são temporários, muito cômodo adiar o trato da coisa pública, deixando o problema para o próximo governante.

Embora existam garantias na legislação para aqueles que cumprem pena privativa de liberdade, na prática, não são observadas. As penitenciárias e delegacias são associadas à falta de segurança que, devido ao ócio dos detentos, permite a formação de organizações criminosas internas visando deflagrar rebeliões e possíveis fugas, que é outro grave problema do sistema penitenciário brasileiro, em especial no Amazonas.

As rebeliões, embora organizadas pelos presos, de forma violenta e destrutiva, nada mais são do que uma chance de reivindicação pelos seus direitos, chamando a atenção das autoridades e da sociedade para a situação subumana à qual eles são submetidos dentro das prisões.

Com as fugas não é diferente, na medida em que suas ocorrências estão basicamente associadas à falta de segurança dos estabelecimentos prisionais e delegacias, a grande atuação das organizações criminosas dentro e fora dos presídios e, também, o aumento da corrupção praticada por agentes da administração prisional e políticos ligados à causa.

O fato de muitos condenados estarem cumprindo pena em estabelecimento inadequado, precário e superlotados, sob a guarda e responsabilidade de agentes despreparados e preocupados com a própria segurança, são incentivo para fugas em massa de presos ou realização de rebeliões internamente organizadas. A Lei dos Crimes Hediondos agravou ainda mais essa situação quando trouxe expressamente, a impossibilidade de progressão de regime em vários, fazendo com que o sentenciado cumpra a pena integralmente em regime fechado.

Constantemente tem-se notícia da ocorrência de rebelião de presos, ainda que em pequenas proporções. O mesmo acontece com as fugas, não se podendo exigir conduta diversa daqueles que permanecem ociosos diariamente, submetidos a um sistema penitenciário fracassado e ambientalmente ineficaz ao que se propõe.

É injustificado falar em ressocialização se o desespero e a falta de perspectivas dos condenados ocasionam um sentimento de revolta ainda maior. Sendo a liberdade um anseio irreprimível do ser humano, não é razoável esperar que o preso venha a conformar-se com o estado de confinamento desenfreado sem perspectiva de melhora. A comprovação de que o atual sistema ambiental penitenciário não se demonstra eficaz a reabilitar o condenado pode ser comprovado pelo elevado índice de reincidência. Calcula-se no Brasil em média, mais de 85% dos regressos após retornar ao convívio social, voltam a delinquir, e, conseqüentemente, retornar ao sistema penitenciário.

Essa realidade é um reflexo direto das condições a que os condenados foram submetidos no ambiente prisional, durante o encarceramento, sem falar do sentimento de rejeição e indiferença que recebem da sociedade e do próprio Estado que, além de não ressocializar não possibilita qualquer benefício para incentivar ao ex-detento a não infringir a lei.

#### **4. IMPLICAÇÕES DO MEIO AMBIENTE DESEQUILIBRADO**

Um dos grandes problemas no sistema prisional, onde o meio ambiente é totalmente desconforme, é o tráfico interno de entorpecentes de drogas, que fomenta a formação de quadrilhas, a corrupção, o poder e, conseqüentemente, a violência dos criminosos dentro dos estabelecimentos penais. Outro fator indireto é o custo para o Estado, na manutenção de presos infectados ou com doenças e sequelas produzidas pelo consumo de drogas nocivas.

No Brasil, em que pesa a falta de uma política para o sistema prisional, existem operações “piloto” no controle de acesso a visitantes, que usualmente são os portadores das drogas para o interior dos presídios. A implementação de sistemas de raios-x e detecção de drogas podem e muito contribuir para a diminuição do tráfico interno e da violência provocada pelo crime organizado dentro dos estabelecimentos penais, que tem como moeda forte as drogas que alimentam a violência e a corrupção ativa e passiva entre os que deveriam zelar pela justiça e ordem dentro dos presídios.

Por vezes, existem ONGs e fundações que têm por missão contribuir para a inclusão social de presos e egressos, desenvolvendo programas sociais nas áreas de assistência jurídica, de educação, da cultura, da capacitação profissional e do trabalho para as pessoas que se encontrem privadas de liberdade, contribuindo para a inclusão social dos mesmos. Ocorre que muitas não se mantêm em razão da deficiência no suporte financeiro, escasso e com atrasos que inviabilizam suas manutenções. Na área da profissionalização, essas fundações centram esforços na realização de cursos profissionalizantes com certificação que invistam na perspectiva de formação integral (gestão, cidadania, mercado, empreendedorismo, cooperativismo, etc), e buscam sempre a especialização de forma a criar real possibilidade de ingresso no mercado formal de trabalho.

Alternativas existem e o meio ambiente ideal é assim, ou seja, atua em vários campos e permite a transformação do ser humano. Na área laboral, propicia geração de renda e experiência profissional, abrindo postos de trabalho para os presos e egressos tanto em órgãos públicos, empresas privadas e terceiro setor, como nas oficinas de produção próprias: confecção de uniformes, com central de corte de tecido industrial; tapeçaria de cadeiras fixas e giratórias; fabricação de móveis escolares e cadeiras universitárias; marcenaria para fabricação de kits para reforma de móveis escolares; metalurgia para fabricação de móveis de escritório; montagem de móveis de escritório; fabricação de papel artesanal, e, por fim, reciclagem de lixo sólido.

O meio ambiente prisional ideal deve promover a seleção e formação continuada de educadores presos para docência de aulas de alfabetização, ensino médio e ensino fundamental e para organização de salas de leitura e projetos culturais e de formação profissional.

Ocorre que o sistema prisional é sobremaneira rígido e ineficaz, mas, apesar dessa rigidez, o sistema não tem o domínio absoluto do que ocorre dentro das prisões. Há outro agente, instituído à margem da lei, que possui bastante poder sobre o aparelho penitenciário. Trata-se da sociedade do cárcere, uma organização formada pelos próprios presos, que estabelece regras sociais e códigos de conduta, e os impõe a todos.

Não raramente, alguém, preso por delito leve, ao qual caberia outro tipo de penalização que não o encarceramento, termina se socializando em função dessas regras e códigos. O presídio é uma prisão que ensina a criminalidade. É uma escola do crime em razão do deplorável meio ambiente completamente desfavorável ao resgate do ser humano.

O fenômeno da sociedade do cárcere é uma dialética sem saída se não focar na transformação daquele meio ambiente prisional. Mesmo os presos de bom comportamento são obrigados a sujeitarem-se à lei que impera dentro da sociedade. Muitas vezes, o preso que a televisão mostra junto contra outros rebelados, nos mirantes das penitenciárias, de uma arma em punho, não está interessado em se rebelar. Está ali contra a sua vontade. Vai porque é a sua vida que está em jogo. Nesse mundo, as coisas funcionam assim mesmo. É por isso que a polícia está constantemente realizando transferência de presos de um bloco para o outro.

Em torno do aparelho penitenciário alguns segmentos, entre os quais a mídia e as entidades de direitos humanos, exercem pressão sobre o Estado para que este desenvolva à ressocialização e reeducação dos presos. Na prática, no entanto, a ideologia de que é possível reformar o caráter do preso dentro de um sistema que está preocupado com a manutenção da disciplina e da segurança tem sido muito difícil.

Ao menos no discurso e prestação de contas, aparentemente, o Estado tem investido recursos na ressocialização e reeducação dos presos. São exemplos dessas ações a criação de bibliotecas e a inserção de educadores no interior das penitenciárias amazonenses. Numa análise fria das razões que levam ao fracasso dos projetos sociais reside no perfil dos presos após a exposição ao ambiente insalubre por anos.

Entenda que desde o século XVIII, as prisões foram criadas para servir de centro de reclusão da pobreza e da criminalidade. Os criminosos que vão para as prisões são pessoas da baixa renda, que moram em áreas periféricas das cidades, que estão à margem dos sistemas econômicos e educacionais. No Rio de Janeiro, São Paulo em uma capital como Manaus, por exemplo, os jovens de áreas excluídas encontram uma alternativa de vida que lhes dá retorno financeiro bem maior que se tivessem cursado

uma faculdade. Há casos de jovens trabalhando para o narcotráfico cuja renda chega a R\$ 20 mil por mês[5].

O problema é histórico. A prisão foi feita para encarcerar a criminalidade urbana, que a sociedade não conseguiu educar e socializar, nem o estado conseguirá reformar o caráter ou reeducar. As elites políticas e econômicas, por seu turno, não estão interessadas em trazer esses jovens de volta para o seio da sociedade, por isso, não oferecem um ambiente ideal para tal. As prisões seguem funcionando como o ralo da sociedade. Nela está uma população pobre, em geral, pertencente às famílias bem humildes, que encontram no submundo do crime uma alternativa econômica.

## **5 MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS E TAMBÉM DE DIREITO AMBIENTAL**

Para o mundo fora da cadeia, a prisão funciona como um local onde a sociedade expurga a sua violência. No entanto, enquanto as raízes da violência não receberem os devidos cuidados, a história se repetirá como sempre se repetiu: as prisões continuarão eternamente lotadas num ambiente propício para a propagação do crime.

O Brasil importou um modelo europeu de penalizar os criminosos, baseado unicamente na forma de prisão que viola os direitos humanos e simplesmente exclui o criminoso da sociedade. E o sistema de penalidade não se restringe apenas à prisão, ao cárcere, mas também se estende ao meio ambiente, isto é, à rede de assistência social que está fora das cadeias, composta pelo sistema policial, pelo sistema de segurança pública, pelas associações que cuidam da reeducação de presos egressos, pela atividade missionária dos religiosos e pela postura de quem dita a justiça[6]. O estabelecimento de uma rede de assistência social que preencha as lacunas deixadas pelo sistema de encarceramento é essencial para mudar o sistema penitenciário. Passa indiscutivelmente pelo Direito Ambiental que prestigie o Sistema Prisional atual.

O enfoque deve ser direcionado às experiências bem-sucedidas de ressocialização, casos de presos que, livres do cárcere, constituíram famílias, possuem emprego e conseguiram se reeducar, graças a um

aspecto ainda pouco reconhecido: o meio ambiente dentro e fora das prisões. A conversão religiosa é uma possibilidade de o indivíduo ter esperança de reeducação e ressocialização, apesar de a prisão ser um ambiente onde as relações humanas são absolutamente instrumentalizadas, onde não há confiança no próximo.

Perceba que numa cela especial da penitenciária metropolitana, quando uma rebelião acontece, o senso comum culpa as entidades de direitos humanos pelo abrandamento dos métodos de repressão utilizados nas penitenciárias. As entidades são importantes na medida que ajudam o Estado a modelar um novo modelo de carceragem, menos repressora e mais preocupada com a cidadania. As entidades de direitos humanos servem pra mostrar essas contradições do Estado.

Uma dessas contradições era a prática de tortura que funcionava dentro das penitenciárias. Havia agentes penitenciários que agiam como verdadeiros carrascos. Tais situações reforçavam o espírito de subversão dos presos, causando motins e rebeliões. Verdadeiramente, as entidades de direitos humanos não defendem os criminosos, apenas mostram que as contradições podem acarretar problemas muito fortes dentro das prisões.

Por outro lado, o senso comum avalia errado quando exige o recrudescimento das ações policiais nas prisões. Algumas experiências, inclusive nos Estados Unidos, mostram que o endurecimento da lei em torno da prisão não reduz, necessariamente, a incidência de rebelião, nem o índice de criminalidade. Se essa fosse a solução, bastaria fazer leis de execuções penais cada vez mais rígidas. Seria simples combater o crime, se isso significasse resultados.

Por incrível que pareça, a lei de execuções penais aplicadas no Brasil é uma das mais progressistas do mundo. Ela garantiu a individualidade de processos e de penas, a progressão do regime (redução de pena em função da boa conduta do preso) e garantiu melhorias em relação à higiene das celas. A penitenciária, no entanto, vai continuar sendo como ela é. Não há remédio a curto prazo, mas o investimento no

meio ambiente ideal e saudável é caminho de sucesso nesse enfrentamento.

Um exemplo do poder de um ambiente equilibrado na recuperação é o momento de descontração da festa do dia dos pais que reúne presidiários e familiares, ocasião de harmonia e com o menor índice de complicações, se comparado com a semana habitual. Atuando entre os presos, os agentes prisionais funcionam como elo entre a população carcerária e a direção da penitenciária, por vezes, são mais importantes que o próprio diretor da cadeia, à medida que detém informações que nem o sistema de inteligência consegue captar. É o caso dos códigos de comunicação dos presos, por exemplo.

Muitas das rebeliões prisionais até poderiam ser contidas se as políticas de segurança pública ouvissem os agentes prisionais naquele ambiente laboral. É o que acontece nas rebeliões de Manaus. A associação dos agentes prisionais tenta, em vão, comunicar ao Estado os sinais de rebelião que os agentes identificam nas penitenciárias, isso é uma constante. Em geral, os agentes prisionais pertencem a uma massa de desempregados que é absorvida pelo sistema penal. Muitos não possuem o ensino médio. Ao entrar para o sistema, eles recebem orientação sobre normas de segurança, disciplina, regras do presídio e como fazer respeitar a lei de execuções penais.

O meio ambiente laboral de qualidade não existe atualmente. Por essa porta, armas e celulares entram nas celas. Trabalhando em ambiente de alta periculosidade, pelo qual recebem apenas dois salários mínimos mensais, muitos agentes prisionais se deixam facilmente corromper.

Meio ambiente prisional é deplorável e reflete a realidade do sistema. Atualmente, milhares de presos cumprem pena de forma subumana em celas superlotadas, apinhados uns sobre os outros. O sistema carcerário não se propõe a recuperar e reeducar os presos e prepará-los para retornar a sociedade e se tornarem produtivos para que não reincidam em práticas delituosas. Infelizmente, cada vez mais os presos reincidem. Os presos ficam na maior parte do tempo ociosos nos presídios. Eles só se movimentam na hora do futebol. Não há assistência

médica-odontológica, psicológica e nem por assistentes sociais junto aos familiares. O que a sociedade lucra com esse ambiente sem perspectiva ? Nada, apenas mais violência.

O custo por apenado é bem elevado nas nossas penitenciárias, em torno de R\$ 300,00 diariamente (em média) para manter um status degradante e angustiante no seio dessas instituições. Quem vai a uma penitenciária sente o clima degradante que reina em nossa alma e impregna em nosso ser. Muitos dizem que os indivíduos ali trancafiados não têm nenhuma chance de recuperação e que a pena de morte deveria ser aprovada e aplicada e com isso haveria uma reeducação do problema da superlotação carcerária. Realmente seria essa a solução? Poderia amenizar em médio prazo o problema da superlotação carcerária, reduzindo em cerca de 20% a 30%, mas teria que se dar aos acusados a mais ampla e irrestrita possibilidade de defesa e recursos até o último grau de jurisdição para diminuir as chances de erro judiciário.

A única coisa que o homem perde quando é condenado é a liberdade, mas nunca a dignidade como ser humano e seus direitos fundamentais. Esta a ideia que se pretende explicitar nessas linhas. Os direitos humanos devem ser respeitados em qualquer circunstância e é hipócrita quem entende que lutar por esses direitos equivale a defender bandidos, pois, todos honestos e criminosos têm direitos e obrigações. As condições de detenções e prisão no sistema carcerário brasileiro violam os direitos humanos, provocando situação de constantes rebeliões, onde em muitos casos os agentes do governo reagem com descaso, excessiva violência e descontrole ou de que presos são bandidos e devem sofrer no cumprimento de suas penas, é a mentalidade retrógada de que quanto pior for o castigo, melhor os resultados na recuperação e ressocialização do preso.

As prisões no mundo e principalmente no Brasil não proporcionam ao condenado preso a sua reeducação, são ambientes tensos, em péssimas condições humanas onde a superlotação é comum. Os direitos previstos na lei de execuções penais, na maioria dos estabelecimentos prisionais, não são aplicados. Há violência contra os condenados, praticados por aqueles que têm a incumbência de custodiá-los e também

por outros presos. O ambiente de unidade prisional   muito mais propício para o desenvolvimento de valores nocivos   sociedade do que no desenvolvimento de valores de conduta benéficas.

A Constitui o Federal e as leis brasileiras cont m prescri oes avançadas com rela o aos direitos e ao tratamento que deve ser oferecido aos presos e também no tocante ao cumprimento da pena. Na realidade   a reincidência na popula o carcerária de 85%, o que demonstra que as penitenciárias não estão desempenhando a fun o de reabilita o e ressocializa o dos detentos. Ressocializar significa tornar o ser humano capaz de viver em sociedade novamente, modificando a sua conduta, socialmente aceita e não nociva   sociedade como a maioria dos homens fazem.

Para ressocializar, o condenado deve possuir um mínimo de capacidade de condi oes de assimilar o processo de ressocializa o. No Estado Democrático, o termo reintegra o ou ressocializa o deve ser entendido como fim da pena privativa de liberdade na promo o de respeito aos Direitos Humanos dos presos ou   dignidade da pessoa humana encarcerada para efetivar uma verdadeira inser o social do apenado.

  imprescindível que o condenado, embora preso sob custódia do Estado, exerça uma parcela mínima, mas, fundamental de sua liberdade e de sua personalidade.   necessário que ao cercear a liberdade do preso, não lhe retire a sua qualidade humana. A falta de espaço, o amontoamento, a promiscuidade e a superpopula o na maioria dos estabelecimentos penitenciários e nas cadeias públicas são tamanhas que o espaço físico destinado a cada preso, em alguns locais,   menos de sessenta centímetros quadrados. Os presos são amontoados, depositados, aviltados, violados, sacrificados e alimentados. Este caldeirão de problemas gera rebeliões, justas diante da viola o dos direitos fundamentais, onde os direitos humanos são completamente desrespeitados pelo Estado, pois este tem a obriga o de fazer respeitar aqueles direitos.

O agente penitenciário é uma categoria especial de servidor público, tendo em vista que ele é o elemento principal na recuperação e na ressocialização do apenado. No desempenho de suas tarefas, os agentes penitenciários devem respeitar e proteger a dignidade humana, bem como manter e defender os direitos humanos de todas as pessoas. Mas eles muitas vezes tratam os presos de maneira desumana, cruel e prepotente, o que se traduz em torturas e corrupção. Isto se deve basicamente ao meio ambiente laboral errado, à falta de treinamento especializado desses funcionários no que diz respeito aos direitos humanos e ao tratamento do preso, além da escassez e má remuneração dos funcionários.

O sistema penitenciário brasileiro padece de falta crônica de um meio ambiente ideal para os agentes carcerários, existindo, segundo o último censo penitenciário, onze presos para cada funcionário, quando a recomendação da ONU é de que seja três presos por funcionário. O próprio Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária recomenda o número de cinco.

Promessas existem de melhoria no treinamento dos Agentes Penitenciários, recrutamento e melhoria das condições de trabalho, criação da Polícia Penal ou de uma Secretária de Assuntos Penitenciários, mas, quando será que este sonho se tornará uma realidade? Nos estabelecimentos prisionais do Brasil ocorrem em média, duas rebeliões e três fugas por dia, tendo como causas, além da superlotação carcerária, falta de assistência jurídica, médica e religiosa, demora na tramitação judicial dos pedidos e maus tratos, principalmente praticados pelos Agentes Penitenciários.

As Rebeliões no interior dos presídios tiveram, em muitas ocasiões, consequências trágicas, custando a vida de muitos presos e de Agentes Penitenciários. Sempre que as autoridades penitenciárias decidiram não negociar com os rebelados e esmagar as rebeliões com violência, ocorreram mortes de Agentes Penitenciários e detentos, ao passo que quando houve negociação, o número de vítimas fatais foi bem menor.

Num ambiente equilibrado e com qualidade, o uso de força por parte dos Agentes Penitenciários só deve ser aplicado em casos excepcionais, observando-se a estrita obediência aos critérios de que seja proporcional ao perigo e razoavelmente necessária, de acordo com as circunstâncias para a prevenção do delito e que seja proporcional à ameaça e ao risco. A negociação deve ser o instrumento idôneo, para o qual se deve treinar o pessoal e desenvolver técnicas apropriadas. O uso de armas de fogo é considerado uma medida extrema, devendo-se fazer todo o possível para se evitar a sua utilização. Como regra geral, não se deve usar armas de fogo a não ser no caso em que o preso ofereça resistência armada ou ponha em perigo a vida de outras pessoas e não seja possível dominá-lo ou detê-lo com aplicação de medidas menos extremas ou o uso de armas não letais.

## **CONCLUSÃO**

A prevenção geral e especial, que é o objetivo das penas privativas de liberdade, é o que separa os indivíduos perigosos da sociedade, tudo para protegê-la contra o crime e promover a readaptação social dos condenados. O preso condenado no Brasil é originário, na maioria das vezes, das classes menos favorecidas da sociedade. São pessoas que desde a tenra infância são pressionados e oprimidos pela sociedade civil, vivem nas favelas, nos morros, nas regiões mais pobres, em precárias condições de vida, em meio ao esgoto, à discriminação social, à completa ausência de informações de formação educacional escolar. Não há qualquer educação ambiental ou exemplo de dignidade que faça despertar alternativas distantes do crime.

Sem um background social de uma mínima formação educacional e social, o preso condenado, mesmo antes de se tornar um delinquente já ocupa uma posição inferior em relação ao pacto social e do contrato social. Seus familiares também tiveram a mesma sina e a sua será possivelmente pior, pois a crise social a cada dia é mais grave.

O regime penitenciário deve empregar os meios ambientais de máxima grandeza de valorização do ser humanos, sejam curativos, educativos, morais, espirituais e todas as formas de assistência que possa

dispor no intuito de reduzir o máximo possível as condições que enfraquecem o sentido de responsabilidade do recluso ou o respeito à dignidade de sua pessoa e a sua capacidade de readaptação social.

O Judiciário não está aparelhado e vê-se em dificuldades para resolver as excessivas demandas que abarrotam os Tribunais e, quando profere uma decisão, através de um Juiz, que é um ser humano com limitações como os demais, não pode se indagar sobre todas as questões atinentes à matéria ambiental prisional.

A sociedade contenta-se em encarcerar o autor da violência, como se este nunca mais fosse retornar, como se condená-lo a uma subvida, tal qual uma besta enjaulada, fosse nos livrar do seu potencial agressivo, que, entretanto, remanesce para aflorar em um novo momento quando livre, quando, então, poderá vingar-se da sociedade com violência. Submeter os presos a condições subumanas constitui violação à Constituição, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Manter os presos maltratados e desamparados impossibilita a sua readaptação e ressocialização.

Calamos sobre os direitos humanos, quando uma parcela considerável da população tem seus direitos humanos desprezados, dentro dos cárceres para os quais, nós os civilizados, os remetentes, sob o pretexto de conter a violência, de reprimir a criminalidade, invocamos estes mesmos direitos humanos, para levantar a voz contra a violência que sofremos. Inversão dos valores de direito ambiental e direitos humanos.

A defesa dos Direitos Humanos transformou-se em sinônimo de defesa do crime, pois diante da grave crise enfrentada por toda a população que sofre a violência estrutural, a defesa dos direitos dos infratores soa como ultraje. As penas privativas e restritivas de liberdade são cumpridas em estabelecimentos que, longe de preservarem a incolumidade física do apenado, o expõem a sevícias, ambientes infectos e promíscuos, violando os princípios constitucionais que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral.

Enxerguem a aberração daquele ambiente. A cadeia é monstruosa, a prisão é uma coisa infame, o ambiente é devastador da

personalidade humana e o criminoso não   são um criminoso, mas, antes de tudo, um ser humano que não apenas tem os seus direitos garantidos pela Constitui o, como também tem o direito natural de viver em sociedade, produzir e retomar sua posi o após ser punido.

A luta pelos Direitos Humanos   uma batalha amarga, mas de todos,   a bandeira que devemos empunhar para que o Brasil seja reconhecido não mais como o maior violador dos direitos humanos e sim como o campeão de respeito aos direitos fundamentais. Se até o lixo pode ser reciclado e transformado em arte ou utilidade, por que não fazer isso com o ser humano ?

O meio ambiente interno passa longe de ser ideal, não adianta jogar a culpa no detento, as prisões são lugares totalmente desestruturados e despreparados para reeducar um individuo considerado fora da lei. Faltam condi es mínimas de higiene, prote o, acompanhamento médico, escola, cursos preparatórios para que o detento saia da penitenciária, preparado para entrar no mercado de trabalho.

O ambiente externo também não colabora. Para que haja uma reforma considerável,   necessário que as autoridades tomem iniciativas positivas para que esse problema social seja resolvido o quanto antes. Não somente as autoridades, mas a sociedade em geral, pois o nível de preconceito com ex-detentos   absurdamente alto. Muitas vezes o ex-detento ao se ver sem oportunidade e desamparado pela sociedade, inclusive no próprio ambiente familiar, acaba voltando novamente   criminalidade, causando um ciclo vicioso desnecessário.

A Lei de Execu o Penal (LEP)   explicita quanto   obrigatoriedade dos presídios, penitenciárias e casas de deten o oportunizarem a seus detentos condi es de reeduca o, reinser o e ressocializa o. A referida lei na se o V da Assistência Educacional, no Artigo 17 determina que a assistência educacional compreender  a instru o escolar e a forma o profissional do preso e do internado. A importância da inser o no mercado do trabalho   fundamental nesse processo[7].

Para reintegrar os detentos na sociedade e facilitar a sua convivência com familiares, algumas penitenciárias oferecem aos internos e familiares programas de reeducação e acompanhamento jurídico e trabalho em suas próprias dependências. Verdadeiro curso de reeducação que desenvolve um trabalho psicossocial para os presos e seus familiares. É uma forma de reintegrá-los com a família para, posteriormente, serem aceitos pela sociedade com menos preconceito.

Se as autoridades cumprissem a lei das execuções penais rigorosamente, desde que se instaurou, não haveria tantos reincidentes, pois nos dias atuais, o preso, após o cumprimento da pena, sai da prisão mais revoltado devido ao tratamento desumano. Infelizmente, a realidade das penitenciárias brasileiras é vergonhosa, uma vez que se tornou-se um lugar de depósitos humanos, o que não resolve a criminalidade.

Certamente o problema não será resolvido 100%, pois esse é um problema que precisará de constantes reparos, porém, com a instauração de presídios que prestigiem valores ambientais, com funcionários que tenham um ambiente laboral de qualidade, que possam reeducar seres humanos, que criem projetos onde o preso possa estudar e praticar algum trabalho manual, artesanal, não ficando desta maneira ocioso, este é o ambiente prisional para a revolução de todo o sistema. Quando se é preso, perde-se o direito de liberdade, mas não de viver dignamente, como diz o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, pois se a maioria dos apenados cumpre a pena e volta a cometer delitos, não é possível que o problema esteja somente neles.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, José Eduardo. **As relações de poder no sistema prisional**. Revista da Associação de Pós-graduandos da PUC-SP. São Paulo. Ano VIII, n.º 18, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BOLSANELLO, Elio. Panorama dos processos de reabilitação de presos. **Revista Consulex**. Ano II, n. 20, p. 19-21, Ago. 1998.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei de Execuções Penais**. Lei nº 7.210, de 11 julho de 1984. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAETANO, Eduardo Paixão. **Consciência agrária e ecológica no enfrentamento das pessoas jurídicas criminosas e ambientalmente irresponsáveis**. Rio Grande-RS: Âmbito Jurídico, publicado em 23/07/2015.

**CAETANO, Eduardo Paixão.** Solidariedade: o vetor constitucional da educação ambiental de vanguarda. **Brasília: Conteúdo Jurídico, publicado em 07/10/2015.**

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **O Impacto da Globalização sobre o Direito Penal**. In Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, 2006. Disponível em <<http://www.pgj.ma.gov.br/Ampem/AMPEM1.asp>>. Acesso em 25 de jun. de 2016.

VELOSO, Roberto Carvalho. **A crise do sistema penitenciário**. JusNavigandi. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4088/a-crise-do-sistema-penitenciario>. Acesso em 19/04/2016.

#### NOTAS:

[1] GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. O Impacto da Globalização sobre o Direito Penal. In Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, 2006. Disponível em <<http://www.pgj.ma.gov.br/Ampem/AMPEM1.asp>>. Acesso em 25 de jun. de 2016.

[2] VELOSO, Roberto Carvalho. A crise do sistema penitenciário. JusNavigandi. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4088/a-crise-do-sistema-penitenciario>. Acesso em 19/04/2016.

[3] BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[4] **CAETANO, Eduardo Paixão**. Solidariedade: o vetor constitucional da educação ambiental de vanguarda. **Brasília: Conteúdo Jurídico, publicado em 07/10/2015**.

[5] GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. O Impacto da Globalização sobre o Direito Penal. In Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, 2006. Disponível em <<http://www.pgj.ma.gov.br/Ampem/AMPEM1.asp>>. Acesso em 25 de jun. de 2016.

[6] CAETANO, Eduardo Paixão. **Consciência agrária e ecológica no enfrentamento das pessoas jurídicas criminosas e ambientalmente irresponsáveis**. Rio Grande-RS: Âmbito Jurídico, publicado em 23/07/2015.

[7] BOLSANELLO, Elio. Panorama dos processos de reabilitação de presos. **Revista Consulex**. Ano II, n. 20, p.

## **DESTAQUES À PORTARIA Nº 1.274/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E SUA RELEVÂNCIA PARA A CONCREÇÃO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA**

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

**Resumo:** O presente está assentado em promover uma análise da Portaria nº 1.274/2016, editada pelo Ministério da Saúde, e sua proeminência na incorporação do Direito à Alimentação Adequada na estrutura orgânico-administrativa. Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

**Palavras-chaves:** Direitos Humanos. DHAA. Direito à Alimentação Adequada.

**Sumário:** 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 Ponderações à Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (Lei nº 11.346/2006): O Alargamento do rol dos Direitos Humanos no Território Brasileiro; 7 Destaques à Portaria nº 1.274/2016 do Ministério da Saúde e sua relevância para a Concreção do Direito à Alimentação Adequada.

---

### **1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica**

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade,

passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*<sup>[1]</sup>. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (*“Olho por olho, dente por dente”*), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

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

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”* [3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

## **2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna**

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”* [4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em

relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”*, como bem afiança Alexandre de Moraes[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”* [7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. *“É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à*

*sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida” [9].*

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “*Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos” [10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.*

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato[11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito[12], devido processo legal[13], acesso à Justiça[14], liberdade de locomoção[15] e livre entrada e saída do país[16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções

arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos

humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais[26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[27].

### **3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade**

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das

regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”* [35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

#### **4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade**

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria [36]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É

possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. *“Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados”* [37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana [38], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”* [39], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado [40], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho,

possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais[41].

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão *“são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal”* [42]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. *“Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos*

*econômicos e sociais*”[43], como bem evidencia Manoel Gonalves Ferreira Filho.

### **5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valorao dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade**

Conforme fora visto no t pico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evoluo, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio[44], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerao es ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado,   saudável qualidade de vida, ao progresso,   paz,   autodeterminao dos povos, a proteo e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. *“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira gerao tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente   proteo dos interesses de um indivíduo, de um grupo”*[45] ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira,   possível verificar que a construo dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a t pica fragmentao individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderao es vertidas, insta trazer   colao o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ao Direta de Inconstitucionalidade N . 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira gerao (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade

coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[46].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”*[47]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. *“Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”*[48]. A respeito do assunto, Motta e Barchet[49] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como *“soluções”* à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

## **6 Ponderações à Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (Lei nº 11.346/2006): O Alargamento do rol dos Direitos Humanos no Território Brasileiro**

Em uma primeira plana, a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006<sup>[50]</sup>, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências, foi responsável por, expressamente, alargar o rol de direitos humanos no território nacional, alçando, para tanto, o direito à alimentação adequada como direito fundamental, imprescindível ao desenvolvimento humano e à materialização do superprincípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o artigo 2º esclarece que a alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população. A adoção dessas políticas e ações deverá levar em conta as dimensões ambientais, culturais, econômicas, regionais e sociais. É dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade.

A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis. A segurança alimentar e nutricional abrange: I – a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio da produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, incluindo-se a água, bem como da geração de emprego e da redistribuição da renda; II – a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos; III

– a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade social; IV – a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população; V – a produção de conhecimento e o acesso à informação; e VI – a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País.

A consecução do direito humano à alimentação adequada e da segurança alimentar e nutricional requer o respeito à soberania, que confere aos países a primazia de suas decisões sobre a produção e o consumo de alimentos. O Estado brasileiro deve empenhar-se na promoção de cooperação técnica com países estrangeiros, contribuindo assim para a realização do direito humano à alimentação adequada no plano internacional. A consecução do direito humano à alimentação adequada e da segurança alimentar e nutricional da população far-se-á por meio do SISAN, integrado por um conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e pelas instituições privadas, com ou sem fins lucrativos, afetas à segurança alimentar e nutricional e que manifestem interesse em integrar o Sistema, respeitada a legislação aplicável. A participação no SISAN de que trata o artigo 7º[51] deverá obedecer aos princípios e diretrizes do Sistema e será definida a partir de critérios estabelecidos pelo Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – CONSEA e pela Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional, a ser criada em ato do Poder Executivo Federal. Os órgãos responsáveis pela definição dos critérios de que trata o § 1º do artigo 7º poderão estabelecer requisitos distintos e específicos para os setores público e privado.

Os órgãos e entidades públicos ou privados que integram o SISAN o farão em caráter interdependente, assegurada a autonomia dos seus processos decisórios. O dever do poder público não exclui a responsabilidade das entidades da sociedade civil integrantes do SISAN. O SISAN reger-se-á pelos seguintes princípios: I – universalidade e equidade

no acesso à alimentação adequada, sem qualquer espécie de discriminação; II – preservação da autonomia e respeito à dignidade das pessoas; III – participação social na formulação, execução, acompanhamento, monitoramento e controle das políticas e dos planos de segurança alimentar e nutricional em todas as esferas de governo; e IV – transparência dos programas, das ações e dos recursos públicos e privados e dos critérios para sua concessão. Ao lado disso, o SISAN tem como base as seguintes diretrizes: I – promoção da intersetorialidade das políticas, programas e ações governamentais e não-governamentais; II – descentralização das ações e articulação, em regime de colaboração, entre as esferas de governo; III – monitoramento da situação alimentar e nutricional, visando a subsidiar o ciclo de gestão das políticas para a área nas diferentes esferas de governo; IV – conjugação de medidas diretas e imediatas de garantia de acesso à alimentação adequada, com ações que ampliem a capacidade de subsistência autônoma da população; V – articulação entre orçamento e gestão; e VI – estímulo ao desenvolvimento de pesquisas e à capacitação de recursos humanos.

O SISAN tem por objetivos formular e implementar políticas e planos de segurança alimentar e nutricional, estimular a integração dos esforços entre governo e sociedade civil, bem como promover o acompanhamento, o monitoramento e a avaliação da segurança alimentar e nutricional do País. Integram o SISAN: I – a Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, instância responsável pela indicação ao CONSEA das diretrizes e prioridades da Política e do Plano Nacional de Segurança Alimentar, bem como pela avaliação do SISAN; II – o CONSEA, órgão de assessoramento imediato ao Presidente da República, responsável pelas seguintes atribuições: a) convocar a Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, com periodicidade não superior a 4 (quatro) anos, bem como definir seus parâmetros de composição, organização e funcionamento, por meio de regulamento próprio; b) propor ao Poder Executivo Federal, considerando as deliberações da Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, as diretrizes e prioridades da Política e do Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, incluindo-se requisitos orçamentários para sua consecução; c) articular, acompanhar e monitorar, em regime de colaboração com os demais integrantes do Sistema, a implementação e a

convergência de ações inerentes à Política e ao Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional; d) definir, em regime de colaboração com a Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional, os critérios e procedimentos de adesão ao SISAN; e) instituir mecanismos permanentes de articulação com órgãos e entidades congêneres de segurança alimentar e nutricional nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, com a finalidade de promover o diálogo e a convergência das ações que integram o SISAN; f) mobilizar e apoiar entidades da sociedade civil na discussão e na implementação de ações públicas de segurança alimentar e nutricional.

Integra, ainda, o SISAN: III – a Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional, integrada por Ministros de Estado e Secretários Especiais responsáveis pelas pastas afetas à consecução da segurança alimentar e nutricional, com as seguintes atribuições, dentre outras: a) elaborar, a partir das diretrizes emanadas do CONSEA, a Política e o Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, indicando diretrizes, metas, fontes de recursos e instrumentos de acompanhamento, monitoramento e avaliação de sua implementação; b) coordenar a execução da Política e do Plano; c) articular as políticas e planos de suas congêneres estaduais e do Distrito Federal; IV – os órgãos e entidades de segurança alimentar e nutricional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e V – as instituições privadas, com ou sem fins lucrativos, que manifestem interesse na adesão e que respeitem os critérios, princípios e diretrizes do SISAN. A Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional será precedida de conferências estaduais, distrital e municipais, que deverão ser convocadas e organizadas pelos órgãos e entidades congêneres nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, nas quais serão escolhidos os delegados à Conferência Nacional.

O CONSEA será composto a partir dos seguintes critérios: I – 1/3 (um terço) de representantes governamentais constituído pelos Ministros de Estado e Secretários Especiais responsáveis pelas pastas afetas à consecução da segurança alimentar e nutricional; II – 2/3 (dois terços) de representantes da sociedade civil escolhidos a partir de critérios de indicação aprovados na Conferência Nacional de Segurança Alimentar e

Nutricional; e III – observadores, incluindo-se representantes dos conselhos de âmbito federal afins, de organismos internacionais e do Ministério Público Federal. O CONSEA será presidido por um de seus integrantes, representante da sociedade civil, indicado pelo plenário do colegiado, na forma do regulamento, e designado pelo Presidente da República. A atuação dos conselheiros, efetivos e suplentes, no CONSEA, será considerada serviço de relevante interesse público e não remunerada.

### **7 Destaques à Portaria nº 1.274/2016 do Ministério da Saúde e sua relevância para a Concreção do Direito à Alimentação Adequada**

Em um primeiro comentário, em sede de Direito Humano à Alimentação Adequada, faz-se carecido salientar que a Portaria nº 1.274, de 07 de julho de 2016, que dispõe sobre as ações de Promoção da Alimentação Adequada e Saudável nos Ambientes de Trabalho, a serem adotadas como referência nas ações de promoção da saúde e qualidade de vida no trabalho no âmbito do Ministério da Saúde e entidades vinculadas, estabelece as ações de Promoção da Alimentação Adequada e Saudável nos Ambientes de Trabalho, a serem adotadas como referência nas ações de promoção da saúde e qualidade de vida no trabalho no âmbito do Ministério da Saúde e entidades vinculadas. Neste sentido, entende-se por alimentação adequada e saudável o direito humano básico que envolve a garantia ao acesso permanente e regular, de forma socialmente justa, a uma prática alimentar adequada aos aspectos biológicos e sociais do indivíduo e que devem: (i) estar em acordo com as necessidades alimentares especiais; (ii) ser referenciada pela cultura alimentar e pelas dimensões de gênero, raça e etnia; (iii) ser acessível do ponto de vista físico e financeiro; (iv) ser harmônica em quantidade e qualidade, atendendo aos princípios da variedade, equilíbrio, moderação e prazer; e (v) estar baseada em práticas produtivas adequadas e sustentáveis.

As ações de Promoção da Alimentação Adequada e Saudável nos Ambientes de Trabalho têm por objetivo contribuir para a promoção da saúde dos trabalhadores, bem como dos indivíduos participantes de eventos promovidos pelo órgão ou entidade, contribuindo para a redução

dos agravos relacionados às Doenças Crônicas Não Transmissíveis (DCNT) e dos seus fatores de risco modificáveis, especialmente sobrepeso e obesidade e alimentação inadequada. A Promoção da Alimentação Adequada e Saudável nos Ambientes de Trabalho tem como princípios: (i) promoção do direito humano à alimentação adequada; (ii) educação alimentar e nutricional como campo de conhecimento e de prática contínua e permanente, transdisciplinar, intersetorial e multiprofissional, que visa promover a prática autônoma e voluntária de hábitos alimentares saudáveis; (iii) fomento ao acesso e disponibilidade de alimentos de qualidade e em quantidade adequada, considerando a diversidade alimentar e os aspectos sociais e culturais dos trabalhadores; (iv) incentivo à adoção de práticas alimentares apropriadas aos seus aspectos biológicos e socioculturais, bem como ao uso sustentável do meio ambiente, valorizando o consumo e utilização de alimentos da região; (v) incentivo à aquisição e consumo de alimentos orgânicos e de base agroecológica; (vi) criação de ambiente favorável à realização de práticas alimentares adequadas e saudáveis; (vii) desenvolvimento de ações transversais e intersetoriais a serem realizadas de forma contínua e integrada; e (viii) alimentação adequada e saudável como critério para disponibilização, comercialização e oferta de refeições no âmbito do Ministério da Saúde e entidades vinculadas.

Para a realização da Promoção da Alimentação Adequada e Saudável nos Ambientes de Trabalho, serão desenvolvidas ações que incidam sobre a disponibilidade e comercialização de alimentos pelas empresas que venham a ser contratadas para fornecimento de refeições dentro das unidades do Ministério da Saúde e das entidades vinculadas, incluindo o estabelecimento de critérios para a contratação de serviços de alimentação que funcionem nas dependências das unidades do Ministério da Saúde e entidades vinculadas, bem como para a contratação de empresas para fornecimento de refeições em eventos realizados. No caso de concessão de uso das dependências institucionais para o funcionamento de restaurante ou lanchonete, os contratos para o fornecimento de serviços de alimentação observarão o disposto no art. 5º da portaria em comento, assim como as recomendações do Guia Alimentar para a População Brasileira e de outros instrumentos de

educação alimentar e nutricional, assegurando a qualidade das refeições fornecidas.

#### **Referências:**

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 21 jul. 2016.

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

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 21 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 21 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm)>. Acesso em 21 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº 1.274, de 07 de julho de 2016**. Dispõe sobre as ações de Promoção da Alimentação Adequada e Saudável nos Ambientes de Trabalho, a serem adotadas como referência nas ações de promoção da saúde e qualidade de vida no trabalho no âmbito do Ministério da Saúde e entidades vinculadas.. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 21 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 21 jul. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 21 jul. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos Humanos de 4ª Geração**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 21 jul. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jul. 2016.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 21 jul. 2016.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 21 jul. 2016.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 21 jul. 2016.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

## NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 21 jul. 2016.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 21 jul. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 21 jul. 2016.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 21 jul. 2016, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 21 jul. 2016.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 21 jul. 2016.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jul. 2016: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] *Ibid.* “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] *Ibid.* “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como

por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jul. 2016: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jul. 2016: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] *Ibid.* “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jul. 2016: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] *Ibid.*

[27] MORAES, 2003, p. 28.

[28] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jul. 2016: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jul. 2016: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[32] *Ibid.* “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[33] *Ibid.* “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[34] *Ibid.* “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, 2003, s.p.

[40] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[41] SANTOS, 2003, s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[43] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[44] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[45] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[46] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N°

2.895/98) - Legisla o Estadual que, pertinente a exposi es e a competi es entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N  9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito   preserva o de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira gera o (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Prote o constitucional da fauna (CF, Art. 225,   1 , VII) - Descaracteriza o da briga de galo como manifesta o cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - A o Direta procedente. Legisla o Estadual que autoriza a realiza o de exposi es e competi es entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. .  rgo Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 21 jul. 2016.

[47] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[48] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[49] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degrada o das liberdades ou a deteriora o dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes na es. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de solu es também globais. Tais “solu es” são os direitos de terceira gera o.[...]”

[50] BRASIL. **Lei n  11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano   alimenta o adequada e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm)>. Acesso em 21 jul. 2016.

[51] BRASIL. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm)>. Acesso em 21 jul. 2016.