



ISSN 2238-9741

# Águia Acadêmica

**Revista Científica  
do corpo discente  
da FENORD**

**V. 01, 2013**

2013.v.01. ISSN 2238-9741

**ÁGUA ACADÊMICA:  
REVISTA CIENTÍFICA  
DOS DISCENTES DA FENORD**

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO**

**Teófilo Otoni/MG**

Água Acadêmica: Revista Científica dos discentes da FENORD	Teófilo Otoni	v.01	p. 01-238	2013
--	---------------	------	-----------	------

## **Águia Acadêmica: Revista Científica dos Discentes da FENORD**

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

As opiniões emitidas em artigos são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

### **FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO**

Rua Teodolindo Pereira, 111

CEP 39800-151 Teófilo Otoni MG Brasil

Telefone: 33 3522 2745

aguia@fenord.com.br

Revisão Gramatical: Geraldo Barbosa do Nascimento

Cibele Maria Diniz Figueiredo Gazzinelli

Revisão metodológica: Maria José Pereira Cordeiro

Márcio Achtschin Santos

PEDE-SE PERMUTA  
PIDEJE CANJE  
MAN BITTET UM AUSTAUSCH  
WE ASK FOR EXCHANGE  
ON DEMAND L'ÉCHANG  
SI RIQUIERE LO SCAMBIO

Águia Acadêmica: Revista Científica dos discentes da FENORD/  
Fundação Educacional Nordeste Mineiro. v. 1 (2013- ). – Teófilo Otoni :  
FENORD, 2013.

Periodicidade: Anual

ISSN 2238-9741

1. Ciências Humanas 2. Ciências Sociais e Aplicadas 3. Direito 4.  
Administração I. Periódicos II. Fundação Educacional Nordeste  
Mineiro.

CDU 34:658

Elaboração: Maria José Pereira Cordeiro - CRB/6-1945

2013.v.01.ISSN 2238-9741

**ÁGUA ACADÊMICA:  
REVISTA CIENTÍFICA  
DOS DISCENTES DA FENORD**

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO**

**Teófilo Otoni/MG**

**Águia Acadêmica:  
Revista Científica  
dos Discentes da FENORD**

DIRETOR EXECUTIVO

Ronaldo Pereira Lins

COORDENADOR GERAL IESI/FENORD

Gustavo Alves de Castro Pires

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Msc. Alisson Silva Martins (FENORD)

Prof. Msc. Giuliano Fernandes (UNIFEMM)

Prof. Geraldo Barbosa do Nascimento (FENORD)

Prof. Gustavo Alves de Castro Pires (FENORD)

Prof. Msc. Hálisson Rodrigo Lopes (FENORD)

Prof. Msc. Márcio Achtschin Santos (FENORD)

Bibliotecária Maria José Pereira Cordeiro (FENORD)

Prof. Msc. Maria Thereza Nóbrega Pereira Teixeira (FENORD)

Prof. Dr. Mauro Augusto dos Santos (UFMG)

Prof. Dr. Rosângelo Rodrigues de Miranda (PUC-SP)

Profa. Dra. Sueli Siqueira (UFMG)

Prof. Msc. Weber Bezerra Novais (FENORD)

## EDITORIAL

A Fundação Educacional Nordeste Mineiro, depois de consolidada a produção da revista *Águia*, volta-se agora para a continuidade do processo de pesquisa abrindo espaço para artigos exclusivamente do corpo discente. A FENORD entende que só se é possível pensar em uma produção de qualidade se se pensar na produção do conhecimento.

Aprender pressupõe necessariamente o trabalho de investigação, sendo que um dos canais para que essa pesquisa possa ser reconhecida e se torne visível é a produção de artigos científicos. Portanto, a revista *Águia Acadêmica* dará suporte para as pesquisas realizadas pelos alunos, possibilitando o desenvolvimento de competências, habilidades e atitudes exigidas na formação do ensino superior.

Tendo como áreas de concentração as Ciências Humanas e Ciências Sociais Aplicadas, a proposta é fomentar e instrumentalizar as produções de artigos com plena independência dos textos, com interferências mínimas que se limitam apenas a adequações formais com o acompanhamento e concordância do autor.

Nesse primeiro número, a revista conta como colaboradores alunos-pesquisadores do Núcleo de Investigação Científica (NIC) acadêmicos e egressos da FENORD, abrindo espaço para uma diversidade de posicionamentos e divulgando o conhecimento de áreas distintas.

Finalmente, o que se espera é uma leitura proveitosa, concomitante às críticas que sejam pertinentes, para que se possa aprimorar de forma contínua este periódico.

Márcio Achtschin Santos  
Editor Chefe do Conselho Editorial

## SUMÁRIO

A IMPORTÂNCIA E INFLUÊNCIA DO COSTUME SOCIAL NA  
UNIÃO ESTÁVEL E NO CONCUBINATO.....8

*Adrielle Krul Maciel*

GESTÃO AMBIENTAL NO BRASIL: A INEXISTÊNCIA DE  
PARTICIPAÇÃO EFETIVA DOS ENTES FEDERADOS  
MUNICIPAIS .....29

*Beethoven Dutra de Menezes*

*Flávio Prates Bitencourt*

A PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA E SEM  
JUSTA CAUSA .....47

*Daniel Scapellato Pereira Rodrigues*

*Hessen Handeri de Lima*

OS DIREITOS SUCESSÓRIOS NA UNIÃO ESTÁVEL E OS  
DIREITOS SUCESSÓRIOS NO CASAMENTO FRENTE À  
IGUALDADE FAMILIAR DETERMINADA NA CF/88.....62

*Flávia de Matos Froede*

ASPECTOS PRÁTICOS DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO  
OBJETIVA.....94

*Junyelle Andrade Carmo*

*Gylliard Matos Fantecelle*

DA CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS ÉTNICO-RACIAIS  
NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: DESVIRTUAMENTO DO  
PRINCÍPIO DA ISONOMIA?.....115

*Lívia Ferreira*

LEGALIDADE E SOBERANIA DA GUERRA DO IRAQUE  
PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL .....142

*Nivaldo Teixeira de Aguiar Júnior*

O DIREITO AMBIENTAL E A SOBERANIA DA FLORESTA  
AMAZÔNICA NO CONTEXTO ATUAL .....166

*Nordelían Tomaz Tigre Duarte*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO: O DIREITO DE PEQUENOS  
GRUPOS EM FACE DO REQUISITO REPERCUSSÃO GERAL  
.....187

*Valéria Ramos de Souza*

A UNIÃO HOMOAFETIVA SOB A ÓTICA NORMATIVA .....216

*Viviane Rodrigues Pinheiro*



# **A IMPORTÂNCIA E INFLUÊNCIA DO COSTUME SOCIAL NA UNIÃO ESTÁVEL E NO CONCUBINATO**

Adrielle Krul Maciel<sup>1</sup>

## **RESUMO**

A pretensão deste artigo é mostrar que o Direito, especialmente no processo de criação de suas normas, sofre, na maioria das vezes, influências externas que vêm da própria sociedade. Centrando-se, especificamente, na interferência que o costume representa na regulamentação legal do concubinato e da união estável dispostos na Lei nº 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro de 2002). E, através disso, mostrar a grande relevância do costume dentro do mundo jurídico, afinal, o ordenamento jurídico tem a função essencial de manter a ordem na sociedade, portanto, nada mais lógico do que a sociedade influencie o sistema normativo. Do contrário, a própria legislação estaria comprometida, se tornando oposta aos interesses sociais.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Influência, Costume Social, Concubinato, União Estável.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do curso de Direito da FENORD e pesquisadora do NIC

## **ABSTRACT**

The intention of this article is to show that the law, especially in the process of establishing its standards, suffering, most often, external influences that come from society itself. Focusing specifically on the interference that is the custom in the legal regulation of concubinage and stable arranged in 10.406/2002 Law (Civil Code 2002). And, through it, to show the great importance of custom in the legal world, after all, the legal system has the essential function of maintaining order in society, so nothing more logical than society influence the regulatory system. Otherwise, the legislation itself would be compromised, becoming opposed to corporate interests.

## **KEYWORDS**

Influence, Social Custom, Concubinage, Steady Union.

## **1. INTRODUÇÃO**

A origem do costume não é algo que se possa apontar especificamente, surgindo antes mesmo do Direito. Seu início é indefinido, considerando-se que sempre esteve presente na sociedade.

E, devido sua relevância, mesmo após o surgimento do Direito, o costume manteve uma ligação íntima com este, permanecendo nas várias épocas, implicitamente, através das normas jurídicas.

O costume pode servir de base para a posterior regulamentação. Como prova, houve Códigos Civis que já entraram em vigor, expondo entendimentos da sociedade à época e foram modificados posteriormente, acompanhando as alterações dos anseios sociais.

Assim como o costume, o entendimento de família também despontou anteriormente ao Direito e à sua regulamentação nos códigos; demais disso, as mudanças sociais podem provocar a modificação dos conceitos jurídicos e, como não haveria de ser diferente, dos institutos jurídicos. É o que se percebe ao observar as práticas jurídicas e os momentos históricos sociais. Essas mudanças ocorreram devido às alterações nos costumes da nova geração da sociedade e a partir daí foi que o Direito, através da regulamentação exposta nos códigos, foi acompanhando o entendimento costumeiro do ideal de família trazido pela sociedade.

Por isso, o presente trabalho trata da importância e influência do costume na lei, procurando abordar a diferença entre concubinato e união estável, tendo em vista não só esclarecer as frequentes confusões que são feitas quanto ao conceito de ambos, mas também destacar o fato de estes representarem um notável exemplo de como os costumes sociais modificaram não só o sentido destes termos como a sua atual regulamentação.

O ponto central a ser tratado é que, seguindo-se a linha de pensamento de determinados doutrinadores e abordando o costume, não como fonte do Direito, mas ensejador da lei; na verdade, o

costume vem sendo preterido, não atingindo o digno tratamento que deveria ter diante do Direito.

## **2. CONCEITO DE COSTUME SOCIAL**

Para se compreender melhor o quão abrangente e significativa é a interferência do costume no Direito, é necessário que se saiba primeiramente o que se entende por costume. Conquanto se possa de antemão afirmar que essa palavra seja plurissignificativa, é indispensável fixar o sentido em que ela será empregada ao longo do texto.

A palavra “costume”, deriva do latim *consuetudo*, significando “tudo que se estabelece por força do uso e do hábito” (HADDAD, 2007). Indicado também através dos termos: “usos e costumes”, “direito costumeiro”, “direito consuetudinário” (FRANÇA, 1999, p. 133) e “costume social”.

Segundo Henri Lévy-Bruhl, tem-se dois costumes: um de sentido técnico, que é o costume jurídico visto como mera fonte do Direito, que serve para colmatar lacunas deixadas pela lei e o costume em seu sentido mais amplo, que também merece grande destaque, apesar de pouco estudado pela Ciência do Direito: “Existe, a meu ver, além do costume no sentido técnico (...) um costume muito mais difundido e muito mais eficiente, apesar de mais difícil de ser detectado” (LÉVY-BRUHL, 1997, p. 41). No texto, a palavra costume (ou a expressão costume social, como se verá à frente) será empregada neste último sentido, ou seja, a palavra será usada para se referir à: “(...) ação ao

mesmo tempo dissolvente e criadora que (...) modifica incessantemente as relações sociais” (LÉVY-BRUHL, 1997, p. 41)<sup>2</sup>.

Nesse particular, esclarecedora a lição de Lévy-Bruhl:

Não estaremos violentando a palavra *costume* se a empregarmos nessa acepção mais extensa. Nesse sentido amplo, o costume elabora surdamente o novo direito do mesmo modo que a vida latente opera nas espécies vegetais e animais. É a fonte vital das instituições jurídicas. Tem, pois, uma esfera de aplicação indefinida. Não é uma fonte de direito entre outras: não seria exagerado dizer que é a única fonte do direito (LÉVY-BRUHL, 1997, p. 41).

Edgar Bodenheimer, em mesmo sentido, conceitua costume como sendo: “hábitos de ação ou conduta geralmente observados por classes ou grupos de pessoas” (BODENHEIMER, 1966, p. 281). Segundo ele os costumes podem estar relacionados com o modo de se vestir, portar ou realizar determinados rituais formais (BODENHEIMER, 1966, p. 281). Além disso, aponta uma das principais características desses costumes que é a reação social, e não legal, diante da violação destes:

Não se empregam, pela sua inobservância, sanções que atinjam diretamente a liberdade, o patrimônio ou a condição civil do infrator, tais como prisões, multas ou

---

<sup>2</sup> De suma relevância para a compreensão do trabalho perceber que o presente artigo não faz referência ao costume jurídico, aquele que passa a ter força de lei diante do convencimento da sociedade de sua obrigatoriedade, ao contrário a palavra costume (ou a expressão costume social) é por nós empregada em sentido amplo, porquanto se funda no simples hábito social, não chegando a se tornar uma obrigação ao ver da sociedade, mas apenas algo útil que é seguido por esta devido sua conveniência.

perdas de direitos civis (BODENHEIMER, 1966, p. 281).

Contudo, não há somente essa espécie de costume, pode-se visualizar outras formas deste. No entanto, num sentido mais limitado, não tão amplo como o costume exposto e tratado neste artigo, o autor se refere, por exemplo, ao direito costumeiro que, segundo ele: “embora não autoritariamente promulgados por um órgão legislativo, nem reconhecidos em decisões judiciais, se transformaram em regras ou convenções a que se atribui caráter jurídico” (BODENHEIMER, 1966, p. 282). É o que entende também Windscheid: “Por direito consuetudinário, ensina Windscheid, se entende aquele que é usado de fato, sem que o Estado o haja estabelecido” (FRANÇA apud WINDSCHEID, 1999, p. 133). Estes costumes são mais delimitados, dizendo respeito a “deveres e obrigações específicas das pessoas” (BODENHEIMER, 1966, p. 281). Mas não se faz necessário neste momento aprofundar nessa espécie de costume, por não ser este o tipo de costume tema deste artigo.

Bodenheimer ressalta que a separação entre os costumes sociais e o direito costumeiro ocorreu com a evolução da ciência jurídica que não foi imediata, mas um processo duradouro:

(...) Em páginas anteriores, analisamos o critério a ser adotado para distinguir o direito do costume social. A conclusão a que chegamos foi a de que as linhas demarcatórias desses dois meios de controle social são imprecisas, movediças, podendo uma prática, que num período da história tenha sido considerado ilegítima, pela sua própria natureza ver-se em seguida elevada à

condição de norma legal (BODENHEIMER, 1966, p. 355).

O costume social indiretamente age como um produtor do direito, interferindo na criação das normas positivadas mesmo que para isso ele tenha antes que passar por um processo legislativo, o que por certo não significa que ele necessariamente irá se converter em lei.

Enfim, o costume não só tem papel indispensável na aplicação das leis, pois supre as lacunas deixadas pelo legislador ao criar as normas (costume jurídico), mas também enseja a criação de regras com relevância reconhecida pelo Direito (costume social) e é essa influência que o costume exerce para o surgimento das normas positivadas que será tratada à frente.

### **3. A RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE COSTUME E LEI**

A lei se apresenta de maneira formal; o costume, por sua vez, é caracterizado por sua informalidade. No entanto, apesar da distinção entre o costume e a lei, é evidente que existe um vínculo entre estes. Isso porque o costume provoca a elaboração das normas jurídicas. Não só diante da necessidade de regulamentar certa prática por se tornar hábito assíduo da sociedade, mas, também em determinadas situações em que as ações praticadas pela sociedade, contrariando as leis em vigor, induzem a se legislar no sentido de impedir que tais atos persistam. Segundo Costa:

(...) o costume é fato produtor a que se vincula o sistema de normas positivas da ordem jurídica. E no Direito brasileiro há o pressuposto de que o costume, como fato produtor, já se consolidou na lei que o legislador criou constitucionalmente, e serve de base para a produção e interpretação da lei (COSTA, 2000, p. 736).

A mencionada autora ainda defende que se o costume não representasse fator relevante no Direito e não tivesse, portanto, seu espaço, a própria ordem jurídica estaria estagnada. Afinal, o Direito vem desta dinâmica social e, sendo o costume desconsiderado, automaticamente, a modificação das normas jurídicas em conformidade com esta dinâmica estaria comprometida, pois ocorreriam injustiças aos “olhos” da sociedade (COSTA, 2000, p. 736).

Aliás, a idéia que mais está vinculada à importância da consideração do costume no momento da aplicação da norma e da percepção deste, ao se analisar se determinadas normas condizem com o que atualmente seja o entendimento da sociedade, é a de que só assim se alcançaria a justiça tão almejada pelo Direito. Neste caso, para que o Direito positivo tenha validade jurídica para cada indivíduo e seja considerado não só a justiça do Estado como a justiça da sociedade, é imprescindível que os costumes sejam reexaminados, visto que, estando em conformidade com o conceito da sociedade, as normas serão mais (provavelmente) seguidas (COSTA, 2000, p. 737). E o costume tem esse poder de fazer com que os indivíduos o sigam



sem necessidade de imposição de qualquer autoridade ou aplicação de qualquer sanção legal.

Ainda segundo Costa, o costume e a lei escrita têm uma forte relação: “exprimem a vontade social e política do Estado já que ambos estão incluídos na disciplina normativa da conduta humana e das relações da vida social” (COSTA, 2000, p. 740). E essa relação ainda é mais estreita para alguns autores, como Ribas: “o costume constitui um meio pelo qual o direito, latente na consciência nacional, se manifesta, num estágio anterior ao da lei e da jurisprudência” (FRANÇA *apud* RIBAS, 1999, p. 133) e José Roberto Marques que entende ser o costume, por vezes, a fase inicial, anterior à norma positivada, que lhe proporciona força jurídica, inclusive acompanhada de sanção. Afinal, não são raras às vezes em que uma lei é criada para regulamentar um costume já existente (MARQUES, 2005, p. 180).

Pode-se perceber, portanto, que é imprescindível que haja certo elo entre o costume e o Direito, pois assim as normas que regem a sociedade sempre acompanharão a realidade social. E o entendimento de justiça, tanto individual de cada componente da sociedade, quanto do Direito será atendido. Esse entendimento é similar ao de Benedito Hespanha que expõe as consequências da inobservância ao costume tanto pelo legislador quanto pelo aplicador do Direito: “(...) fica desatendido e deturpado o conteúdo de fundo de justiça objetiva que cada indivíduo busca em suas relações sociais” (COSTA *apud* HESPANHA, 2000, p. 737).

Um exemplo que é pontuado por muitos como adequação da lei aos costumes é o destacado por Alice de Souza Birchall que aponta que o reconhecimento legal da atual união estável só ocorreu com o advento da “revolução dos costumes” (aumento da utilização da união estável como forma de constituição de família) realizada pelos brasileiros (BIRCHALL). Com efeito, os modelos sociais plúrimos de família incitaram a modificação do modelo jurídico uno de família, constituída exclusivamente sob a forma do casamento. Atualmente a modelagem plural das famílias, altamente permeada pelas práticas sociais, vem no afeto o eixo nuclear da família, e não mais no casamento como outrora.

#### **4. O CONCUBINATO E A UNIÃO ESTÁVEL: UMA RELEITURA À LUZ DOS COSTUMES SOCIAIS**

É imprescindível pontuar que grande parte dos autores acreditam que a união estável é espécie do gênero concubinato, enquanto outros, como Nehemias Domingos de Melo, não a consideram assim, pois, na realidade, há certas distinções entre o concubinato e a união estável (MELO, 2005, p. 62).

O concubinato é uma expressão antiga que encontra sua origem no latim *concupinatus*, de *cum cubere*, “deitar-se com” (SANTOS, 2011). Segundo Farias e Rosenthal, de início, o concubinato era usado para denominar qualquer união entre homem e mulher que não haviam se casado, tanto por não poderem, quanto por não quererem

(por opção) se casar. Antes de se chegar ao conceito atual de concubinato, a doutrina o diferenciou, ainda, em duas categorias: o concubinato puro e o impuro. O primeiro dizia respeito às pessoas que poderiam, mas não se casavam por opção própria, e o segundo era composto por aquelas relações em que os sujeitos não poderiam se casar devido certos impedimentos, como é o exemplo dos “amantes”. No entanto, mais à frente, o concubinato puro terminou por ser considerado uma entidade familiar que hoje é conhecida como união estável, sendo submetida ao Direito das Famílias e protegida pelo Estado, segundo a Constituição Federal de 1988:

Art. 226, §3º da Constituição Federal – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

A respeito do exposto na atual Constituição considera Farias e Rosenvald:

Por isso, a união estável assume especial papel na sociedade contemporânea, pois possibilita compreender o caráter instrumental da família, permitindo que se efetive o ideal constitucional de que a família (seja ela qual for, casamentária ou não) tenha especial proteção do Estado (...)

Isto porque toda e qualquer entidade familiar, seja matrimonializada ou não, merece proteção, não se justificando tratamento desigual e discriminatório que, em última análise, implicará negar proteção à pessoa humana (...) (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 376).

Quanto à definição de união estável, expõe Azevedo: “é a convivência não adúlterina nem incestuosa, duradoura, pública e

contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato” (MELO apud AZEVEDO, 2005, p. 62).

Esse entendimento se estende à maioria dos autores como se observa ao verificar o ponto de vista de Farias e Rosenvald:

União estável foi a nova terminologia empregada para indicar as relações afetivas decorrentes da convivência entre homem e mulher, com o intuito de constituir família, mas despida das formalidades exigidas para o casamento (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 385).

Ou seja, segundo o ponto de vista do referido autor, as formalidades requeridas para um casamento não são necessárias para a configuração da união estável, até mesmo porque a união estável se caracteriza como sendo uma relação informal, mas ao mesmo tempo pública e duradoura, apesar de não atingir o mesmo patamar de publicidade de um casamento, pois, na maioria das vezes, não é registrada em cartório nenhum contrato de convivência. É o que se percebe ao observar o que o Código Civil de 2002 considera como união estável:

Art. 1.723 do Código Civil - É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Já o concubinato impuro, permaneceu com a denominação geral de concubinato como expressa o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves: “A expressão concubinato é hoje utilizada para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que infringem o dever de fidelidade (adulterino)” (GONÇALVES, 2008, p. 186 e 187). Sendo regulamentado pelo atual Código Civil de 2002 que expõe sua própria definição:

Art. 1727 – As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Nos termos do referido artigo, portanto, não seria possível que pessoas estando casadas constituíssem uma união estável, afinal, essa situação configuraria o concubinato. No entanto, o art. 1.723, § 1º do Código Civil de 2002 permite a hipótese de se considerar como união estável o relacionamento entre pessoas separadas de fato.

À medida que se observa o exposto na regulamentação legal da união estável, torna-se mais evidente a presença dos costumes sociais e que, mesmo o legislador, atualmente, ao criar a norma positivada, considera mais a realidade do que está ocorrendo com o indivíduo do que o “olhar” estritamente legal de sua situação. Afinal, como visto acima, a norma positivada relevou o estado civil juridicamente entendido para se ater à situação civil de fato. O que mostra que as mesmas normas, que antes eram vistas como rígidas, hoje aparecem mais flexíveis. Contudo, não partiu do Direito essa

flexibilidade e sim da própria sociedade que antes era mais rigorosa e tradicionalista e agora já não o é tanto assim.

Analisando o pensamento de Hespanha, anteriormente citado, nota-se que, de certa forma, o que o legislador atual tem tentado conseguir, através das normas editadas por ele, é fazer com que o ordenamento jurídico chegue a ponto de acompanhar, ao menos aproximadamente, os desenvolvimentos sociais. Apesar de ser evidente que as mudanças da sociedade não são integralmente similares às da norma jurídica, não se pode negar que ultimamente a tentativa de que se consiga tal intento tem sido mais frequente, especialmente no que se refere ao Direito das Famílias. Afinal, a família não se origina de um contrato formal, mas sim de uma união de fato, ou seja, das relações humanas que ocorrem na realidade social (SOUZA, 2002, p. 7).

O que mostra que essas constantes mudanças de conceitos pelas quais tem passado o Direito das Famílias estão mais ligadas aos costumes sociais do que à lei formal em si, pois é a sociedade que instiga tais mudanças. Esse mesmo ponto de vista de Hespanha é compartilhado ainda por Haddad:

A realidade é que o costume é o verdadeiro direito, pois é a primeira manifestação da ética de um povo, uma espécie de ética natural. O direito nada mais é, que a expressão genuína da consciência de uma sociedade e não um produto do legislador. O legislador não cria o direito, apenas o traduz em normas escritas existentes no espírito do povo (costume). Por este prisma, o direito deve ser o espelho do costume (HADDAD, 2007).

Ele ainda expõe exemplos que evidenciam sua afirmativa, dentre eles o que se apresenta como sendo um dos assuntos centrais deste artigo: a inserção da união estável na legislação legal, que adveio do crescente número de brasileiros que optaram pela união estável como maneira de formação de família. Os dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), segundo o Censo Demográfico de 2010, confirmam que desde 2000 (anteriormente ao atual Código Civil de 2002) até 2010 o número de uniões consensuais (união estável) aumentou consideravelmente, passando de 28,6% a 36,4% o total e redução de casamentos formais, especialmente civil e religioso, de 49,2% (em 2000) para 42,9% (em 2010) (CURVELLO). Para maior precisão pode-se apontar também que o IBGE de 2003 indicou 4% de aumento de uniões estáveis em comparação com casamentos de 1991 a 2002 (HESLOP), prazo em que o Código Civil de 2002 ainda não se encontrava em vigor, o que mostra que a união estável se encontrava presente na sociedade, antes mesmo da sua regulamentação legal.

A disposição legal encontrada no art. 1724 do Código Civil de 2002 estabelece que a relação entre os companheiros obedecerá à certos deveres. Contudo, não se inclui entre estes o dever de morar junto, afinal, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, não é necessário o convívio sob o mesmo teto para a caracterização do companheirismo (GONÇALVES, 2008, p. 189):

Súmula 382 do STF - A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

Essa visão adotada pelo STF destaca a interferência dos comportamentos e hábitos sociais (costume social) nos posicionamentos jurídicos. Afinal, tempos atrás, mal se podia falar em uma união sem haver antes um casamento formal que a selasse, pois tanto legalmente quanto socialmente, ou seja, tanto o Direito quanto à sociedade rejeitavam qualquer tipo de convivência entre homem e mulher que não tivesse vínculo matrimonial e a aversão era ainda maior, quando haviam relações em que um dos dois eram casados.

O Código Civil de 1916 explicitava à época o repúdio da sociedade diante de qualquer família que não fosse aquela considerada legítima (vinda do casamento): “Nesse sentido, o Código Civil de 1916 somente reconhecia o casamento como entidade familiar, sequer admitindo a existência de uniões extramatrimonializadas” (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 382). Eram consideradas solteiras até mesmo as pessoas que mantinham o que hoje se denomina de união estável, ou seja, aquelas que viviam juntas sem haverem se casado legalmente, diante do Direito, eram vistas como solteiras e, portanto, não tinham qualquer direito ou dever entre eles, mesmo havendo uma união de fato. Essa era mais uma demonstração da interferência da opinião social da época na lei, pois, naquele momento, dificilmente seria aceita pela sociedade uma lei que regulasse de maneira diversa esse pensamento (SIMÃO).

Finalmente, o entendimento social e jurídico aceito hoje é o de que o concubinato é uma relação “imoral” (que contraria a moral e os



bons costumes) e não aceita juridicamente, diferentemente da união estável que é amplamente utilizada entre os brasileiros, sendo, portanto, considerada como correta e reconhecida pelo Estado como entidade familiar.

## **5. CONCLUSÃO**

O costume, apesar de inicialmente esquecido pela legislação brasileira, sempre esteve presente. Afinal, por surgir antes mesmo do Direito e se tornar forma de expressão da própria vontade popular, é praticamente impossível não ocorrer, por vezes, sua interferência no âmbito jurídico.

Em cada época, esteve presente determinado costume e em cada uma delas o ordenamento jurídico teve o intuito de, ao menos aproximadamente, buscar alcançá-los, ainda que não integralmente. Do contrário, não havendo essa tentativa de se atualizar diante das mudanças do costume social, o Direito, ordenador da sociedade, estaria arriscando seu próprio ordenamento, bem como seu objetivo de manter a ordem social.

Devido a pouca importância dada ao costume, pode parecer que este não represente grande relevância no ordenamento jurídico ou que, mesmo presente, não é tão forte assim sua influência nas normas positivadas. No entanto, numa análise mais detalhada, observando-se a origem do entendimento que hoje se encontra exposto em lei, pode-se perceber que o costume está mais presente do que se imagina.

Além disso, um exemplo que vem sendo destacado a respeito da instigação social que provoca modificações legais é a denominação de concubinato que sofreu certas mudanças com o passar do tempo e a aparição de um novo termo: união estável, que causou uma reviravolta nos antigos entendimentos que envolviam tal matéria. Afinal, ao que se indica, houve certa influência dos costumes sociais nas referidas alterações que ocorreram na legislação, tanto no sentido do conceito destes termos, quanto ao tratamento jurídico dado a estes.

Mesmo nem sempre sendo tão visível essa interferência, é perceptível que várias normas foram criadas pelo legislador em razão do movimento da sociedade, de suas exigências, seus conceitos, seus hábitos e comportamentos (costume social). Especialmente a união estável que tem origem social e que, dentre outros motivos, se mostrou relevante para o ordenamento que a reconhecesse e regulamentasse, devido seu alto índice de utilização por parte da sociedade.

Ademais, pode-se depreender que o costume não pode ser visto apenas como função secundária para a lei, como recurso em casos em que haja lacunas desta. Afinal, é importante lembrar que o costume, por vezes, também é forte motivador na criação de normas positivadas por representar o próprio desejo da sociedade e este valor que tem o costume social não tem sido muito evidenciado.

## 6. REFERÊNCIAS

BIRCHAL, Alice de Souza. **Há prazo para constituição da união estável, diante da CR/88 e do CC/02?** Disponível em: <[http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2721&Itemid=83](http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2721&Itemid=83)>. Acesso em: 03 de abril de 2012.

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito:** filosofia e metodologia jurídicas. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BRASIL. Código (2002). Código Civil Brasileiro - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. In: ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL**. 8. ed., São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 382. In: ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL**. 8. ed., São Paulo: Rideel, 2010.

COSTA, Ana Letícia Abocater da. Direito e Costume. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 773, ano 89, p. 735-748, mar. 2000.

CURVELLO, André. Tempo de deslocamento de quem trabalha ou estuda é maior no RJ. **Jornal Hoje**, Rio de Janeiro, 27 de abril de 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2012/04/tempo-de-descolamento-de-quem-trabalha-ou-estuda-e-maior-no-rj.html>. Acesso em: 27 de abril de 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HADDAD, Emmanuel Gustavo. O costume como parâmetro da aplicação da justiça e da criação da lei. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1315, 6 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9468>>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2012.

HESLOP, Philip Ian. O Declínio da opção pela união estável como forma de composição familiar no Brasil: uma possível realidade nas próximas décadas. **Ibdfam**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=319>>. Acesso em: 27 de abril de 2012.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LUSTOSA, Oton. A lei, o costume, o Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2113>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2012.

MARQUES, José Roberto. Costume. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 22, p. 153-183, abril/junho 2005.

MELLO, Dirceu de. O costume no Direito Brasileiro. **Justitia**, São Paulo, v. 64, n. 197, p. 81-87, julho/dezembro 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25937>>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2012.

MELO, Nehemias Domingos de. União estável – conceito, alimentos e dissolução. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano IX, n. 196, p. 62-64, março 2005.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Doutrina – união estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. Disponível em: <<http://direitodefamiliares.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>>. Acesso em: 08 de maio de 2012.

SILVA, Edna Mara Ferreira da. **A lei, os usos e os costumes: Aspectos da justiça no Antigo Regime**. Disponível em: <[http://www.cerescaico.ufrn.br/mneme/anais/st\\_trab\\_pdf/pdf\\_4/edna\\_st4.pdf](http://www.cerescaico.ufrn.br/mneme/anais/st_trab_pdf/pdf_4/edna_st4.pdf)>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2012.

SIMÃO, José Fernando. **A sucessão legítima no novo Código Civil – Parte III**. Disponível em: <[http://www.professorsimao.com.br/artigos\\_simao\\_a\\_sucessao\\_legitima\\_03.htm](http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_sucessao_legitima_03.htm)>. Acesso em: 19 de março de 2012.

SOUZA, Ronaldo Gomes. **União estável e o Concubinato**. 2002. 41 f. Monografia (Curso de Direito) – Fundação Educacional Nordeste Mineiro, Teófilo Otoni, 2002.

VERÇOSA, Breno Gonçalves. As fontes do Direito Penal. **Revista Dom Total**, 09 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/27639/as-fontes-do-direito-penal>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2012.

# **GESTÃO AMBIENTAL NO BRASIL: A INEXISTÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO EFETIVA DOS ENTES FEDERADOS MUNICIPAIS**

Beethoven Dutra de Menezes<sup>1</sup>

Flávio Prates Bitencourt<sup>2</sup>

## **RESUMO**

A questão ambiental no Brasil começou a ser definida na década de oitenta com a inclusão na legislação pátria das políticas nacionais do meio ambiente e a estrutura em nível nacional dos órgãos de defesa do meio ambiente, a formatação de um arrojado Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA - abrangendo todas as três esferas do Poder Público e todos os níveis em que estão distribuídos os órgãos encarregados de promover a gestão setorial dos recursos naturais. Tal sistema serviu como exemplo para as Unidades da Federação para a criação de seus respectivos sistemas, sendo criado em Minas Gerais, a partir de meados da década de noventa, um Sistema Estadual de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentado, o SISEMA. Em nível municipal, foram regularizados a constituição dos Sistemas Municipais de Meio Ambiente, compostos de dois órgãos: os Conselhos Municipais de Meio Ambiente – CODEMA – e os órgãos técnicos administrativos municipais, quase sempre

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito e egresso da FENORD

<sup>2</sup> Especialista em Direito e Processo do trabalho e Direito Público e professor da FENORD.

reconhecidos ou existentes através de secretarias municipais de meio ambiente. Manteve-se inalterada participação dos entes federados na fiscalização e regularização dos empreendimentos ambientais nas suas respectivas jurisdições, não obstante a Lei Delegada 140 de 8 de dezembro de 2011, prever que qualquer ente federativo poderá delegar, mediante convênio, a execução das ações administrativas, como é o caso previsto entre o Estado e o Município. Porém, não é o que se constata na prática, pois devido à falta de obrigatoriedade e inércia dos Municípios em criar ou estruturar seus órgãos ambientais de acordo com o que pede a legislação, o Estado fica com a responsabilidade que seria do Município. Buscar-se-á neste estudo demonstrar a importância e a necessidade da atuação efetiva de todos os entes federados, mormente dos municípios devido às inúmeras particularidades regionais e locais nas questões ambientais brasileiras.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Meio Ambiente, Município, Conselho, Competências, Minas Gerais.

## **ABSTRACT**

The environmental issue in Brazil began to be set in the eighties with the inclusion in the legislation of national homeland of the environment and the structure of the national defense agencies of the environment, bold formatting a National System of Environment - SISNAMA - covering all three spheres of government and all levels that are distributed in the bodies responsible for promoting sectoral

management of natural resources. This system served as an example for the Federal States for the creation of their respective systems, being created in Minas Gerais, from the mid-nineties, a State System of Environment and Sustainable Development, the SISEMA. At the municipal level, were settled the constitution of the Municipal Systems Environment, composed of two bodies: the Municipal Councils Environment - CODEMA - technical and administrative municipal bodies, almost always recognized or through existing municipal environment. Remained unchanged participation of federal agencies in the supervision and regulation of environmental projects in their respective jurisdictions, notwithstanding the Delegated Law 140 of December 8, 2011, providing that any federal entity may delegate, by agreement, the implementation of administrative actions, as is the case provided between the State and the City. But it is not what we see in practice, because due to lack of obligation and inertia of Municipalities in creating or structuring their environmental agencies in accordance with legislation that calls for the state is the responsibility of the municipality that would be. Search will this study demonstrate the importance and necessity of activeness of all federal entities especially the municipalities owed the numerous regional and local environmental issues in Brazil.

## **KEYWORDS**

Environment. Municipality, Advice, Skills, Minas Gerais.



## 1. INTRODUÇÃO

A partir do século XX, a humanidade viu multiplicarem-se as cidades de forma nunca ocorrido anteriormente e, no Brasil, esse crescimento causou mudanças expressivas nas atividades humanas e complexos impactos ambientais sobre os locais onde as mesmas se instalaram. E face à necessidade de conscientizar e mobilizar os diversos atores da sociedade brasileira para adoção de novos padrões de produção e consumo, um amplo conjunto de esforços tem se realizado ao longo do tempo com o emprego de tecnologias limpas, a utilização racional dos recursos naturais, a redução da geração de resíduos e o incentivo à certificação da cadeia produtiva a partir da adoção de princípios e critérios socioambientais.

Assim, fizeram se necessários mecanismos que garantissem e protegessem o meio ambiente, pois a Constituição Federal de 1988 garante um meio ambiente ecologicamente equilibrado, já que se trata de um bem de uso comum do povo que deve ser preservado e mantido para as presentes e futuras gerações, além de estabelecer obrigações ao Estado e à Sociedade, e determinar as competências dos entes da federação, disciplinando a competência para legislar e para administrar.

Dessa forma, aos municípios coube não só assumir claramente sua parte, como também estabelecer cooperação e parcerias com a União e Estados no encaminhamento de ações voltadas ao fiel cumprimento dos preceitos constitucionais, posto que é o local

privilegiado para o tratamento dos problemas ambientais que afetam diretamente a qualidade de vida da comunidade. Devendo, pois, os municípios, estabelecerem dentro de suas competências, critérios, normas e padrões referentes à qualidade ambiental a ser exigida em seu território, adotando procedimentos necessários para sua avaliação e controle.

## **2. O SISTEMA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE**

Foi no ano de 1973 que o governo brasileiro criou a Secretaria Especial de Meio Ambiente – SEMA – e após oito anos dessa iniciativa é que foi promulgada a lei federal 6.938, de 31 de agosto de 1981, que teve por mérito não só estabelecer as Políticas Nacionais de Meio Ambiente, como também instituiu o Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, que, conforme Fraga (2003, p.11) “é um conjunto de órgãos e instituições da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios que são encarregados da proteção do meio ambiente”.

Trinta anos passados de sua concepção e instalação, o Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, formado pelo conjunto de órgãos e instituições dos diversos níveis do Poder Público, incumbidos da proteção do meio ambiente, verifica-se que ele está firmado como “o grande arcabouço institucional da gestão ambiental no Brasil”, como bem afirma Milaré (2009, p. 304).

Ferreira (2005, p.9) salienta que a função do SISNAMA é de “contribuir para a atuação coordenada de seus órgãos, permitindo a ampla participação da sociedade, dos governos e dos cidadãos na formulação de diretrizes e na execução da política nacional do meio ambiente”.

O SISNAMA é o promotor e difusor da Política Nacional do Meio Ambiente, calcada no artigo 2º da Lei 6.938/81 e por isso mesmo o responsável pela preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando, ainda, assegurar ao país as condições ao desenvolvimento sócio-econômico.

Ao estudar a estrutura do SISNAMA, verifica-se que todo o sistema repousa na base formada pelos chamados órgãos locais, constituídos pelos Conselhos Municipais de Meio Ambiente e Secretarias Municipais de Meio Ambiente.

### **3. O SISTEMA ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE**

Desde a sua concepção, o SISNAMA se desdobrou em todo o país em sistemas estaduais de meio ambiente, alguns mais, outros menos elaborados, mas sempre em cumprimento às atribuições e competências definidas pela Lei Federal Nº 6.938/81.

No Estado de Minas Gerais foi mantido o entendimento pioneiro do SISNAMA, através do conceito do Sistema Estadual de Meio Ambiente – SISEMA – que teve a sua gênese marcada através da constituição da Comissão de Política Ambiental, COPAM, em

abril de 1977, portanto, cerca de quatro anos antes da concepção do SISNAMA.

Este Sistema Estadual no ano de 1987 tornou a Comissão em Conselho Estadual de Política Ambiental – COPAM – tendo sido, naquele mesmo ano, criada a Fundação Estadual do Meio Ambiente – FEAM, que veio a suceder, conforme assegura Fraga (2003, p.12) a Superintendência do Meio Ambiente da Secretaria de Estado de Ciência e Tecnologia. Somente no ano de 1995, em 06 de setembro, através da publicação da Lei Estadual Nº 11.903, é que Minas Gerais passou a contar com uma Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentado - SEMAD.

O SISEMA, sistema então nascente, na segunda metade desta primeira década do século XXI, passa a cuidar do planejamento, execução, controle e avaliação de todas as ações ligadas à proteção e à defesa do meio ambiente no Estado de Minas Gerais. Nele, os órgãos ambientais Mineiros atuam em conjunto, sob a coordenação da SEMAD – Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável.

Com a reorganização do COPAM, o Sistema Estadual do Meio Ambiente foi também reestruturado, diferenciando-se as chamadas três agendas ou Instituições públicas específicas, através das cores azul (água - IGAM), verde (flora - IEF) e marrom (‘meio ambiente’ - FEAM), conforme a natureza ou área do bem ambiental tutelado, a exemplo da forma setORIZADA de como se conduziu a Conferência das

Nações Sobre o Meio Ambiente - Rio 92 - quando se propôs a Agenda 21.

#### **4. A ESTRUTURA DO SISTEMA MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE**

A Constituição Federal de 1988 promoveu definitivamente um pacto federativo colaborativo e a palavra de ordem era “descentralização” das competências e atribuições, bem como a aplicação do princípio da subsidiariedade, nesse sentido seria pensar o federal, articular o estadual e agir no municipal, assim poder-se-á chegar ao entendimento da grandeza e importância do papel a ser desempenhado pelos sistemas municipais de Meio Ambiente, base de todos os sistemas anteriores e verdadeira raiz da gestão ambiental no Brasil.

Primeiramente, é importante lembrar Machado (2009, p. 395), que “a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, (art. 1º da CF/88)”. O artigo 18, ‘caput’ da Carta Magna, afirma que: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios”.

Complementando tal raciocínio, Wahlendorf ressalta que:

O fundamento de toda ordem federal, 'comunitária', reside no reconhecimento de que a sobrevivência das partes constituintes de uma federação é, de alguma maneira, a razão de ser da ordem federal – de onde

decorre uma via de mão dupla: de um lado, para as partes integrantes, no seu próprio interesse, em virtude de um enlightened self-interest, de fazer aquilo que for indispensável para a Federação, para que ela possa cumprir seu papel; de outro lado, existe a obrigação para a própria Federação de velar para o bem daqueles que a compõem, porque do contrário, a legitimação da Federação cessaria de existir (WAHLENDORF *apud* MACHADO, 2010, p. 395).

Ainda segundo Machado, a Constituição Federal previu dois tipos de competência para legislar, com referência a cada um dos membros da Federação:

A União tem competência privativa e concorrente; os Estados e o Distrito Federal têm competência concorrente e suplementar; e os municípios tem competência para legislar sobre os assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual. Evidentemente que tal competência se estende à gestão do meio ambiente (MACHADO, 2010, p. 397).

Concluindo o seu raciocínio, o mestre arremata que ficou claramente visível a intenção do Constituinte em distribuir, indistintamente a competência entre os entes federados para "proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas" (art. 23, VI e VII) e de "preservar as florestas, a fauna e a flora" (art. 23, VI e VII).” Competindo a qualquer dos entes públicos aplicar a legislação ambiental, mesmo que a autoria desta não lhe pertença.

Antunes, trilhando a mesma linha de pensamento, complementa:

Na forma do artigo 23 da Lei Fundamental, os Municípios têm competência administrativa para defender o meio ambiente e combater a poluição. Contudo, os Municípios não estão arrolados entre as pessoas jurídicas de direito público interno encarregadas de legislar sobre o meio ambiente. No entanto, seria incorreto e insensato dizer que os Municípios não têm competência legislativa em matéria ambiental (ANTUNES, 2009, p. 89).

Os pareceres, doutrinas e interpretações coerentes com os posicionamentos acima são inúmeros e unânimes em apontar o município como o detentor da obrigação de cumprir e fazer cumprir o corolário legal de defesa do meio ambiente, a partir da Carta Magna. Mais ainda, tem ele, o município, a competência administrativa e a legislativa complementar, na esfera de suas atribuições, com o fito de proteger o seu meio ambiente.

Então, pode-se concluir previamente e sem maiores reflexões, que a gestão ambiental se faz muito mais importante e a partir da menor unidade administrativa, pois justamente ali o impacto das interações humanas, as chamadas intervenções antrópicas, ocorrem a todo o momento e se fazem sentir por toda a coletividade.

Em Minas Gerais, desde a década de noventa existe uma deliberação normativa do COPAM, onde estão listados os empreendimentos de acordo com o porte e pontencial poluidor/degradador que estão sujeitos ao licenciamento ambiental no âmbito estadual, hoje regulados pela deliberação normativa 74/2004. Assim, por exclusão, as atividades que não se encontram listadas para

o licenciamento estadual seriam da competência do município quanto ao seu licenciamento.

Fraga (2003, p.17) lista alguns exemplos de empreendimentos não sujeitos ao licenciamento pelo COPAM e, portanto, de fiscalização e licenciamento ambiental privativos do Município. Ressalva-se, porém, que tal delegação de competência só pode ser exercida quando da celebração de convênio de cooperação técnica entre os órgãos estaduais e o município, caso estes venham a ter técnicos habilitados em seus quadros de servidores.

A participação das organizações não-governamentais dentro do Sistema é também bastante importante, além de todos os outros instrumentos como o Plano Diretor ou a Lei de Diretrizes Urbanas, Código de Posturas Municipal, Código de Obras, Código Tributário e a Lei Orçamentária Municipal.

Para exercer o papel de fiscalizar e licenciar é necessário que o Município crie uma procuradoria especializada em matéria ambiental para orientar juridicamente a Administração pública no cumprimento de seus deveres específicos, bem como representá-lo, ativa e passivamente em juízo.

Acrescenta-se ainda que Município pode utilizar-se da ação civil pública, como autor, com o objetivo de buscar dos particulares e de outros Poderes Públicos o cumprimento das obrigações ambientais de fazer e não fazer, conforme a Lei 7.347/85.

Segundo Milaré (páginas 434 e 435), conforme entendimento do art. 6º da Resolução 237/1997, compete ao órgão ambiental



municipal o licenciamento de empreendimentos e atividades de impacto local (aquele que se circunscreve aos limites territoriais do Município) e daqueles que lhe forem delegados pelo Estado, por instrumento legal ou convênio.

Advirta-se, porém, que o município, para cumprir tal desiderato, deve ter constituído o Conselho de Defesa do Meio Ambiente, com caráter deliberativo e participação social e, ainda, possuir em seus quadros ou à sua disposição profissionais legalmente habilitados.

Os números divulgados pela Pesquisa de Informações municipais de 2008, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostram que é necessário fortalecer os órgãos municipais de meio ambiente, constatando-se que as cidades ainda ignoram a política ambiental, pois dos 5.564 municípios do Brasil, só 18,7% adotam uma gestão plena, com estrutura, conselho ativo e recursos específicos para o setor. Apenas 1/4 deles faz licenciamento ambiental local, sobrecarregando, via de conseqüência, os órgãos estaduais, que nem sempre têm condições de dar respostas qualificadas às demandas locais.

#### **4.1. SECRETARIA MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE**

O Município, através da lei própria, deve instituir também um órgão técnico-administrativo em sua estrutura para cuidar da área de

meio ambiente. Tal órgão, com o formato de Secretaria Municipal de Meio Ambiente ou de uma Sub-secretaria, ligada de forma compartilhada a uma outra secretaria, dentro da Administração Pública Municipal, deve atuar em conjunto com o conselho Municipal de Meio Ambiente e tem como função principal implementar a política municipal de meio ambiente. Esse órgão executa e fiscaliza o cumprimento do que foi determinado pelo Conselho.

Também é tarefa de um órgão técnico receber denúncias, fiscalizar empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, lavrar autos de fiscalização e de infração com base na legislação municipal, analisar documentos técnicos, elaborar relatórios e pareceres técnicos e encaminha-los para avaliação e julgamento pelo Conselho.

É por isso se enfatiza, em coro com os estudiosos predecessores na abordagem deste assunto, que cada Município, pela ação legítima do Poder Público local, deveria, em tese, preocupar-se em instituir o Sistema Municipal de Meio Ambiente, considerando como conjunto de estrutura organizacional, diretrizes normativas e operacionais, implementação de ações gerenciais, relações institucionais e interação com a comunidade.

O sistema deve estar respaldado por uma sólida base legal, que irá assegurar a necessária legitimidade, eficiência e participação dos municípios, para que as intervenções feitas sob sua jurisdição estejam adequadas à gestão ambiental.

## **4.2. CONSELHO MUNICIPAL DE MEIO AMBIENTE - CODEMA**

O COPAM, ciente da necessidade de participação do Município na efetiva implementação da política ambiental, lançou há quase 20 anos o PRODEMAM – Programa de Cooperação técnica com os Municípios para Defesa do Meio Ambiente, cujo principal objetivo era incentivar e apoiar os Municípios na criação e implementação do Conselho Municipal de Conservação e Defesa do Meio Ambiente – CODEMA. De lá para cá, foram criados mais de 200 Conselhos Municipais de Meio Ambiente e como herança do PRODEMAM vários desses conselhos denominam-se CODEMA.

O Conselho Municipal de Meio Ambiente tem especial importância na formulação e cumprimento da Política Municipal de Meio Ambiente. Sua criação tem se constituído numa ferramenta vital para a consolidação da política municipal ambiental.

O Conselho é um órgão colegiado autônomo, consultivo, deliberativo nas diretrizes políticas governamentais para o meio ambiente, que delibera no âmbito de sua competência normas e padrões relativos à temática. Ele é o órgão máximo do sistema municipal de meio ambiente e tem como tarefa receber denúncias, analisar recursos contra autos de infração com base na legislação municipal, propor medidas junto ao Ministério Público e Prefeitura, em caso de descumprimento de lei por parte de empreendedor ou responsável de atividade/empresa ligada à exploração de recursos naturais; analisar documentos técnicos; elaborar relatórios e pareceres técnicos e encaminhá-los para avaliação e julgamento do Conselho.

Para que venham a funcionar de forma adequada, deve-se atentar para que as instituições públicas responsáveis pelo cumprimento de suas decisões

estejam organizadas e em funcionamento – especialmente as que criam leis e as que fiscalizam as atividades com potencial de impacto ao meio ambiente.(FACIN, 2009).

## **5. CONCLUSÃO**

O legislador pátrio primou pela descentralização da gestão ambiental, tanto que a inseriu na estrutura criada pela lei 6.938/81. Contudo, esta ainda apresenta suas imperfeições não no tocante à funcionalidade do SISNAMA, mas na efetiva participação dos entes federados municipais na defesa do meio ambiente.

Informações levantadas na seção de planejamento operacional da 15ª Cia PM Ind MAT, ano referência 2011, dos vinte e três municípios integrantes da Mesorregião do Vale do Mucuri, apenas oito possuem CODEMA; destes apenas três possuem CODEMA e Secretaria Meio Ambiente. Portanto, apenas três municípios da Mesorregião do Vale do Mucuri possuem em sua estrutura Sistemas Municipais de Meio Ambiente.

Ressalta-se que, dos três municípios que têm Sistema Municipal de Meio Ambiente na Mesorregião do Vale do Mucuri, nenhum deles possui respaldo técnico em suas ações, pela ausência de técnicos em seus quadros, não havendo assim a devida anuência dos órgãos seccionais do SISNAMA, para a sua plena regularidade de funcionamento.

A Lei Complementar 140/2011 determina que para o ente federativo possa delegar, mediante convênio, a execução de ações

administrativas, é necessário que o destinatário da delegação disponha de ambos, CODEMA e Órgão Ambiental, ou seja, Secretaria Municipal de Meio ambiente.

Fica evidente, pois, desta forma que não há, na gestão ambiental brasileira, a participação efetiva dos entes federados municipais, quer seja por falta de informação, quer seja por desinteresse dos executivos municipais e até mesmo por falta de participação e cobrança por parte dos munícipes, para que seus municípios disponham de um Sistema Municipal de Meio Ambiente.

Apesar do Sistema Nacional de Meio Ambiente ter como alicerce os órgãos locais, não são eles, na sua maioria, que exercem essa competência local. E para que essa situação seja revertida sugere-se a discussão sobre a gestão ambiental nos municípios em palestras, seminários, fóruns e conferências para sensibilizar a comunidade da importância dessa estrutura municipal na defesa do meio ambiente.

## **6. REFERÊNCIAS**

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [http://www.planalto.gov.br/civil\\_3/Constituição/Constituição.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_3/Constituição/Constituição.htm).

BRASIL. **Lei nº Lei 6.938/81, 31 agos. 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e

aplicação, e dá outras providências. In: *Vade Mecum*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHIUVITE, Telma Bartolomeu Silva. **Direito ambiental**: resumo Jurídico. São Paulo: Ed. Barros & Fischer Associados, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE- CONAMA. Disponível em <http://www.mma.gov.br/port/conama/estr1.cfm>. Acesso em 09 Jun 2012.

FACIN, Márcio André. Conselhos Municipais de Meio ambiente: como vem agindo estes colegiados nos municípios de Pelotas e Rio Grande. **XVIII CIC. XI ENPOS. I Mostra Científica**. 2009. [www.ufpet.tche.br/cic/2009](http://www.ufpet.tche.br/cic/2009). Acesso em 23 de julho de 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental Brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRAGA, Maria do Carmo et al. **Iniciação ao desenvolvimento Sustentável**. Programa de apoio aos municípios. Belo Horizonte: FEAM, 2003.

LIMA, Maria Helena Palmer et al. **Divisão territorial brasileira**, Rio de Janeiro: IBGE/diretoria de geociências, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Malheiros.. 1996.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

MORAES, Gilson Alves et al. **A especialização do Policial Militar Empregado nas Unidades de Polícia Florestal e de Mananciais**: reflexos para a qualidade e otimização da operacionalidade. Belo Horizonte: APM-PMMG, 1997.

PHILIPPI Jr, et al. **Municípios e meio ambiente**: perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil. São Paulo: ANAMA, 1999.

REIS, Alexandre Magrineli dos. (org.) **Coletânea de legislação ambiental do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: SEMAD, 2005.

RIBEIRO, J.C.J. MARCATO, C. **Manual de gestão municipal em Minas Gerais**. Belo Horizonte: FEAM, 2002

RIBEIRO, Maurício Andrés et al. **Manual de saneamento e proteção ambiental para os municípios**. 2 ed. Belo Horizonte: FEAM, 1998.

Secretaria do Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – SEMAD. Disponível em <http://www.meioambiente.mg.gov.br/institucional>. Acesso em 09 Jun 2012.

# **A PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA E SEM JUSTA CAUSA**

Daniel Scapellato Pereira Rodrigues<sup>1</sup>

Hessen Handeri de Lima<sup>2</sup>

## **RESUMO**

Este artigo pretende identificar e solucionar o problema da despedida arbitrária, tomando por base os princípios constitucionais, bem como, a legislação infraconstitucional em vigor e a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), com foco na segurança e manutenção da relação empregatícia e justiça ao trabalhador.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Despedida arbitrária, Convenção n. 158 da OIT, Constituição Federal de 1988.

## **ABSTRACT**

This Article aims to identify and solve the issue of arbitrary dismissal, based on constitutional principles, the national laws and the International Labor Organization (ILO), focusing the occupational safety, work keeping and justice for the entire worker.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito e egresso da FENORD

<sup>2</sup> Especialista em Direito Público, professora da FENORD



## **KEYWORDS**

Arbitrary dismissal. The International Labor Organization (ILO).  
Brazilian Constitution (1988)

### **1. INTRODUÇÃO**

O trabalhador é inseguro, um refém do medo. *Disseram* em 1.988 que haveria algo que o protegesse da demissão arbitrária. Apesar de morto e esquecido, em 2.012 alguns ressuscitam o tema e perguntam: Existirá algum dia a proteção contra a despedida arbitrária de que trata o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1.988 (CF/88)?

Art. 7,I da Constituição Federal: “Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (BRASIL, 1988).

Inicialmente, faz-se necessária a conceituação de despedida arbitrária e sem justa causa para melhor entender o que a Constituição se dispôs a proteger.

Entende-se por despedida sem justa causa como ato de despedir o trabalhador de forma justificada, porém, esta ocasião motivadora não é suficiente para ensejar uma despedida por justa causa. Portanto, quando o empregador tiver para si um motivo socialmente justificável para extinguir o contrato de forma unilateral e, não estando esse

motivo constante do artigo 482 da CLT, a despedida será sem justa causa. Entretanto, se tal fato estiver descrito no art. 482 da CLT, a despedida será por justa causa. Resumindo, toda despedida motivada fora do art. 482 da CLT é sem justa causa.

Por arbitrário tem-se um ato sem fundamento, sem bases, algo interno e de íntima vontade. Legalmente o conceito de despedida arbitrária encontra-se no art. 165 *caput* da CLT ao dizer: “Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro” (BRASIL, 1943).

Portanto, conclui-se por arbitrária aquela despedida que não se basear em motivos disciplinares, técnicos, econômicos ou financeiros. É uma conceituação negativa, não sendo, portanto, possível extrair do texto legal sua total compreensão. A doutrina completa o conceito apresentado na CLT, dizendo que tal modalidade de rescisão é basicamente imotivada. Não há uma razão certa para justificar a dispensa, havendo, tão somente, a denúncia vazia do contrato.

## **2. A LIMITAÇÃO DA DESPEDIDA ARBITRÁRIA**

A limitação à Despedida Arbitrária não depende unicamente de lei complementar, a própria legislação brasileira já traz todos os mecanismos para implantação da tão sonhada proteção ao trabalhador, porém, tais mecanismos não têm sido aplicados de forma ampla como aqui defendida. Nas palavras de Maior:

A complementação necessária a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional. Mesmo que assim não fosse, é evidente que a inércia do legislador infraconstitucional (já contumaz no descumprimento do comando constitucional) não pode negar efeitos concretos a um preceito posto na Constituição para corroborar o princípio fundamental da República da proteção da dignidade humana (inciso III do artigo 1º), especialmente quando a dispensa de empregados se configure como abuso de direito, o que, facilmente, se vislumbra quando um empregado é dispensado, sem qualquer motivação, estando ele acometido de problemas de saúde provenientes de doenças profissionais, ou, simplesmente, quando a dispensa é utilizada para permitir a contratação de outro trabalhador, para exercer a mesma função com menor salário, ou vinculado a contratos precários ou a falsas cooperativas; ou seja, quando o pretenso direito potestativo de rescisão contratual se utiliza para simplesmente diminuir a condição social do trabalhador, ao contrário do que promete todo o aparato constitucional (MAIOR, 2004, p. 103).

Para ilustrar o registrado por Maior, mencione-se a pesquisa feita pelo Departamento Intersindical de Estudos Sócio-Econômicos nos anos de 2003 a 2009 para o Ministério do Trabalho e Emprego. Entre seus principais resultados, encontramos o seguinte: “a remuneração média das admissões é inferior à remuneração média dos desligamentos, com algumas variações setoriais”<sup>3</sup>. Como se pode ver, o próprio Ministério do Trabalho e Emprego já comprovou que despedidas para reposição de mão de obra mais barata é uma das principais causas de demissão no nosso país. Em sendo assim, pode-

---

<sup>3</sup> Em: <[http://www.mte.gov.br/institucional/rotatividade\\_mao\\_de\\_obra.pdf](http://www.mte.gov.br/institucional/rotatividade_mao_de_obra.pdf)>. Acesso em: 10 janeiro 2012.

se invocar o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana para barrar as despedidas arbitrárias sem esperar lei complementar para tanto.

A própria Constituição Federal ao prever como princípio Fundamental o da Dignidade da Pessoa Humana já traz consigo o direito não só ao trabalho digno, mas também o de lutar pela dignidade do seu trabalho sem ser despedido. Permitir a despedida arbitrária é permitir que o empregador faça “rodízio” de funcionários de baixa renda.

Dessa forma o empregado é movido pelo medo, o fantasma do desemprego fica sempre às portas, até mesmo o aumento de salário já é causa para ruptura do contrato de trabalho. A ideia é a seguinte: o trabalhador com medo é mais fácil de ser manipulado, a doutrina do medo é uma constante. Nas palavras de Viana (2007, p. 240), a estratégia é (...) “atemorizá-lo, ainda que silenciosamente, de preferência com o fantasma do desemprego” (...). “Na verdade, o empregador modula a própria lei, sincronizando-a com os seus interesses ou necessidades” (VIANA, 2007, p. 240).

Nesse ponto, encontram-se o abuso de direito e o excesso de poder nas mãos do empregador de forma que não há limites. Numa relação empregatícia, pode o empregador agir da forma que bem entender, desde que pague por isso. Será que não falta mais alguma coisa? O art. 1º, IV, da Constituição Federal de 1.988 fala dos valores sociais do trabalho, enquanto o inciso III nos fala da dignidade do homem. Faria algum sentido ser tratado dignamente em todos os

lugares, exceto o ambiente de trabalho? Pois parece que as leis, o legislativo e até mesmo o judiciário se esqueceram que os trabalhadores também são seres humanos e merecerem tratamento digno. Portanto, a ruptura imotivada do contrato de trabalho fere diretamente os direitos de personalidade e a dignidade do trabalhador, nas palavras de Maior:

Ora, logicamente, os direitos de personalidade são garantidos ao empregado na relação jurídica trabalhista e estes direitos se exercem em face do empregador, sendo agressões nítidas a esses direitos o trabalho em condições desumanas e, sobretudo, a cessação abrupta e imotivada da relação jurídica, na medida em que perde o meio de sua subsistência, sem sequer saber o motivo para tanto (MAIOR, 2004, p. 103).

Conclui-se, portanto, que a cessação imotivada da relação de emprego fere o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Há também no ordenamento jurídico pátrio o princípio da boa-fé que rege os negócios jurídicos, dele também se extrai a necessidade de agir de forma a não prejudicar a outra parte, caso a parte atue de forma a quebrar a boa-fé e causar dano, cabe-lhe a obrigação de reparar o dano causado através de indenização correspondente. Ainda, ao citar a professora Martins-Costa, Schnell destaca:

(...) por ser cláusula geral, aplica-se a todo e qualquer ato ou negócio jurídico, seja no âmbito das relações obrigacionais do direito comum, seja no contexto dos direitos reais, familiares ou sucessórios e, ainda, no direito comercial. Diz que o mencionado dispositivo

legal prevê três balizas ou critérios materiais que orientam as 'atuações humanas juridicamente relevantes' na ordem social, a saber: boa-fé, bons costumes e compatibilidade do direito a ser exercido com os fins econômicos e sociais (SCHNELL, 2010, p. 454).

Então, a boa-fé sendo cláusula geral aplica-se a todos os ramos do direito, não se prendendo tão somente ao Direito Civil, estende assim seus braços até ao Direito do Trabalho, garantindo a aplicação da boa-fé, bons costumes e os fins econômicos e sociais. Ainda, o parágrafo único do art. 8º da CLT diz: “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste” (BRASIL, 1943). Portanto, é plenamente aceitável no Direito do Trabalho a aplicação da boa-fé e do ato ilícito prevista no direito civil.

Ora, as indenizações fixadas quando da extinção do contrato de trabalho existentes no Direito Positivo do Trabalho atual não fazem distinção entre a despedida arbitrária e a sem justa causa. Em sendo assim, quando a despedida se der sem justa causa, que se mantenham as verbas já existentes, porém, quando a despedida se der de forma arbitrária, fará jus o trabalhador a uma nova indenização que será posteriormente tratada.

### **3. UMA NOVA REFLEXÃO SOBRE A DESPEDIDA ARBITRÁRIA E SEM JUSTA CAUSA**

Assim, como prevê o Código Civil de 2002 no seu art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002). Então, o contrato de trabalho tem função social, o trabalhador deve cumprir a função para qual seu contrato foi aceito no mundo jurídico e o empregador tem o dever de respeitar os limites legais. Caso haja excesso, ou seja, abuso de poder, nasce o direito à reparação do dano para o empregado. Quanto à abusividade, encontramos a seguinte decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região:

DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. DIREITO POSTESTATIVO. ABUSO DE DIREITO. O direito potestativo de rescindir o contrato de trabalho - que, na verdade existe para as duas partes - não deve ser compreendido como direito absoluto, que se exerça sem quaisquer limites. Com a nova ordem constitucional, o valor social do trabalho, os princípios da dignidade humana e da valorização do trabalho humano não permitem que, a pretexto de exercitar a liberdade de iniciativa, o empregador aja com abuso de direito. Não se trata de afirmar que o art. 7º, I da Carta de 88 tenha criado mais uma hipótese de estabilidade no emprego. A ruptura unilateral do contrato de trabalho é permitida, desde que se faça em moldes capazes de acomodar todas as normas e princípios constitucionalmente conformadores. Se não há motivo real e sério para a dispensa, conclui-se que ela ocorreu em abuso de direito. (...) (TRT-9ª Região, proc. n. 05154-2002-003-09-00-8 - Ac. 11.311/2004 - Rel.

Juíza Marlene T. Fuverki Suguimatsu. DJPR 11.6.04, p. 376)<sup>4</sup>.

O art. 186 do Código Civil de 2002 traz a previsão do ato ilícito, a saber: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Ao analisar o artigo supracitado, a doutrina extraiu o seguinte:

Conforme consagrado entendimento doutrinário, o ato ilícito pode ser decomposto em três elementos, a saber: i) a conduta dolosa ou culposa contrária à norma jurídica; ii) dano; e iii) nexo de causalidade entre a conduta e o dano (BARBOZA; MORAES; TEPEDINO, 2004 *apud* SOUZA; SOUZA, 2008, p. 7).

Portanto, o ato unilateral de denunciar o contrato de trabalho de forma imotivada não constitui outra manifestação de vontade se não o dolo. Há vontade expressa de denunciar imotivadamente, não há razão socialmente nem juridicamente aceitável para o ato da demissão. Analisando ainda o conceito de Barboza, Moraes e Tepedino, temos o dano que é facilmente presumido. O dano se caracteriza como a lesão ao bem jurídico, o que se percebe com facilidade, vez que o contrato de trabalho, tendo por fim social a inserção do trabalhador na vida em sociedade e prover o sustento seu e da sua família, o dano é iminente. Por fim, há o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. A conduta de despedir já está intimamente

---

<sup>4</sup> Em: <<http://www.nacionaldedireito.com.br/jurisprudencia/14370/direito-potestativo-do-empregador-dispensa-imotivada-empregado-que-n-o-se-encontra-apto-para-o-tra>>. Acesso em: 12 de janeiro de 2012.



ligada à cessação do vínculo empregatício, enquanto a extinção do contrato está diretamente interligada com o fim da manutenção do sustento básico do trabalhador, o que evidencia o dano.

Agora é necessário demonstrar o texto legal que o empregador violará caso venha despedir imotivadamente seu empregado. São muitos, transcreveremos apenas alguns:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; (BRASIL, 1988).

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988). (grifo nosso)

Por certo, terá o trabalhador a honra ferida ao ser dispensado sem sequer saber o motivo? Seria o trabalhador mero objeto ou ferramenta do empregador? Não há honra ou dignidade? Nesse sentido, o art. 187 do Código Civil de 2002 traz a seguinte redação: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo,

excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

Por certo, como já registrado no presente trabalho excederá os limites do contrato de trabalho, seu fim econômico e social, que é de sustentar o trabalhador e sua família, além de inseri-lo na sociedade rompendo assim os princípios da boa fé e dos bons costumes. Em outras palavras é o dever de não causar dano injustificado a alguém.

Portanto, ainda que a proteção contra despedida arbitrária não venha através da Convenção nº 158 da OIT, os institutos jurídicos atuais já são suficientes para proteger o trabalhador da despedida arbitrária, entendendo o conceito de boa-fé e sua aplicabilidade na Justiça do Trabalho. Assim, as multas e encargos trabalhistas existentes foram criados para a despedida motivada sem justa causa. Já a despedida imotivada, portanto arbitrária, teria ainda mais um fator agravante: a quebra da boa-fé e o dever de indenizar.

Apesar de a Convenção nº 158 e a doutrina enxergarem a reintegração como a forma de melhor entregar justiça ao caso concreto, é de fácil percepção que quase sempre nos casos de despedida imotivada a relação de emprego se torna impossível. O empregado saberá que só não perdeu seu emprego por causa da legislação porventura vigente, e o empregador já não terá a mesma confiança, nem o desejo de tê-lo em seu quadro de empregados. Surgirá assim uma estranha relação. Seria a criação de nova estabilidade provisória que proteja o trabalhador de baixa renda a saída? A resposta é não. Pois, por fim, ela se confundirá com o

instituto do aviso-prévio, por óbvio, pois assim que terminar a estabilidade provisória o trabalhador será novamente demitido. Haverá então nova estabilidade provisória para este? Não faz sentido, pois não há mais estabilidade adquirida ou prorrogação de estabilidade provisória.

Lado outro, se não existir a possibilidade de reintegração ou a criação de nova indenização que vise diferenciar a despedida arbitrária da sem justa causa, nada mudará. O empregador continuará exercendo e abusando do seu direito de despedir mesmo que imotivadamente. Quais procedimentos tomar então para se concluir pela reintegração ou pela indenização? Primeiro passo é analisar se a despedida foi arbitrária ou sem justa causa. Caso seja sem justa causa, (lembrando que o conceito de “sem justa causa” requer um motivo socialmente justificável que não gere justa causa), haverá tão somente o dever de indenizar, mas indenizar quanto? O que nossa legislação já determina, sem mais nem menos. Não havendo motivo, a dispensa será arbitrária. Havendo dispensa arbitrária haverá quebra da boa-fé, estará caracterizado o ato ilícito e o dever de reparar o dano ou o dever de reintegrar o trabalhador. Quando indenizar e quanto reintegrar?

Segundo passo é analisar se é o caso de reintegrar ou se é ocasião de se indenizar. Para a doutrina, a regra é reintegrar sempre que possível, enquanto de forma subsidiária vem a indenização por quebra da boa-fé e a utilização de ato ilícito. Acredito que pouquíssimos serão os casos possíveis da reintegração, não a vejo

como preferível assim como a doutrina, pois acredito que esta irá ferir o princípio da livre iniciativa.

Terceiro passo é dar efetividade à proteção contra despedida arbitrária, verifica-se a quebra de confiança e a circunstancia em que se deu a despedida. Caso não tenha havido quebra de confiança nem rejeição à pessoa do trabalhador, pode-se optar pela reintegração. Caso não optarem conjuntamente pela reintegração, será caso de indenização. Mas quanto indenizar? Sempre é necessário estabelecer um mínimo e um máximo para que o magistrado não incorra em estabelecer indenização irrisória ou excessiva. Seria possível estabelecer que a indenização deva ser algo em torno de um salário igual ao último por ano de trabalho em um máximo de dez salários.

Esse padrão aqui defendido variável de um a dez salários de indenização é tão somente para que o juiz não incorra em excesso ou em falta. A indenização é a melhor saída, uma vez que não fere o princípio do livre iniciativa do empregador e resguarda os direitos do empregado permitindo-lhe uma vida mais segura.

Foi esse o motivo pelo qual o legislador constituinte estabeleceu o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1.988, a fim de garantir dignidade ao trabalhador. Portanto, não precisamos de novas leis para proteger o trabalhador contra despedida arbitrária, já é possível com o que temos, basta aplicar!

#### 4. CONCLUSÃO

O direito ao trabalho digno é princípio fundamental do ser humano tem aplicabilidade imediata e não requer regulamentação para surtir um mínimo de efeito. Faz-se então registrar o repúdio ao Direito Potestativo de Despedir imotivadamente. O trabalho é um Direito Social e não uma ferramenta do empregador!

A ideologia aqui empregada é esta: para que o empregado goze dos seus direitos trabalhistas, é necessário que se mantenha a relação de emprego. O trabalho é necessidade vital do trabalhador, por meio dele é que o obreiro angaria recursos para sua sobrevivência e da sua família. A vida em sociedade requer trabalho em sociedade. Tão precioso quanto o direito à liberdade, à vida e ao meio ambiente equilibrado, é o direito ao trabalho e a necessidade da continuidade da relação de emprego. É grande a necessidade de acabar com o abuso e a exploração na relação empregatícia, onde hoje se tem por direito potestativo do empregador o de despedir o empregado de maneira desmotivada, a sociedade pede o fim do assédio moral por meio da aplicação urgente da proteção contra despedida Arbitrária e sem Justa Causa já prevista há mais de duas décadas na Constituição Federal.

#### 5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 10 de janeiro de 2012.

BRASIL. **Decreto n. 1.855, de 10 de abril de 1996.** Promulga a Convenção n. 158 sobre o Término da relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982. Disponível em: [http://www.feticom.com.br/conv\\_158\\_portugues,39492,7577893519.pdf](http://www.feticom.com.br/conv_158_portugues,39492,7577893519.pdf). Acesso em: 09 de janeiro de 2012.

BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1.943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 12 de janeiro de 2012.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 de janeiro de 2012.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Convenção n. 158 da OIT – dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável.** Jus Navigandi. Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5820/convenção-158-da-oit>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2012.

SCHNELL, Fernando. **Abuso de direito na despedida arbitrária** – a incidência do art. 187 do código civil na despedida arbitrária como forma de efetivação do direito à segurança no emprego previsto no inciso i do art. 7º da constituição Federal. Revista Ltr., São Paulo, v. 74, p. 454-463, abr. 2010.

SOUZA, Allan rocha de; SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio. **Os Direitos autorais, a cópia integral privada e a interpretação dos limites da proteção jurídica no Brasil.** Disponível em: <[HTTP://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/allan\\_rocha\\_de\\_souza.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/allan_rocha_de_souza.pdf)> Acesso em: 14 de janeiro de 2012.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo – alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo horizonte, v. 46, n.76, p. 236-246, jul./dez. 2007

# **OS DIREITOS SUCESSÓRIOS NA UNIÃO ESTÁVEL E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS NO CASAMENTO FRENTE À IGUALDADE FAMILIAR DETERMINADA NA CF/88**

Flávia de Matos Froede<sup>1</sup>

## **RESUMO**

O presente estudo tem como objetivo fazer uma análise dos dispositivos do Novo Código Civil sobre os direitos sucessórios dos companheiros. Para tanto, foi necessário fazer uma abordagem do assunto desde a sua origem até os dias atuais, a fim de demonstrar a disparidade entre o companheiro e o cônjuge nos direitos sucessórios.

## **PALAVRAS-CHAVE**

União Estável, Casamento, Direitos sucessórios, Desigualdade.

## **ABSTRACT**

This study aims to analyze the provisions of the New Civil Code on the inheritance of his companions. Therefore, it was necessary to approach the subject from its origins to the present day, to show the disparity between the companion and the spouse inheritance rights.

---

<sup>1</sup> Bacharela em Direito e egressa da FENORD

## **KEYWORDS**

Law Marriage, Marriage, Inheritance Rights, Inequality.

### **1. INTRODUÇÃO**

O reconhecimento pela legislação e a regulamentação da união estável é um fenômeno recente que acarretou diversas implicações nas relações sociais. É também uma das mais importantes alterações que já ocorreu no direito civil moderno.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a união estável foi reconhecida como entidade familiar, estendendo-lhe a proteção estatal. Antes da CF/88, só eram legalizadas as famílias constituídas através do matrimônio civil, e a união estável era conhecida como concubinato.

A partir de então, várias legislações surgiram com o objetivo de regulamentar o instituto familiar novo: união estável, principalmente na questão do direito sucessório.

A união estável é instituto de grande importância para a sociedade e a relevância de seu estudo para o Direito.

Ela tem o mesmo objetivo do casamento, que é a constituição de família, e se configura quando os companheiros têm comportamento semelhante ao das pessoas casadas. Esse é um fundamento que justifica a aplicação da repercussão de normas do casamento aos casos não previstos para a união estável.



Tanto a família formalmente constituída, como a que se constitui por simples fato, merecem a mesma proteção legal, conforme o princípio da equidade. No plano sucessório, cônjuge e companheiro devem ter igualdade de tratamento.

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise dos dispositivos do Novo Código Civil sobre os direitos sucessórios dos companheiros, apresentando as principais dificuldades na aplicação das regras disciplinadas na legislação brasileira. Além disso, visa buscar uma interpretação que garanta a proteção sucessória às uniões estáveis, e descrever a desigualdade existente entre o cônjuge e o companheiro na sucessão hereditária.

O que se pretende é responder o seguinte questionamento: no trato da matéria de sucessão do(a) companheiro(a) em relação ao cônjuge frente à Constituição Federal, é possível afirmar que há a aplicação do princípio da equidade?

O método de pesquisa utilizado para a realização deste trabalho foi o dedutivo, assim, partindo de uma abordagem geral visando explicar determinados pontos específicos, a fim de entender sobre a desigualdade existente entre o cônjuge e o companheiro nos direitos sucessórios.

## 2. DA UNIÃO ESTÁVEL

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 226, § 3º, dispõe sobre uma nova forma de constituir família. Equiparando a união estável como uma entidade familiar.

**Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Comentando este artigo, quanto ao requisito para constituir uma união estável, Tatiani Bianco entende que o artigo 226, em seu § 3º da Constituição Federal de 1988 estabelece que a união deve ser entre um homem e uma mulher (BIANCO, 2007).

Em 05 de Maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva. Assim, a diversidade de sexos que a CRFB/88 elencou não é mais um requisito essencial.

Seguindo a orientação de Nelson Rosenvald

a união entre homossexuais poderá estar acobertada pelas mesmas características de uma entidade heterossexual, fundada, basicamente, no afeto e na solidariedade. Sem dúvida, não é a diversidade de sexos que garantirá a caracterização de um modelo familiar, pois a afetividade poderá estar presente

mesmo nas relações homoafetivas (ROSENVALD, 2012, p. 520).

Além da norma constitucional, o reconhecimento do STF sobre a união homoafetiva possibilitará uma alteração também no Código Civil de 2002 e nas leis complementares que versam sobre a união estável.

## **2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

A união estável sofreu, ao longo dos anos, uma evolução, tanto jurisprudencial como legislativo. Os dois tratamentos colaboraram para que essa entidade familiar e suas consequências jurídicas fossem reconhecidas.

Silvio Venosa ensina que

Durante muito tempo nosso legislador viu no casamento a única forma de constituição de família, negando efeitos jurídicos à união livre, mais ou menos estável, traduzindo essa posição em nosso Código Civil do século passado (VENOSA, 2009, p. 36).

Esse posicionamento decorria de uma influencia da Igreja Católica, que era contra a toda união entre um homem e uma mulher, que não fosse o matrimônio.

Após a multiplicação das uniões e o legislador brasileiro ter ficado inerte com as transformações na sociedade, várias jurisprudências reconheceram os direitos dos companheiros (CARVALHO, 2009).

O conceito de família foi ampliado a partir do advento da Constituição Federal de 1988, a qual reconheceu a união estável como entidade familiar, “merecedora de proteção do Estado” (CARVALHO, 2009, p. 250).

Seguindo o entendimento de Carvalho, o art. 226, §3º da CF/88

não acrescentou novidade à doutrina e à jurisprudência em termos quantitativos, mas em termos qualitativos, provocou alteração na proteção ao concubinato puro, impedindo, doravante, qualquer lei que o reprima (CARVALHO, 2009, p. 250).

A partir de então, vários projetos foram criados com o objetivo de regulamentar essa união livre.

Em 1994, foi aprovada a Lei nº 8.971, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Segundo os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves foi a lei em questão

que definiu como ‘companheiros’ o homem e a mulher que mantenham união comprovada, na qualidade de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos, ou com prole (concubinato puro)”, além de ser “a primeira regulamentação da norma constitucional. (GONÇALVES, 2008, p. 543).

Esta lei exigia, além da diversidade de sexos, um período de convivência superior a 05 anos, ou que dele tenha prole em comum.

Já em 10 de maio de 1996, o art. 226, §3º precisou ser regulamentado com a Lei nº 9.278, trazendo

um novo conceito, direitos e deveres, regime legal e convencional de bens, relação com terceiros, alimentos,

direitos sucessórios, usufruto, vocação sucessória e conversão em casamento (CARVALHO, p. 250).

Com esse novo conceito, “os requisitos de natureza pessoal, tempo mínimo de convivência e existência de prole” (GONÇALVES, 2008, p. 543) foram omitidos, e o tempo mínimo de 05 anos de convivência passou a não ser exigido.

Acentua ainda, “que não era possível, no sistema da Lei n.9.278/96, a simultaneidade de casamento e união estável, ou de mais de união estável” (GONÇALVES, p. 543).

O Código Civil de 2002, falando a mesma linguagem da Constituição de 1988, insere um capítulo específico para tratar da união estável – Título III – Da União Estável (art. 1723 ao art. 1727), que foi regulamentada e reconhecida.

Venosa ensina que

modernamente, após a Constituição de 1988 e o Código de 2002, trata-se de companheirismo e companheiros os casais em união estável, sem impedimento para o matrimônio( VENOSA, 2009, p. 39).

Para Gonçalves (2008, p. 539), durante muito tempo, a união entre o homem e a mulher, sem casamento, era conhecida como concubinato. Nessa mesma linha de raciocínio, Gonçalves acentua que foi com a Constituição Federal, que “relação familiar nascida fora do casamento passou a denominar-se união estável, ganhando novo status dentro do nosso ordenamento jurídico” (GONÇALVES, 2008, p. 543).

Venosa leciona que “a união estável ou concubinato, por sua própria terminologia, não se confunde com a mera união de fato, relação fugaz e passageira” (VENOSA, 2009, p. 37).

Os relacionamentos estáveis entre pessoas livres, as quais não têm impedimentos e deveres matrimoniais, que tem por finalidade constituir família, são considerados como união estável ou concubinato puro.

O concubinato impuro é aquele

vínculo efetivo do casamento com outra pessoa ou várias relações concubinárias (...), incluindo, entre estes, os incestuosos e os demais impedidos de se casarem, posto que não pode ser convertido em casamento (CARVALHO, 2009, p. 252).

Maria Luiza Feitosa entende que:

No direito brasileiro, os termos que foram sendo sucessivamente utilizados para as situações que envolvam uniões de fato são: *concubinato* – união não legalizada de caráter contínuo, duradouro; *concubinagem* – ligações livres de cunho eventual e transitório; *união estável* – a CF/88 adotou essa expressão; *concubinos* – eram os integrantes do concubinato; *concubina e companheira* – a jurisprudência distinguia os termos no terreno da capacidade passiva para o testamento; no campo previdenciário *companheira* mereceu acolhida; lei 8.974/94 – optou pelos vocábulos *companheiro e companheira*. A Lei 9.278/96 usa o termo *conviventes* (FEITOSA).

Atualmente, “o concubinato não é mais sinônimo de união estável, mas se refere àquelas situações do passado, tratadas como concubinato impuro ou adúltero” (VENOSA, 2009, p. 39). Só se

usa a expressão “concubinato” para nomear as relações amorosas, onde não há o dever de fidelidade entre os casais.

## **2.2. REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL E SEUS EFEITOS JURÍDICOS**

Carlos Roberto Gonçalves leciona que “uma das características da união estável é a ausência de formalismo para a sua constituição” (GONÇALVES, 2008, p. 547). E continua afirmando que “vários são, portanto os requisitos ou pressupostos para a configuração da união estável, desdobrando-se em subjetivos e objetivos” (Op. cit. p. 547).

Como de ordem subjetiva, podem ser a convivência *more uxório* e a *affectio maritalis*. Esta diz respeito ao desejo de unir e formar família. Aquela “revela convivência denotadora da aparência de casamento, sem implicar, contudo, necessidade de união sob o mesmo teto” (FIUZA, 2001).

Como um dos requisitos objetivos, o art. 1723 do CC exige que “a união não pode permanecer em sigilo, em segredo, desconhecida no meio social” (GONÇALVES, 2008, p. 554). A publicidade é um requisito essencial.

A união estável tem que ter, ainda, uma convivência contínua e duradoura. Para Dimas de Carvalho, “as relações sexuais devem

perdurar no tempo, pois relações sexuais eventuais e precárias não ensejam o reconhecimento da união estável” (2009, p. 252).

Maria Helena Diniz explana que:

A Constituição Federal, ao conservar a família, fundada no casamento, reconhece como entidade familiar a união estável, a convivência pública, contínua e duradoura (...) vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convolação (DINIZ, 2008, p. 267-268)

É possível perceber que a união estável estará comprovada se preenchidos os requisitos acima explanados.

Na observação feita por Gama (2008, p.129), os efeitos produzidos por este instituto familiar são amplos. Alguns efeitos afetam apenas a relação pessoal do casal, e outros incidem na esfera patrimonial, gerando obrigações e deveres.

Nelson Rosenvald (2012, p.532) preleciona que os efeitos pessoais da união estável dizem respeito aos companheiros, nas relações entre si e para com a sociedade como um todo; são, ainda, aqueles existentes no espaço interno da relação familiar.

O art. 1724 do Código Civil estabelece que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

Gonçalves menciona que “não haveria a configuração do companheirismo na hipótese de prática desleal perpetrada por um dos



companheiros, (...), inexistindo a denominada *affectio maritalis* no caso específico” (GONÇALVES, 2008, p. 560).

No que tange ao dever de respeito, o companheiro não pode lesar os direitos da personalidade do outro. Nessa mesma linha de raciocínio, Gama entende que “a fidelidade está intimamente relacionada ao respeito, à consideração, à lealdade, que necessariamente existem no companheirismo” (2008, p. 131).

A assistência, a guarda, sustento e educação dos filhos, “inclui o auxílio mútuo (moral e material) em qualquer circunstância, especialmente nas situações difíceis” (GONÇALVES, 2008, p. 560), sustentando e educando os filhos para que adquiram formação cultural, escolar, e moral.

Os efeitos patrimoniais da união estável baseiam-se nas consequências econômicas e nos direitos que este instituto pode produzir para os companheiros, “e estes efeitos decorrem do fato de a união estável ser constitucionalmente prevista como uma das entidades familiares” (SILVA, 2006).

Daiana Santos Silva aponta que “a meação dos bens comuns adquiridos no decorrer da união estável, os alimentos, e a sucessão hereditária representam os efeitos patrimoniais da união estável” (SILVA, 2006).

“A meação consiste na divisão dos bens adquiridos pelos companheiros na vigência da união estável” (SILVA, 2006). O Código Civil elenca no artigo 1.725, que caso os companheiros não

tenham estipulado em contrato o regime de bens pretendido, o regime legal será a comunhão parcial de bens.

Durante a vigência da união estável, os bens adquiridos a título oneroso pertencem a ambos os companheiros. Na dissolução deste instituto, serão observadas as normas que regem o regime legal, partilhando, assim, os bens (GONÇALVES, 2008).

O direito do companheiro a alimentos é indispensável na vigência e na dissolução da união estável, estando disciplinado, no que se refere ao direito patrimonial, no direito de família.

O Código Civil, no seu artigo 1.624, dispõe que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Tecendo comentários sobre esse direito, Daiana Santos Silva explica que:

a prestação alimentar ocorrerá quando um dos companheiros depender econômico-financeiramente do outro. Portanto, é justo que o que possui melhores condições, arque com os alimentos do outro que provisoriamente não tem chances de obter seu sustento ainda. (SILVA, 2006)

O Código Civil de 1916 não trazia em seus artigos o direito do companheiro na sucessão hereditária. Com o advento do Novo diploma, o companheiro passou a ser reconhecido como herdeiro.

### 3. DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO

O Código Civil de 1916 foi omissivo na questão dos direitos sucessórios ao companheiro. Permitia apenas, “a nomeação da concubina como herdeira testamentária, contudo desde que o testador não fosse casado, conforme o inciso III do artigo 1.719” (ISMAEL, 2008).

Explana Ismael, que:

Diante dos avanços da sociedade, através da Súmula 35 o Supremo Tribunal Federal conferiu direito à indenização decorrente da morte do concubino em acidente de trabalho ou de transporte, contanto que não houvesse entre os concubinos impedimentos para o matrimônio. De outra sorte, ainda, foram consolidados os direitos previdenciários da companheira (Leis nº 4.297/93 e 6.194/74), permitindo que esta fosse a designada beneficiária do contribuinte falecido. (ISMAEL, 2008).

Com o aumento das uniões estáveis, a tarefa “de impedir as lesões, que se tornaram muito frequentes, como acontece nas relações jurídicas em que se deixa solta a liberdade, sem limitações, sem responsabilidade” (ISMAEL, 2008), recaiu à jurisprudência.

Pondera ainda Ismael que “diante do reconhecimento dos doutrinadores e dos Tribunais em relação ao concubinato, o Supremo Tribunal Federal viu-se motivado a editar a Súmula 380” (ISMAEL, 2008), a qual determina que é cabível a dissolução judicial da sociedade de fato entre os concubinos, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

O direito sucessório do companheiro só foi concedido e reconhecido a partir do advento da Lei nº 8.971/94, a qual exigia o preenchimento dos requisitos elencados no art. 1º da aludida lei, quais sejam: convivência duradoura no prazo mínimo de 05 anos ou que tivessem filhos comuns, e que os conviventes não tivessem nenhum impedimento matrimonial.

O art. 2º da lei em questão dispõe da seguinte maneira:

**Art. 2º** As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

**I** - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

**II** - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

**III** - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

A Lei em questão concedia ao companheiro sobrevivente o direito de usufruto vidual sobre parte do patrimônio deixado pelo outro por *causa mortis*, se atendidos os requisitos já citados.

De acordo com entendimento de Luiz Victor Monteiro Alves, muitas críticas recaíram sobre a Lei n. 8.971/94, fazendo com que uma nova legislação pudesse regulamentar o parágrafo 3º, do art. 226, da Magna Carta de 1988. Resultou, então, a Lei nº 9.278/96, a qual alterou a concepção da união estável e os seus requisitos para a sua

caracterização. Entende ainda, que “em matéria sucessória, a Lei nº 9.278/96<sup>2</sup> estabelece em favor do convivente sobrevivente o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, em caráter vitalício”, entretanto, para adquirir esse direito, “o beneficiado não poderia constituir nova união estável ou casamento” (ALVES, 2003).

Assim como a Lei n. 8.971/94, a nova lei não obteve sucesso, pois a mesma foi omissa em alguns momentos.

Dimas de Carvalho comenta que o NCCB:

Reconheceu direitos sucessórios ao companheiro, entretanto, não o incluiu no título II – Da Sucessão Legítima, especialmente no art. 1.829, ao apresentar a ordem de vocação hereditária, preferindo referir ao companheiro em dispositivo isolado, no art. 1.790, ao tratar das disposições gerais, o que, além de discriminar, não é de boa técnica (CARVALHO, 2009, p. 66).

Nessa linha, Carlos Roberto Gonçalves explica que, no art. 1.790, “não foi feita nenhuma referência ao direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente” (GONÇALVES, 2008, p. 170), e muito menos no que diz respeito “ao usufruto viual, pelo fato, neste caso, de concorrer na herança, como herdeiro, com os parentes do de cujus” (Op. cit).

Com efeito, dispõe o art. 1.790 do Código Civil:

---

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 8,278/96, 10 de maio.1996. Dispõe sobre o Estabelecimento da União Estável, e dá outras providências. In Vade Mecum. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

**Art. 1.790.** A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

**I** - se concorrer com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

**II** - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

**III** - se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança;

**IV** - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Sublinha Carlos Roberto Gonçalves que tal dispositivo,

restringe o direito do companheiro aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável; faz distinção entre a concorrência do companheiro com filhos comuns ou só do falecido; prevê o direito apenas à metade do que lhe couber aos que descenderem somente do autor da herança e estabelece um terço na concorrência com herdeiros de outras classes que não os descendentes do falecido; não beneficia o companheiro com quinhão mínimo na concorrência com os demais herdeiros nem o inclui no rol dos herdeiros necessários; concorre com um terço também com os colaterais e só é chamado a recolher a totalidade da herança na falta destes (GONÇALVES, 2008, p. 171)

Observa-se que o Código Civil de 2002 fez uma restrição aos direitos garantidos ao companheiro sobrevivente, além de colocá-lo em uma posição inferior ao cônjuge nos direitos sucessórios.

## 4 DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE

De acordo com os ensinamentos de Venosa (2009), não havia a sucessão do cônjuge no Direito Romano, uma vez que a transmissão dos bens do *de cuius* acontecia pela linha masculina.

Somente na última fase do Direito Romano é que a mulher passou a ter direito a suceder nos bens do marido, “estabelecendo-se uma possibilidade de usufruto, concorrendo com os filhos” (VENOSA, 2009, p. 126).

J. Oliveira, citando Caio Mário da Silva Pereira, conclui que “pelo Direito Romano existia sucessão do cônjuge, e já se cogitava de proteção à viúva, não sendo estranha a ideia da sucessão usufrutuária, a par da que se deferia em propriedade (ob. Cit., nº 446, p. 101)”.(OLIVEIRA, 2002, p. 187).

Inácio de Carvalho Neto nos ensina que “o Código Civil de 1916 tratou o cônjuge em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária (art. 1.603)” (CARVALHO NETO, 2004). Explica ainda que o código “consagrou aí já um avanço em relação ao direito anterior, que tratava o cônjuge em quarto lugar na ordem, após os colaterais, sendo que estes herdavam até o 10º grau” (Op. cit.).

O Código de 1916 dispôs que o cônjuge possui os direitos de usufruto e habitação apenas, não incluindo como herdeiro necessário.

Dimas de Carvalho entende que:

Na vigência do Código Civil de 1916, em face das alterações introduzidas nos parágrafos do art. 1.611 pela Lei n. 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada), era herdeiro único, na falta de descendentes e ascendentes; possuía direito de usufruto de um quarto da herança, se não era casado no regime de comunhão universal de bens, concorrendo com filhos só do falecido ou comuns, e da metade, se os herdeiros não fossem filhos (outros descendentes e ascendentes); possuía ainda direito real de habitação, se casado no regime de comunhão universal de bens, no imóvel destinado à residência do casal. (CARVALHO, 2009, p. 53)

Com o Novo Código Civil Brasileiro, o cônjuge foi incluído no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845, CC/02).

O Código Civil de 2002, de acordo com Dimas de Carvalho (2009, p. 53), “introduziu diversas inovações quanto ao cônjuge do direito sucessório”.

O cônjuge passou a ser “herdeiro necessário, herdeiro concorrente com descendentes e ascendentes, herdeiro único, conferindo-lhe ainda direito real de habitação, independentemente do regime de bens e de ser preferencialmente o inventariante” (CARVALHO, 2009, p. 54).

Assim, o art. 1.829 do CC/02 dispõe:

**Art. 1.829.** A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

**I** - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

**II** - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;



**III** - ao cônjuge sobrevivente;

**IV** - aos colaterais.

Segundo a conclusão de Inácio de Carvalho Neto “tal disposição substitui o usufruto vidual, e com grandes vantagens, pois agora o cônjuge tem não apenas o usufruto, mas direito à parte da herança” (CARVALHO, 2007, p. 125).

O atual Código trouxe inovações em favor do cônjuge, estabeleceu também uma exclusão do mesmo ao direito sucessório no art. 1.830, o qual dispõe que:

Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Deste modo, o direito sucessório do cônjuge se encerra se estiver separado de fato por mais de dois anos.

O Novo Código Civil Brasileiro manteve o direito real de habitação no art. 1.831, dispondo que independente do regime de bens, o cônjuge sobrevivente será assegurado o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, sem que haja prejuízo da participação que lhe caiba na herança.

Inácio de Carvalho Neto citando Aldemiro Rezende Dantas Júnior, assevera:

Só haverá direito real de habitação se houver ascendentes ou descendentes, pois, inexistindo tais

herdeiros, o cônjuge sobrevivente recolherá toda a herança, ou seja, será o proprietário, além dos outros bens que a compõem, do imóvel que servia de residência para o casal, e é evidente que não se pode falar em direito real de habitação sobre coisa própria, eis que tal direito, por definição, incide sobre coisa alheia. (ALDEMIRO *apud* CARVALHO NETO, 2007, p. 147).

Obviamente, esse direito só existirá enquanto o cônjuge viver, pois tal direito não é transmissível com a sua morte.

## **5 DIFERENÇA DE TRATAMENTO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE**

Com o advento do Código Civil de 2002, o direito das sucessões sofreu profundas mudanças. Tanto a sucessão do cônjuge como a do companheiro.

Inúmeras são as críticas em relação a essas alterações, principalmente no que diz respeito ao direito sucessório do companheiro.

Entende Inácio de Carvalho Neto que “a primeira crítica a se fazer ao novo Código é o tratamento distinto da matéria” (CARVALHO NETO, 2007, p. 182), pois há um tratamento diferenciado entre o cônjuge e o companheiro “em matéria sucessória, sobretudo porque a igualdade já tinha sido alcançada anteriormente” (Op. cit. p. 182).

Outra diferença de tratamento diz respeito ao local em que a matéria foi elencada. O Capítulo I (Disposições gerais) do Título I

(Da sucessão em geral), art. 1.790, se refere à ordem da vocação hereditária, além de ter afastado da sucessão do cônjuge.

Como muito bem aborda Inácio de Carvalho Neto, o novo Código não arrolou o companheiro como herdeiro necessário, “o que se trata de mais um grande defeito, tendo em vista não haver razão para a discriminação em relação ao cônjuge” (CARVALHO NETO, 2007, p. 194).

Neste sentido, Maria Helena Diniz corrobora que:

Há desigualdade de tratamento sucessório entre cônjuge e convivente sobrevivente, pois aquele é, em certos casos, herdeiro necessário privilegiado, podendo concorrer com descendente, se preencher certas condições, ou com ascendente do falecido. O convivente, não sendo herdeiro necessário, pode ser excluído da herança do outro, se ele dispuser isso em testamento (CC, art. 1.845, 1.846 e 1.857), pois só tem direito a meação quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. (DINIZ, 2009, p. 154).

Buscando esclarecer a disparidade existente na ordem vocacional, Denigelson da Rosa Ismael conclui que “o companheiro sobrevivente participará na sucessão do de cujus apenas no tocante aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” (2008). Explica ainda que os bens adquiridos de forma gratuita e antes do início da união estável não integram o patrimônio do casal, para fins de sucessão.

Os direitos sucessórios conferidos aos companheiros estão elencados no art. 1.790 do CC/02, o qual faz uma limitação na

sucessão dos bens adquiridos onerosamente durante a relação estável.

Assim dispõe:

**Art. 1.790.** A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

**I** - se concorrer com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

**II** - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

**III** - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

**IV** - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 174), a concorrência do companheiro com os filhos comuns (art. 1.790, I) será apenas naqueles bens adquiridos a título oneroso, durante a união estável. Deste modo, receberá a mesma quota que a do filho comum.

Nessa linha de raciocínio, Inácio de Carvalho Neto explica que “excluída a meação, será dividida em tantas partes quantos sejam os descendentes comuns, mais uma” (CARVALHO NETO, 2007, p. 187). Além disso, o renomado autor ressalta que “também não refere o dispositivo a possibilidade de ser outro o regime da união”.

O inciso II do mencionado artigo estipula que o companheiro terá direito a “metade do que couber ao descendente nos bens adquiridos onerosamente durante a união estável” (GONÇALVES,

2008, 174). Preconiza ainda, que “desse modo, a partilha se faz na proporção de dois para um, entregando-se ao companheiro sobrevivente uma parte da herança e, a cada um dos descendentes, o dobro do que a ele couber” (op. cit., 174).

Percebe-se que o legislador faz uma distinção entre os descendentes – os exclusivos e os comuns, havendo uma dificuldade “para o cálculo das quotas hereditárias quando houver filhos híbridos” (GONÇALVES, 2008, p. 174). Inácio de Carvalho Neto salienta que:

Ter-se-ia, neste caso, que conjugar as disposições dos inciso I e II do art. 1.790, ou seja, ao companheiro caberia quota equivalente à dos filhos comuns e que fosse, ao mesmo tempo, de metade do que coubesse aos filhos não comuns. Ocorre, entretanto, que eles são incompatíveis entre si, em vista da necessidade de igualdade de quinhões entre os filhos (CARVALHO NETO, 2007, p. 188).

O inciso III do artigo em apreço refere-se “à concorrência com ascendentes e os colaterais até o quarto grau (irmãos, sobrinhos, tios, primos, tios-avós e sobrinhos-netos do de cujus)” (GONÇALVES, 2008, p. 176).

Como bem observa Inácio de Carvalho Neto:

neste inciso, o companheiro é preterido inclusive pelos colaterais, o que é um grande absurdo”. Esclarece ainda, que “se o companheiro ou a companheira concorre só com pai ou só com mãe do de cujus ou com ascendentes de maior grau (avós, bisavós, etc.), recebe apenas um terço, enquanto, se casado fosse, receberia metade da herança (CARVALHO NETO, 2008, p. 176).

Dimas de Carvalho assevera que:

Com efeito, nos termos do art. 1.790, II, do Código Civil, caberá ao (à) companheiro (a), como herdeiro concorrente, a metade do quinhão; se concorrer exclusivamente com descendentes só do autor da herança; se concorrer com os descendentes do falecido e com os filhos comuns ou só com os filhos comuns, terá direito à mesma quota atribuída ao filho; se concorrer com descendentes do autor da herança e com descendentes comuns além do 1º grau (netos ou bisnetos), terá direito a um terço da herança (incs. I e III). (CARVALHO, 2009, p. 68).

O companheiro, “na ausência de descendentes, ascendentes e colaterais, será ‘herdeiro único’ e receberá todos os bens, sendo incluído, portanto, na última classe dos herdeiros (art. 1.790, IV, CC)” (CARVALHO, 2009, p. 69).

Outra questão que é discutível, “é a manutenção do direito real de habitação estabelecido para os companheiros no art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/1996 e não repetido pelo novo Código, embora tenham os cônjuges, semelhante direito (art. 1.831)” (CARVALHO NETO, 2007, p. 193).

Para Luiz Victor Monteiro Alves, o legislador, ao excluir o direito real de habitação, que está expresso no art. 1.831, quando se trata da sucessão do cônjuge, teve a intenção de tirar a vantagem que antes era conferida ao companheiro.

Preenchidos os requisitos do art. 1.831 do CC/02, o cônjuge sobrevivente tem direito real de habitação. Assim, como percebe lucidamente Venosa, citado por Carlos Roberto Gonçalves:

Parte da doutrina critica a disciplina da união estável no novo diploma, no tocante ao direito sucessório, sublinhando que, em vez de fazer as adaptações e concertos que a doutrina já propugnava, especialmente nos pontos em que o companheiro sobrevivente ficava numa situação mais vantajosa do que a viúva ou o viúvo, acabou colocando os partícipes de união estável na sucessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade, comparada com o novo *status* sucessório dos cônjuges. (VENOSA *apud* GONÇALVES, 2008. p. 171).

Portanto, é perfeitamente possível deslumbrar a distinção que o Código Civil de 2002 fez ao companheiro em relação ao cônjuge na matéria sucessória, não prevalecendo o Princípio da equidade estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Contudo, para suprimir estas distinções, Carvalho Neto (2007, p. 201) entende que o art. 1.790 do Novo Código seja revogado, igualando assim, o companheiro ao cônjuge, “já que nada justifica a diferença de tratamento”, acrescentando o companheiro como herdeiro necessário.

E ainda, caso não houvesse uma restrição quanto à sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, o convivente poderia ter os mesmos direitos do cônjuge. Além disso, que haja uma previsão do direito real de habitação para os companheiros no CC/02, podendo equiparar os direitos aos dos cônjuges.

## 6. CONCLUSÃO

O instituto Família vem sendo modificado ao longo dos anos. No Direito Canônico, o conceito de família era aquela formada pelo matrimônio religioso. Com o tempo, essa noção foi modificada. Passou a ser aquela relação constituída através do casamento civil, excluindo qualquer outra relação extraconjugal.

Com a Constituição Federal de 1988 e as Leis Especiais nº 8.971/94 e nº 9.278/96, a união estável foi reconhecida como entidade familiar e seus elementos constitutivos regulamentados para comprovação deste instituto. Após este reconhecimento feito pela CF/88, a união estável passou a ter proteção estatal.

O Código Civil de 1916 nada dispunha sobre a união estável. Com o advento do Novo Código Civil, a união estável sofreu profundas mudanças na linha sucessória.

Após a análise dos dispositivos do Novo Código Civil sobre os direitos sucessórios, ficou claro, ao final da pesquisa, que o Código Civil de 2002 tratou de forma diferente a união estável, não proporcionando a este instituto a total e ampla igualdade de direitos e deveres aos companheiros. Direitos e deveres estes, concedidos e exigidos aos cônjuges.

As dificuldades na aplicação das regras disciplinadas na legislação brasileira foram apresentadas, assim como a interpretação que garanta a proteção sucessória às uniões estáveis foram buscadas.



A desigualdade existente entre o cônjuge e o companheiro em matéria sucessória foi descrita e analisada.

Sobre este aspecto, fica clara a disposição dos artigos do Código Civil, o qual não elencou o companheiro como herdeiro necessário, podendo haver, deste modo, a sua exclusão na herança do outro.

Há, ainda, uma restrição quanto à sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, o convivente poderia ter os mesmos direitos do cônjuge. Além disso, a previsão do direito real de habitação para os companheiros no CC/02 poderá equiparar os direitos aos dos cônjuges, previsão esta, que não houve.

Assim, o código civil criou um grande número de problemas entre as famílias criadas pela união estável, não considerando as transformações sociais e suas mudanças. É visível a desfeita que o CC/02 fez ao companheiro, além da inobservância do princípio da igualdade firmada pela CF/88.

## **7. REFERENCIAS**

ALVES, Luiz Victor Monteiro. **A união estável e o direito sucessório face ao novo Código Civil brasileiro.** 12/2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5239/a-uniao-estavel-e-o-direito-sucessorio-face-ao-novo-codigo-civil-brasileiro>. Acesso em dia 22 de dezembro de 2011.

ANDRADE, Rita de Cássia. **União estável e a sucessão do companheiro sobrevivente à luz do novo Código Civil.** 2009. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&tema>. Acesso em 15 de Fevereiro de 2012.

BAUMANN, Marcos Vinícius. **Breves considerações acerca da União Estável.** Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2491/Uniao-Estavel>. Acesso em 14 de Março de 2012, às 16:18 h.

BIANCO, Tatiani. Os direitos sucessórios dos companheiros na união estável, à luz do Código Civil, em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Revista da ESMESC**, v. 14, n. 20, 2007.

BRASIL. **Código Civil.** Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 12 ed. São Paulo: RT, 2010.

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

BRASIL. Lei nº 8,278/96, 10 de maio.1996. Dispõe sobre o Estabelecimento da União Estável, e dá outras providências. In **Vade Mecum**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO NETO, Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. **Revista direito e sociedade**, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 1-16, jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.mp.pr.gov.br/ceaf/rev31at1.doc>>.

CARVALHO, Dimas Messias de. CARVALHO, Dimas Daniel de. **Direito das Sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009

\_\_\_\_\_. **Direito de Família:** direito civil. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **As implicações dos impedimentos matrimoniais na união estável.** Disponível em: <http://www.cavalcanti.adv.br/download.php?fed9819937bdf11d8d6227b32ac6230e>. Acesso em 28 de Março de 2012, às 10:25 hrs.

CRUZ, Carlos Henrique. **Primeiro casamento gay de Minas Gerais acontece hoje em Manhuaçu.** 21 de Março de 2012. Disponível em: <http://www.portalcaparao.com.br/lernoticia/9229/primeiro-casamento-gay-de-minas-gerais-acontece-hoje-em-manhuacu>

CRUZ, Rogério Dell'Isola Cancio da. **O companheiro como herdeiro legítimo no Código Civil de 2002.** Disponível em <http://www.iuspedia.com.br> 13 maio. 2008.

DIAS, Maria Berenice. **O Direito Sucessório na União Estável.** Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 21 de jul. de 2004. Disponível em: [http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1782/O\\_DIREITO\\_SUCESSO\\_RIO\\_NA\\_UNIAO\\_ESTAVEL](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1782/O_DIREITO_SUCESSO_RIO_NA_UNIAO_ESTAVEL) >. Acesso em: 22 de dez. de 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família.** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias.** 4 ed. Bahia: Jus Podivm, 2012.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Concubinato e união estável.** Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/545/concubinato-e-uniao-estavel>. Acesso em 13 de Março de 2012, às 09:33.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da Língua Portuguesa.** 4 ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FIÚZA, Ricardo. **O novo Código Civil e a união estável**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2721/o-novo-codigo-civil-e-a-uniao-estavel>. 2001. Acesso em 24 de Fevereiro de 2012, às 10:15h.

FREITAS, Ana Thereza Ceita de. **Efeitos pessoais do Casamento no novo código civil**. Publicado em 11 de Maio de 2007. Disponível em <http://www.webartigos.com/artigos/efeitos-pessoais-do-casamento-no-novo-c-oacute-digo-civil/1638/>. Acesso em 27 de Março de 2012, às 10:44 h.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6.

\_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 7.

ISMAEL, Denigelson da Rosa. **A Sucessão do companheiro sobrevivente**. 20/08/2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&tema>. Acesso em 15 de Fevereiro de 2012.

LEITE, Gisele. Considerações sobre a sucessão do cônjuge e da companheira. **Revista Jus Vigilantibus**, 1º de junho de 2006. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/21397/3>. Acesso em 22 de Dezembro de 2011.

MIGUEL, Frederico de Ávila. A sucessão do cônjuge sobrevivente no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1404, 6 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9848>>. Acesso em: 1 maio 2012.

MOTA, Luiz Gustavo Saboya de Castro. "O Supremo e a União Estável Homoafetiva", **Jornal Tribuna Livre**. Ed. 268 de 13 de julho de 2011. Teófilo Otoni – MG.

NETO, Inácio de Carvalho. **A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo código civil**. 2004. Disponível em [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18397/A\\_Sucesso%20do\\_Conjuge\\_e\\_do\\_Companheiro.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18397/A_Sucesso%20do_Conjuge_e_do_Companheiro.pdf?sequence=1). Acesso em 27 de Abril de 2012, às 14:00h.

\_\_\_\_\_. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **Efeitos jurídicos do matrimônio e o novo código civil**. Disponível Em: [Http://Www.Pesquisedireito.Com/Ejm\\_Ncc.Htm](Http://Www.Pesquisedireito.Com/Ejm_Ncc.Htm). Acesso em: 29 De Março De 2012, Às 10:50 h.

OLIVEIRA, Euclides de. **União estável**. 04/07/2002. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&tema>. Acesso em: 15 de Fevereiro de 2012.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Alimentos e sucessão no casamento e na união estável. Lei 9.278/96**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

\_\_\_\_\_. **Direito de família: lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

SANTOS, Fernanda Moreira dos. **União estável e direitos sucessórios à luz do direito civil-constitucional**. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8213/uniao-estavel-e-direitos-sucessorios-a-luz-do-direito-civil-constitucional/3> - Acesso em: dia 25/07/2011, às 10:13h.

SILVA, Daiana Santos. **Efeitos patrimoniais da união estável**. 2006. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1346>. Acessado em 21 de Março de 2012, às 14:55h.

SIMÕES, Rômulo Antonio Mendes. **O direito sucessório dos cônjuges e conviventes a luz do novo código civil brasileiro**. Disponível em: <http://www.ceap.br/tcc/TCC12022009103941.pdf>. Acesso em 30 de Abril de 2012, às 21:45 h.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 9 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: direito de família**. 9 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

ZUCCARINO, Sônia Maria de Mello. **Sucessão entre companheiros: inconstitucionalidade do art. 1.790, do CC**. 2007. Disponível em: <http://jurisfree.blogspot.com/2007/03/sucesso-entre-companheiros.html#!/2007/03/sucesso-entre-companheiros.html>

# ASPECTOS PRÁTICOS DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Junyelle Andrade Carmo<sup>1</sup>

Gylliard Matos Fantecelle<sup>2</sup>

## RESUMO

Define a Teoria da Imputação Objetiva e aborda a temática na perspectiva da prática forense. Esboça os principais critérios de atribuição e exclusão da causalidade trazidos pela teoria. Finalmente, traz exemplos e casos concretos onde as premissas da imputação objetiva podem ser aplicadas.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal. Tipicidade penal. Imputação objetiva. Responsabilidade penal. Aspectos práticos.

## ABSTRACT

Defines the Theory of Objective Imputation and addresses the issue from the perspective of forensic practice. Outlines the main award criteria and exclusion of causality brought by Objective Imputation Theory. Finally, it provides examples and cases where the assumptions of the imputation can be applied objectively.

---

<sup>1</sup> Bacharela em Direito e egressa da FENORD

<sup>2</sup> Mestre em Direito Eclesiástico pelo ITG/PE e professor da FENORD.

## **KEYWORDS**

Criminal Law. Typicality criminal. Imputation objective. Criminal liability. Practical aspects.

### **1. INTRODUÇÃO**

Atualmente existe uma dificuldade muito grande em definir o que seria “Teoria da Imputação Objetiva”, assim como seus aspectos práticos para a responsabilidade criminal.

Mais importante do que conhecer a teoria e seus postulados, é saber como esta pode influenciar no “dia-a-dia” das Ciências Criminais, em especial no Direito Penal.

É saber, do ponto de vista prático, como a imputação objetiva e seus postulados vinculam (ou não) a conduta do agente infrator com o resultado jurídico verificado, influenciando assim na tipicidade penal, bem como na própria existência do injusto criminal.

O singelo trabalho não tem o escopo de esgotar o tema, mas apenas de lançar luzes para uma caminhada mais profunda e segura sobre os “Aspectos Práticos da Teoria da Imputação Objetiva”. Longe de esgotar o assunto, queremos fomentar a discussão.



## **1. CONCEITO DE CRIME**

Tudo começa pela análise do conceito de “Crime”. Nossa legislação não apresenta um conceito fechado ou definido, incumbindo à doutrina especializada esta tarefa.

Apenas para fins didáticos, mesmo porque nosso foco não é o conceito analítico dominante, vamos adotar o entendimento de crime como “sendo todo fato típico (tipicidade), antijurídico(ilicitude) e culpável (culpabilidade)” (GRECO, 2008, p. 140).

A “tipicidade”, por seu turno, será importante na compreensão da Teoria da Imputação Objetiva.

## **3 ELEMENTOS DA TIPICIDADE**

### **3.1. CONCEITO DE TIPICIDADE**

Destarte, podemos elencar que “tipicidade” constitui elemento essencial do injusto penal. Lembrando que tipicidade não se confunde com fato típico. Tipicidade é análise de adequação da conduta através do preenchimento de determinados “elementos”. Fato típico, por outro lado, é aquele cuja caracterização se faz através do preenchimento dos “elementos” de tipicidade.

Nesta perspectiva, ensina Luiz Flávio Gomes que a tipicidade na vertente funcionalista, caracteriza-se por alguns “elementos” marcantes, dentre eles, “a conduta (comissiva ou omissiva; dolosa ou culposa), o resultado, o nexo causal entre a conduta e o resultado, e a

tipicidade penal propriamente dita (formal e conglobante)” (GOMES, 2011, p. 55).

O assunto tratado neste artigo, está diretamente relacionado ao “nexo causal” enquanto elemento da tipicidade.

### **3.2. DO NEXO CAUSAL NA TIPICIDADE**

Por isso, torna-se importante saber o seu significado no contexto jurídico. Segundo a doutrina penal, uma ação ou omissão estão ligados ao resultado por um vínculo denominado “nexo de causalidade”, tal conexão é essencial para que seja caracterizado o delito (GRECO, 2008, p. 140). Encontramos no art. 13 do CPB essa noção:

Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Segundo o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci, nexo causal é portanto “o vínculo entre a conduta do agente e o resultado por ele gerado, com relevância suficiente para formar o fato típico” (NUCCI, 2011, p. 211).

Há diversas teorias explicativas da relação de causalidade entre a conduta e o resultado. Neste singular aspecto, podemos dizer que a Teoria da Imputação Objetiva visa na verdade implementar as teorias já existentes sobre o nexo de causalidade.

Vejamos as teorias tradicionais.

### **3.3. TEORIAS SOBRE NEXO CAUSAL**

#### **3.3.1. TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES**

A primeira delas seria a “Teoria da equivalência das condições” adotada pelo nosso código, que define causa como tudo aquilo que contribui para o resultado (GRECO, 2008, p. 140). Tem fulcro na segunda parte do art. 13 do Código Penal Brasileiro.

A jurisprudência e a doutrina majoritária utilizam-se dela para identificar o que é e o que não é causa daquele resultado. Essa teoria emprega uma técnica chamada de juízo hipotético de eliminação, que consiste basicamente em analisar, se o resultado aconteceria mesmo com eliminação da condição. Outrossim, se com a eliminação da conduta mesmo assim o resultado acontecesse, essa conduta não seria a causa do resultado (PIERANGELI e ZAFFARONI, 2011, p. 56).

Tal teoria sofreu várias objeções, dentre as quais se destacam: a de confundir a parte com o todo e a de gerar soluções aberrantes, mediante um regresso ao infinito ou produzindo um ciclo causal interminável (Idem, 2011, p. 57).

### 3.3.2. TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA

Da mesma forma, merece destaque a “Teoria da causalidade adequada” desenvolvida por Johannes Von Kries, que define causa como o antecedente não só indispensável, como também adequado à produção do resultado (CAPEZ, 2003, p. 120).

Para esta teoria, não devem ser apreciados todos os antecedentes necessários à produção do resultado, mas, apenas aqueles que, além de necessários, são idôneos à produção do resultado (Op. Cit., 2003, p. 120).

Para se verificar a relação de causalidade entre conduta e resultado, deve-se analisar se, no momento da conduta, o resultado se afigura como provável ou possível, segundo um prognóstico capaz de ser realizado por uma pessoa mediana (Op. Cit., 2003, p.120).

Tal teoria nasceu para corrigir as falhas da teoria da equivalência dos antecedentes, na imputação dos crimes qualificados pelo resultado dos delitos omissivos, na co-autoria, na tentativa impossível e na conceituação do perigo, dentre outros institutos do Direito Penal, sendo por vários autores considerada teoria sobre a relevância jurídica, ou sobre a imputação e não da causalidade.

Apesar disso, a teoria em questão também sofreu várias críticas. As mais incisivas estão relacionadas ao momento do juízo de adequação (anterior ou posterior ao resultado), à posição do observador (ponto de vista do autor ou de terceiro) e à falta de base científica para a análise causal por este meio.

Pois bem, neste contexto de falhas e desacertos, surge a “Teoria da Imputação Objetiva” como tentativa de complementar as demais, seja atribuindo ou excluindo, o vínculo entre a conduta e o malsinado resultado jurídico.

## **4 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

### **4.1 CONCEITO**

Segundo a doutrina de Fernando Galvão (2000, p. 15), os autores Claus Roxin e Günther Jakobs, por volta de 1960, são os grande precursores da Teoria da Imputação Objetiva.

Roxin e Jakobs passaram a preconizar que, para que um fato seja considerado objetivamente típico, não bastam somente “*ação, tipicidade, causalidade e resultado*”; exige-se também outro elemento integrante do tipo penal, que seria a *imputação objetiva* (GALVÃO, 2000, p. 20).

Fernando Galvão, em seu livro *Imputação Objetiva*, ensina que a expressão

significa atribuir a alguém a prática de conduta que satisfaz as exigências objetivas necessárias à caracterização típica. A imputação objetiva estabelece vinculação entre a conduta de determinado indivíduo e a violação da norma jurídica, no plano estritamente objetivo” (Op. cit., 2000, p. 21).

Assim, temos que a Teoria da Imputação Objetiva é uma série de “critérios” (que serão expostos a frente), com o escopo de

responsabilizar o agente que pratica uma conduta perigosa geradora de um risco, dando ensejo a um resultado típico.

Trata-se, portanto, de uma exigência típica. De modo que, ausente à imputação objetiva da conduta ou do resultado, a consequência é a atipicidade do fato e, por conseguinte, a inexistência do delito.

É importante saber quais seriam esses critérios ou premissas, aptas a ensinar a análise da relação de causalidade.

## **4.2. PREMISSAS BÁSICAS DO RISCO PROIBIDO E DO PERIGO RELEVANTE**

Segundo as lições do professor Damásio de Jesus (2002, p. 75), só há imputação da conduta quando o sujeito criou risco juridicamente reprovável. Trata-se do chamado “desvalor da ação” enquanto requisito de tipicidade penal. Ao contrário, inexistente imputação objetiva quando falta a criação do perigo juridicamente relevante (GOMES, 2011, p. 32).

Logo, tudo está ligado ao “Risco proibido ou reprovável” em face do bem jurídico tutelado, ou mesmo ao “Perigo revelante ou desaprovado” criado ou incrementado em face deste. Ausentes essas premissas básicas, não há que se imputar a conduta ao sujeito.

Perceba-se que antes de se fazer uma análise de imputação subjetiva, para saber se o indivíduo agiu com dolo ou culpa, é preciso saber se o resultado pode ser a ele imputado na perspectiva de se

descobrir se “houve criação ou implementação de um risco proibido”, ou mesmo “se o perigo ao bem jurídico protegido foi relevante”.

Ocorre que mesmo entre os precursores da Imputação Objetiva, Claus Roxin e Günther Jakobs, existe divergência quanto ao momento e forma de aplicação desses critérios.

Numa singela e apertada distinção, pode-se afirmar que enquanto Roxin propõe critérios de imputação ou atribuição, Jakobs propõe critérios de exclusão ou não imputação objetiva. Todos na perspectiva de que o resultado jurídico não pode ser imputado àquele que não incrementou o risco proibido, ou mesmo causou um perigo relevante ao bem jurídico tutelado pela norma penal (Op. cit., 2011, p. 32).

Sem prejuízo de considerações mais profundas, vejamos então os aspectos práticos da imputação objetiva nestas 2(duas) perspectivas, quais sejam: atribuição e exclusão.

## **5 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E SEUS ASPECTOS PRÁTICOS**

### **5.1. NA PERSPECTIVA DA IMPUTALÇÃO OU ATRIBUIÇÃO DE CLAUD ROXIN**

Para Claus Roxin, são três os critérios de atribuição ou imputação objetiva (GOMES, 2011, p. 45):

**a) Criação de um risco não permitido:** na sociedade moderna há riscos permitidos, como guiar um automóvel ou pilotar um avião, atividades que envolvem riscos naturais. Se o risco se mantiver dentro dos padrões costumeiros, nada há de se atribuir ao agente. Mas se a conduta criou um risco novo, ou ampliou o risco habitual, deve o fato ser atribuído ao agente, a título de dolo, conforme o caso. Boa parte dos delitos de trânsito, portanto, não podem ser imputados de forma dolosa ao agente, pois a atividade já possui um risco inerente e permitido.

Os riscos que são criados de modo doloso são habitualmente (ainda que nem sempre) tão grandiosamente descuidados que resultam desnecessárias ulteriores disposições, enquanto que em matéria de trânsito, por exemplo, o que está permitido e ocorre de modo não muito frequente deve ser analisado com maior exatidão e cuidado, por se tratar de um fato culposos (JAKOBS, 2010, p. 23).

**b) Realização do risco não permitido:** para adquirir relevância, a conduta do agente deve ter lesado o objeto jurídico correspondente ao risco criado. Se, apesar da ocorrência do fato, o objeto jurídico visado não foi atingido, não há tipicidade para a maioria. Em outras palavras, o risco proibido deve ser realizado, ou seja, deve atingir o bem jurídico protegido, nem que seja para colocá-lo em perigo. Do contrário, “se o risco foi causado *pela conduta de um terceiro, pela própria vítima ou por força da natureza, há exclusão da imputação objetiva*” (JESUS, 2002, p. 25). Lembrando



que caracteriza a tentativa quando o risco criado deixa de realizar-se por circunstâncias alheias à vontade do agente.

**c) Resultado dentro do alcance do tipo:** como critério complementar, o resultado deve estar dentro do campo previsível, ou usual, de proteção da norma. Acontecimentos colaterais surpreendentes, advindos da ação de outrem, ou da própria vítima, ou de caso fortuito ou força maior, não podem ser atribuídos ao agente. Uma pessoa, por exemplo, ao ver um acidente de veículos, costuma correr para socorrer os feridos, sendo por sua vez atropelada por outro veículo. O causador do primeiro acidente não responde pelo segundo acidente.

## **5.2. NA PERSPECTIVA DA NÃO-IMPUTAÇÃO OU EXCLUSÃO DE GÜNTHER JOKOBS**

Já para Günther Jakobs, são seis os critérios de exclusão ou não imputação objetiva (GOMES, 2011, p. 45):

**a) Risco permitido ou não desaprovado:** não se atribui o fato ao agente se o risco criado estiver dentro dos padrões habituais, aceitos pela sociedade. É inerente a certas atividades a ocorrência de risco. Estes são tidos como inerentes ou toleráveis, logo, não podem ao mesmo tempo ser incriminados. Um piloto, por exemplo, de manobras radicais não pode imputar um acidente ao organizador do

evento, se este último não incrementou o risco proibido. Mesmo porque, neste caso, o piloto sabia que a atividade era de risco permitido e não desaprovado.

Nesse sentido aduz o ilustre Fernando Galvão:

(...) No âmbito do risco socialmente tolerado, pode-se reconhecer o funcionamento do transporte viário, ferroviário, aéreo, marítimo-fluvial, bem como a prática dos esportes ditos radicais, o funcionamento de instalações industriais e as intervenções médico-curativas sempre que forem observadas as regras pertinentes (GALVÃO, 2000, p. 59).

**b) Risco irrelevante:** não se atribuem riscos irrelevantes. O critério baseia-se no princípio da insignificância ou nos crimes de bagatela. No furto de um pano de prato, ou de um cinto estragado, por exemplo, é praticamente nula a lesão do patrimônio.

**c) Diminuição do risco:** não deve haver atribuição se o agente causou um dano para evitar mal maior para a vítima. Exemplo da espécie:

no contexto de uma ação de salvamento, o agente empurra energicamente pessoa que iria receber um golpe na cabeça, conseguindo que esta dele se esquive, mas que em consequência do empurrão cai no solo, lesionando-se” (GALVÃO, 2000, p. 96.).

**d) Princípio da confiança:** o agente não deve ser responsabilizado se sua ação baseou-se na crença de que outrem agiria certamente de determinada forma, ou de que todas as pessoas

seriam razoavelmente responsáveis. A esse respeito tem-se o seguinte exemplo:

No campo da Medicina tem tido grande aplicação este princípio. (...). O médico que dirige uma operação pode confiar que o corpo auxiliar cumprirá cabalmente suas funções. Não existe responsabilidade de sua parte se, por exemplo, opera com material que não estava devidamente esterilizado (JESUS, 2002, p. 25).

**e) Proibição de regresso:** não se pode responsabilizar uma ação anteriormente lícita, pela posterior ocorrência de uma ação ilícita de outrem, mesmo estando estas relacionadas de alguma forma (JAKOBS, 2010, p. 23). Não é possível responsabilizar o vendedor de um veículo automotor, se o proprietário o adquire com a intenção de matar alguém. Da mesma forma, “Ao presidente da montadora de automóveis não são atribuídas as mortes no trânsito” (JESUS, 2002, p. 49).

**f) Ações a próprio risco:** não deve haver atribuição, pela criação do risco, quando a vítima participa deliberadamente do fato.

“É o que ocorre, por exemplo, quando alguém decide ir como passageiro num veículo cujo condutor não está em condições de comportar-se adequadamente no tráfego, devido ao seu estado de embriaguez” (JESUS, 2002, p. 52).

Trata-se do postulado da auto-colocação em risco.

De qualquer forma, é importante ressaltar que os critérios (seja de atribuição ou exclusão) não são exaustivos, da mesma forma, estão

longe de serem unanimidades entre os estudiosos. Mesmo porque, a própria Teoria da Imputação Objetiva encontra muita resistência em nosso ordenamento jurídico penal, acostumado com postulados positivistas e legalistas.

Contudo, já há casos em nossa Jurisprudência pátria, onde a Teoria tem sido aplicada. Vejamos.

### **5.3 CASOS PRÁTICOS**

É o caso por exemplo, da Apelação Criminal n. 356.212<sup>3</sup>, da 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de Minas Gerais (Órgão extinto e incorporado ao TJMG), em julgamento datado de 14 de maio de 2002.

(...) Segundo a inicial acusatória, aos 26.7.1996, D.S.V., de dez anos, adentrou o terreno da empresa dos réus, objetivando resgatar uma “pipa”, o mesmo ocorrendo com os menores M.J.F.L e C.R.S. em data de 31.7.1996. Não obstante o terreno ser de grande perigo, já que formado por rescaldo (moinha) de carvão incandescente – derivado do processamento de ferro gusa – o local não era devidamente sinalizado ou vigiado, possibilitando a entrada de estranhos na empresa, como ocorreu com os menores. Adentrando o terreno, as vítimas menores se depararam com uma camada de significativa espessura sobre o solo, mas em combustão espontânea em seu interior, que foi a causa

---

<sup>3</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: Apelação Criminal nº. 356.212. Rel. Antônio Armando dos Santos. Julgamento: 14/05/2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16584/tribunal-de-alcada-de-minas-gerais-aplica-a-teoria-da-imputacao-objetiva-a-crime-culposo>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2013.

eficiente para as queimaduras experimentadas. (...) Em suma, é o relatório.(...)

NO MÉRITO (...) A partir dos elementos fáticos destacados pelo *parquet*, postos à análise segundo um ponto de vista meramente lógico-formal das categorias dogmáticas do Direito Penal, poder-se-ia sustentar a tese condenatória pretendida. Todavia, o conjunto de elementos fáticos apurados, aliado a uma visão problemática – e não sistemática – das categorias penais, conduz a manutenção da decisão vergastada. (...) Atualmente, vem tomando grande relevância na comunidade jurídica os estudos desenvolvidos pelo penalista alemão Claus Roxin, em que procurou dar às categorias do Direito Penal uma nova dimensão, sempre preocupada com os ideais de justiça.

(...) Entende Roxin que, se a justiça é o fim último do Direito, não há como prevalecer um raciocínio meramente sistemático defendido pelos sistemas penais pretéritos. Ao contrário, far-se-á justiça através de um raciocínio problemático de análise caso a caso das situações postas à apreciação dos operadores do Direito. Para redefinir as categorias dogmáticas do Direito Penal (ação, tipicidade, ilicitude, culpabilidade), valeu-se de elementos valorativos de Política Criminal com critério reitor para a solução dos problemas vislumbrados. Neste norte, a reestruturação do elemento tipicidade merece destaque, pois nela houve considerável mudança na verificação do nexos de causalidade, sendo ali reintroduzido o conceito de imputação. Assim, a chamada Teoria da Imputação Objetiva fez superar o dogma causal, ao exigir para o tipo objetivo, além da conexão naturalística ação-resultado (causalidade natural), a necessidade que esta conexão, segundo valores de política criminal, sejam imputados ao autor como obra jurídica sua (causalidade típica). (...) Em síntese: para se falar em nexos de causalidade é necessário que, após a verificação da causalidade física, seja constatado que o agente criou um perigo relevante fora do âmbito do risco permitido. (...) A imputação objetiva, embora não prevista na codificação pátria, não tem sua aplicação vedada pelo

ordenamento. Emerge como objeto de estudo em diversos países, sendo efetivamente aplicado. No Brasil, conta com crescente adesão dos estudiosos do Direito Penal, sendo que várias decisões dos Tribunais pátrios já se valeram de seus fundamentos, inclusive esta 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal.

Logo, embora se sustente que a postura da empresa tenha gerado um incremento no risco para o resultado materializado nos menores, certo é que as medidas então adotadas encontravam-se em perfeita consonância com as determinações administrativas competentes. Desta forma, surge o conflito, pois embora subsista a causalidade natural do evento, tem-se por prejudicada sua causalidade típica, pois não há como desvalorar uma conduta que se encontra em harmonia com as regras do sistema jurídico. (...)

Terminando, conclui o Relator:

Por todo o exposto, (...) entendendo que os lamentáveis acidentes somente ocorreram face dos comportamentos imprudentes das vítimas, no mérito mantenho incólume a r. sentença absolutória por seus próprios e jurídicos fundamentos. É como voto.

É o caso também, da Apelação Criminal n. 307.366-7<sup>4</sup>, da 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de Minas Gerais (Órgão extinto e incorporado ao TJMG), em julgamento datado de 29 de agosto de 2000.

---

<sup>4</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: Apelação Criminal nº. 307.366-7. Rel. Erony da Silva. Julgamento: 29.08.2000. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4494606/3073667/inteiro-teor>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2013.

(...) O apelante foi julgado e condenado por ter dado uma carona à vítima na carroceria de seu automóvel, nada mais além disso. Não estava sob efeito de bebidas alcoólicas como ficou comprovado, dirigia com velocidade normal e obedecendo todas as demais regras de circulação, excetuando-se uma: a de transportar passageiros sem a devida segurança.

Noutro giro, observa-se que foi a vítima quem pediu para que o apelante lhe desse carona, insistindo para que fosse transportada em conjunto com outras amigas na carroceria da caminhonete Toyota. Ressalte-se que a prova testemunhal colhida nos autos informa que a vítima fora advertida que deveria manter-se sentada durante todo o trajeto, sendo esta a condição imposta pelo apelante para atender ao seu pedido. Entretanto, por livre e espontânea vontade, preferiu ficar de pé, pagando com sua própria vida pelo ato irresponsável.(...)

Diante do rigor da teoria *condictio sine qua non*, a relação de causalidade entre a conduta do apelante e a morte da vítima está comprovada: se este não aceitasse o pedido de carona não haveria acidente. Todavia, o moderno Direito Penal que se constrói objetivando a real proteção da sociedade não mais fica preso ao rigorismo de teorias elaboradas abstratamente, optando por sua construção em face da situação problemática enfrentada no caso prático.

Nesta diapasão, a imputação objetiva surge para amenizar o rigor da teoria da equivalência dos antecedentes causais – tão criticada pela doutrina penal – criando a categoria da imputação, constituindo-se num dado valorativo e posterior à causalidade meramente física constatada apenas no plano material.

Assim, a imputação objetiva fulcra-se no denominado princípio do risco, que é consequência da ponderação, própria de um Estado de Direito, entre os bens jurídicos e os interesses de liberdade individuais, segundo a medida do princípio da proporcionalidade. Pressupõe não apenas a relação de causalidade física entre uma conduta e o resultado, mas que esta conduta

tenha realizado um perigo fora do âmbito do risco permitido, criado pelo autor dentro do alcance do tipo objetivo. Significa, portanto, que a relação de causalidade não será comprovada apenas pelo chamado processo hipotético de eliminação de Thyrén, ou seja, se mentalmente abstraída a conduta não mais se verificar o resultado é porque está demonstrado o nexu causal.

(...) Nesse sentido, foram elaborados vários critérios negativos da imputação objetiva, ou seja, hipóteses em que não haverá a valoração da conduta como juridicamente relevante para que o resultado a ela seja imputado, entre eles, o que nos interessa para a solução do caso em tela, a exclusão da imputação pelo consentimento em uma auto-colocação em perigo.

(...) Na hipótese dos autos, a vítima se colocou numa situação de risco, por livre e espontânea vontade, servindo o apelante apenas como instrumento de realização de sua conduta perigosa, pois, além de ter insistido para que fosse transportada na carroceria do automóvel, não seguiu as orientações para que se mantivesse sentada durante o percurso, levantando-se e vindo a perder o equilíbrio e cair, batendo a cabeça no chão e morrendo em virtude de lesão corporal.

Por derradeiro, conclui o Magistrado:

O comportamento da vítima é que determinou a ocorrência do resultado lesivo e não a conduta do apelante. Não havendo que se falar em criação, por parte do acusado, de uma situação de risco não permitida, mas apenas em participação na conduta perigosa de outrem, no caso, a vítima (...)



## 6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que a Ciência do Direito necessita de árduo trabalho interpretativo para alcançar os fins sociais para os quais fora desenvolvida. No caso em apreço, os aspectos práticos da imputação objetiva visam humanizá-la, tornando-a mais acessível e útil no momento do Juiz analisar a responsabilidade do infrator.

Nesse aspecto, a teoria da imputação objetiva rompe com paradigmas já consagrados em nosso ordenamento jurídico, causando uma mudança repentina no estudo da causalidade, tendo em vista que diante da teoria, ineficaz se mostra a adoção de critérios meramente naturais para auferir a responsabilidade penal.

De qualquer forma, tendo em vista os aspectos práticos elencados, não podemos negar que a imputação objetiva, em certos casos, pode evitar eventuais imprecisões por parte do operador do direito na determinação do nexa causal e da responsabilidade jurídico-penal, privilegiando os *princípios da legalidade ou da reserva legal e da segurança jurídica*.

Nesses termos, os adeptos da imputação objetiva a reputam uma teoria democrática e garantista, apta a lapidar a teoria geral do delito. Mas há aqueles que se pudessem, a colocariam em “fogueira” bem longe do Brasil, pois traz em si mesma, dizem alguns, o manto da impunidade e da irresponsabilidade. O tempo vai dizer se a mesma é ou não bem vinda!!!

## 7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Código (1940). **Código penal brasileiro**: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 8.

GALVÃO, Fernando. **Imputação objetiva**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. V. 8.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, V. 1. p.140

JAKOBS, Günther. **A Imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Imputação objetiva**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo**: apelação criminal nº. 356.212. Rel. Antônio Armando dos Santos. Julgamento: 14/05/2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16584/tribunal-de-alcada-de-minas-gerais-aplica-a-teoria-da-imputacao-objetiva-a-crime-culposo>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo**: Apelação Criminal nº. 307.366-7. Rel. Erony da Silva. Julgamento: 29.08.2000. Disponível em:<

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4494606/3073667/inteiro-teor>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. V. 1.

# **DA CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS ÉTNICO-RACIAIS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA?**

Lívia Ferreira<sup>1</sup>

“São todos iguais  
E tão desiguais  
uns mais iguais que os outros”.  
(Humberto Gessinger)

## **RESUMO**

O Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente e por unanimidade pela Constitucionalidade da adoção, pelas Universidades Públicas, do sistema de cotas étnico-raciais. Reconhecida a repercussão social deste julgado, o artigo objetiva analisar se a escolha do critério étnico-racial para a concessão desta modalidade de ação afirmativa encontra-se em consonância com o princípio constitucional da isonomia.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Cotas Étnico-raciais, Ação Afirmativa, Discriminação, Isonomia.

## **ABSTRACT**

The Supreme Court recently and unanimously decided by the Constitutionality of the adoption by the public universities, the system of ethnic and racial quotas. Recognized the social impact of this judgment, the paper aims to examine whether the choice of ethnic and racial criteria for granting this type of affirmative action is in line with the constitutional principle of equality.

---

<sup>1</sup>Bacharela em Direito e ex-pesquisadora do NIC da FENORD.

## **KEYWORDS**

Ethnic and racial quotas, Affirmative Action, Discrimination, Isonomy. Abstract

## **1. INTRODUÇÃO**

Em que pese ser a isonomia um princípio de constitucionalidade indubitosa, e de ter a atual Constituição Federal em seu artigo 5º expressamente enunciado que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, é possível afirmar que nem todo tratamento desigual ofende ao mandamento constitucional de igualdade. Por mais paradoxal que essa última afirmação possa parecer, a igualdade de tratamento, no sentido constitucional, pressupõe o respeito às diferenças.

Em uma primeira acepção do princípio da igualdade – a formal – diante de iguais, não é lícito dispensar tratamentos díspares ou criar privilégios capazes de desequilibrar indivíduos que se encontrem em idêntica situação. Contudo, a noção de igualdade no texto constitucional transcende à idéia de igualdade formal, permitindo, ou melhor, exigindo, que tratamentos disformes sejam dispensados a indivíduos que estejam em diferentes posições, como mecanismo de igualação de diferentes (igualdade material).

Nesse sentido, é celebre a afirmação atribuída a Aristóteles de que a verdadeira igualdade consiste em tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades.

Dessa forma, nem todo tratamento uniforme dispensado pelo legislador poderá ser considerado constitucional, como também, nem todo tratamento desigual será, por si só, considerado ofensivo ao princípio da isonomia. Anuindo com essa idéia, Hans Kelsen ao ressaltar:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres. (KELSEN *apud* MELLO, 2001, p. 11)

A interpretação literal do *caput* do art. 5º, da CF/88, em especial da expressão “*sem distinção de qualquer natureza*”, caminharía no sentido de afastar a noção substancial de igualdade (igualdade material). Entretanto, conceber o mandamento constitucional da isonomia apenas pelo prisma formal acabaria por consagrar sérias e intoleráveis injustiças, aumentando ainda mais os desníveis existentes entre os indivíduos. Além disso, não se pode desconsiderar que a própria Constituição prevê como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, da CF) e a promoção do bem de todos (art. 3º, IV, CF).

Alexandre de Moraes (2008), por exemplo, enfatiza serem vedadas diferenciações arbitrárias, discriminações despropositadas ou absurdas, em que o elemento desigualador não presta qualquer serviço a uma finalidade juridicamente protegida, pois diferenciações desse tipo ofenderiam ao ideal de Justiça.

Mas afinal de contas “quem são os iguais e quem são os desiguais? (MELLO, 2010, p. 11)”. Talvez seja a resposta à essa indagação o ponto nodal do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, já que a idéia de que tratamentos diferenciados são lícitos, desde que capazes de igualar indivíduos que se encontrem em situações diferentes. Enfim, definir quem são os iguais e quem são os diferentes é uma tarefa árdua, porém indispensável para correta compreensão do mandamento de isonomia.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

### **2.1. NINGUÉM É DE NINGUÉM**

Apesar de existirem diferenças óbvias entre os indivíduos, até mesmo porque “*ninguém é igual a ninguém*”, é necessário perquirir se essas diferenças podem ser consideradas como juridicamente relevantes. Isso porque nem toda diferença entre os indivíduos pode ser colhida como critério legítimo para tratamentos legislativos díspares. Apenas nos casos em que existir um fator de desigualação comum a um *grupo de indivíduos*, que os coloca em uma situação de inferioridade em relação aos demais, é que a legislação poderá, de

forma válida, dispensar tratamento diferenciado àqueles indivíduos pertencentes ao grupo em desvantagem, com vistas à sua promoção.

Mello (2010, p. 11-12) oferece um exemplo bastante esclarecedor: apesar de homens altos serem diferentes de homens baixos, a lei não pode estabelecer que devido à altura, apenas os altos possam celebrar contratos de compra e venda. Em contrapartida, a estipulação para os soldados de altura mínima de um metro e oitenta para fazer parte da “guarda de honra” em cerimônias militares oficiais não soa descabida. Isto porque a altura não apresenta uma relação lógica com a celebração de contratos capaz de fazer com que indivíduos de baixa estatura encontrem dificuldades na realização de negócios jurídicos daquele jaez. Porém, é inegável que uma estatura mais avantajada imponha mais respeito, o que apresenta uma relação bastante lógica com a função exercida pela guarda de honra.

A própria Constituição com o objetivo de proteger certos grupos estabelece tratamentos diferenciados. O fez, por exemplo, com as mulheres, as crianças, os adolescentes, o idoso, os índios e os trabalhadores. O constituinte identificou o fator de desigualação e, a partir dele, criou normas capazes de compensar os desníveis entre os membros desses grupos e o restante da sociedade. Ao constatar, *exempli gratia*, a disparidade entre a quantidade de mulheres e homens no mercado de trabalho, devido a questões históricas e sociais de subordinação da mulher ao homem (sociedade patriarcal), tratou a Constituição de estabelecer no art. 7º, XX, não apenas a proteção do mercado de trabalho da mulher, como também a previsão



de incentivos específicos para o acesso a este mercado, nos termos da lei.

Ao legislador também é dada a possibilidade de criar tratamentos diferenciados. Aliás, como bem ressaltado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p.11), “as leis nada mais fazem senão discriminar situações”. Entretanto, o princípio da isonomia limita a discricionariedade legislativa, vedando a elaboração de normas cujo critério eleito para justificar o tratamento diferenciado não seja adequado ao atingimento da finalidade perseguida pelo Direito. Em suma, o princípio da isonomia cobra uma precisa identificação do fator de *discrímen*, já que a falha em sua identificação pode gerar, por exemplo, o agravamento dos desníveis já existentes, a ineficiência da medida adotada ou até mesmo a inconstitucionalidade da lei que dá suporte àquela medida.

O mesmo se diga em relação às demais autoridades públicas que ao aplicarem a lei, nos casos concretos, deverão ter em conta o princípio da isonomia, especialmente ao interpretar a lei e a Constituição. Essa inteligência também se aplica ao particular, a quem também é vedada a prática de condutas discriminatórias e preconceituosas.

Na verdade, a implementação da igualdade material só pode ser possível através de uma atuação conjunta de todos os Poderes e da sociedade civil organizada, pois a mera edição de leis vedando comportamentos discriminatórios não é medida, por si só, suficiente para se atingir uma igualdade de fato entre os indivíduos. A lei fica no

plano normativo, a desigualdade no concreto, de modo que a pretendida igualação somente pode se dar quando esses planos efetivamente se tocarem. Dito de outro modo: a lei deve viabilizar a ação niveladora; a lei sem essa *ação* é promessa retórica e vazia, insuficiente para a concretização da igualdade material. Nesse sentido, o ex-presidente dos Estados Unidos, Lyndon Johnson em discurso emblemático na Universidade Howard, enfatiza a importância da ação para integração de grupos marginalizados:

Você não pega uma pessoa que durante anos foi impedida por estar presa e a liberta, trazendo-a para o começo da linha de uma corrida e então diz: “você está livre para competir com todos os outros” e, ainda acredita que você foi completamente justo. Isto não é o bastante para abrir as portas da oportunidade. Todos os nossos cidadãos têm que ter capacidades para atravessar aquelas portas. Este é o próximo e o mais profundo estágio da batalha pelos direitos civis. Nós não procuramos somente liberdade, mas oportunidades. Nós não procuramos somente por equidade legal, mas por capacidade humana, não somente igualdade como uma teoria e um direito, mas igualdade como um fato e igualdade como um resultado. (GOMES, 2001, p. 444).

E para viabilizar a igualdade material, transformando a equidade legal em equidade de fato, existem políticas de integração, conhecidas como *ações afirmativas* (*affirmative actions*).

## 2.2. AÇÕES AFIRMATIVAS

Para Joaquim B. Barbosa Gomes, as ações afirmativas são políticas públicas ou privadas, direcionadas para realização do princípio constitucional da isonomia material bem como anular os efeitos dos diversos tipos de discriminação racial, como os de gênero, idade, compleição física, dentre outras (GOMES, 2001).

Os destinatários das *affirmative actions* são vítimas de um processo histórico de discriminação e de marginalização, que as privaram de iguais oportunidades em relação aos demais membros da sociedade. Esse processo de exclusão social decorre do preconceito introjetado no senso comum, imposto pela cultura, educação, religião ou pelas tradições de um povo (CRUZ, 2005). As mulheres, os indígenas, os negros e os portadores de deficiência, por exemplo, sempre foram alvos desse injustificável processo de marginalização, sentido nos mais diversos segmentos da sociedade, como no acesso à educação superior, aos cargos públicos e empregos privados, na representação política, entre outros (SARMENTO, 2010).

Segundo Bergmann (BERGMANN *apud* MOEHLECKE, 2002), três idéias motivam ações afirmativas, quais sejam: a) combater a discriminação presente em determinadas áreas da sociedade, b) reduzir a desigualdade que aflige as ditas minorias, e c) promover a integração dos diversos grupos sociais através da valorização da diversidade cultural formada por estes.

Portanto, estas ações objetivam atribuir às vítimas da discriminação uma identidade positiva, evitando, assim, a perpetuação de visões preconceituosas por parte do restante da sociedade. Além do mais, é importante lembrar que, ao assegurar igual acesso a bens socialmente valorizados, resgatam a dignidade daqueles que sofreram violação a seus direitos, em decorrência da discriminação.

No entanto, engana-se aquele que pensa que as políticas afirmativas tem natureza meramente compensatória. É que para além daquela nuance reparatória, essas políticas fomentam a construção de uma sociedade plural e democrática.

Ressalta-se que, para alcançar o seu objetivo de inclusão social, as ações afirmativas devem ser bem planejadas e aplicadas *temporariamente*, pois não atacam a origem do problema da discriminação e da desigualdade. A aplicação dessas políticas a longo prazo, acabaria por colocar aqueles indivíduos que antes se encontravam em uma situação de vulnerabilidade em uma situação de privilégio não extensível aos grupos não abrangidos pela norma. Assim, o momento certo para cessar a aplicação das cotas seria à medida que surtisses os efeitos modificadores da distorção, igualando os desiguais (MOREIRA, 2008).

Na verdade, essas ações constituem medidas paliativas destinadas a evitar que as atuais vítimas da discriminação continuem a conviver com a exclusão social. Não por outra razão que alguns sustentam serem elas também *emergenciais*, pois não substituem a

adoção de medidas de longo prazo, que são o objeto das políticas universalistas (*e.g.*, a reforma na educação fundamental, na saúde e medidas para uma distribuição de renda mais equitativa<sup>2</sup>). Enfim, as ações afirmativas tão somente minimizam os deletérios efeitos da marginalização, para os atuais membros da minoria contemplada por ela.

Nesse sentido, é possível dizer que as políticas universalistas e afirmativas devem caminhar juntas (SARMENTO, 2010). Isso porque, muito embora as primeiras sejam capazes de promover significativas melhorias para todos os integrantes da sociedade, elas não têm como foco específico o incremento de chances para as minorias. Para as minorias, os efeitos niveladores dessas políticas universalistas só seriam sentido a longo prazo. As políticas afirmativas, por sua vez, têm o poder de acelerar o processo de nivelamento entre os mais diversos grupos sociais, já que se destinam a atacar especificamente as disparidades entre eles. Enfim, elas se destinam ao marginalizado de hoje, que não pode aguardar os lentos resultados das ações universalistas, até mesmo porque não há garantias de que aqueles resultados o alcançaria.

Por exemplo, pode-se comparar a exclusão sofrida pelas minorias em determinados segmentos da sociedade a um grande corte aberto no corpo de uma pessoa. Se esta nada fizer para tratá-lo, ele

---

<sup>2</sup>Ministro Gilmar Mendes. Decisão Monocrática da Liminar, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=186&processo=186>> Acesso em: 12 de janeiro de 2011.

poderá cicatrizar sozinho. Só que este processo é lento, e sempre haverá o risco de ocorrerem infecções ou outras complicações capazes de piorar a situação do ferimento, em alguns casos, colocando em risco a vida do ferido. No entanto, se o corte for devidamente tratado, recebendo, por exemplo, uma sutura, o ferimento cicatrizará mais rápido, mesmo que depois seja necessário retirar os pontos. A primeira situação representa as políticas universalistas, são lentas e não há garantias de que possam vir a melhorar a situação daqueles que hoje formam as minorias sociais. Já a sutura corresponde à ação afirmativa que por ser uma medida específica, gera resultados mais rápidos e eficazes, muito embora em algum momento se possa divisar a relevância de sua suspensão, tal qual os pontos após a cicatrização.

As ações afirmativas devem também estar em consonância com o princípio da proporcionalidade, em suas três máximas parciais, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, ao fazer a escolha de um meio para se atingir o fim almejado pela norma - no caso das ações afirmativas a inclusão de determinados grupos em determinadas áreas da sociedade - o Poder Legislativo, ou o Executivo, devem analisar se a medida escolhida promove a realização da finalidade (exame da adequação), se entre as medidas disponíveis existe alguma que restrinja menos os direitos envolvidos (exame da necessidade), e se a vantagem almejada é tão valorosa a ponto de justificar as restrições causadas pela adoção dos

meios escolhidos (exame da proporcionalidade em sentido estrito) (ÁVILA, 2009).

Ao magistrado não é dado substituir as opções feitas pelo Legislativo e Executivo sob pena de quebra do princípio da separação de poderes, muito embora possa invalidá-la caso haja manifesto desrespeito ao princípio da proporcionalidade, em qualquer de suas máximas parciais (SCACCIA *apud* ÁVila, 2009, P. 171).

As ações afirmativas são respaldadas pelo art. 3º, IV, da CF, dentre outras normas colhidas da legislação e em tratados que a República Federativa é signatária, em que pese a sua adoção encontre resistência por parte de alguns setores da sociedade civil, especialmente quando certas ideologias se encontram impregnadas no senso comum.

E, como modalidades de realização destas políticas, destaca-se o estabelecimento de cotas ou reservas de vagas para as ditas minorias, medida que suscita acirrados debates, especialmente quando fundadas em critérios étnico-raciais, como as utilizadas no Brasil para facilitar o acesso destes grupos a universidade pública.

### **2.3. COTAS ÉTNICO-RACIAIS NAS UNIVERSIDADES E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Um país justo não precisa de cotas. Mas um país que nega as cotas é mais do que injusto. É um país que quer esconder a própria injustiça. (BUARQUE *apud* MOREIRA, 2008).

A educação possibilita a mobilidade social. O indivíduo que possui uma formação no Ensino Superior encontra mais oportunidades no mercado de trabalho do que aquele que concluiu apenas o Ensino Fundamental ou Médio. Com base nesta realidade, dados fornecidos pelo IBGE através da Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar (Pnad 2009) soam alarmantes: das pessoas entrevistadas com mais de 25 anos e com curso superior, 15% se autodeclararam brancas, 5,3% pardos e apenas 4,7% negros. A mesma pesquisa mostra que entre os estudantes do ensino superior 62,6% eram brancos, 31,8% pardos e 29,2% negros. Isto em um país onde negros e pardos formam a maior parte da população 51,1% (44,2% pardos, e 6,9% negros)<sup>3</sup>.

Esta disparidade entre brancos e negros tem um motivo: existe racismo no Brasil. Este foi, e continua sendo um obstáculo nas relações sociais de índios e negros no nosso país. No entanto, isto não quer dizer que existam raças diferentes para que algumas delas sejam tidas como superiores às outras, “justificando” a discriminação. Cientificamente já foi comprovado que, apesar das diferenças biotípicas entre os indivíduos, não existem genes que sejam exclusivos de uma população. Ou seja, há apenas uma raça na espécie o *Homo Sapiens* (CRUZ, 2005). Desta forma, chega-se a conclusão que o racismo nada mais é do que uma discriminação com base em

---

<sup>3</sup>Proporção de negros com curso superior é 1/3 dos brancos. **Correio do Estado**, 20 de novembro de 2010. Disponível em: < [http://www.correiodoestado.com.br/noticias/proporcao-de-negros-com-curso-superior-e-um-1-3-dos-brancos\\_86432/](http://www.correiodoestado.com.br/noticias/proporcao-de-negros-com-curso-superior-e-um-1-3-dos-brancos_86432/)> Acesso em: 15 de março de 2011.



critérios fenotípicos de determinados indivíduos. É uma construção sociocultural para a dominação destes grupos (CRUZ, 2005). E apesar de passada a fase da colonização e escravidão (nas quais os índios e a mão de obra negra “necessitavam” se dominados), subsiste até hoje. E a consequência disto, são as desvantagens enfrentadas por estas minorias nas situações concretas do dia a dia (FERREIRAS E MATOSS, 2007).

Como observa Daniel Sarmiento,

“(...)esta realidade é muitas vezes ignorada por observadores desavisados, porque a desigualdade racial já está “naturalizada” na nossa sociedade. De tanto conviver com esta desigualdade, desde a sua primeira infância, o brasileiro mediano acaba perdendo a capacidade crítica de percebê-la como uma tremenda injustiça. Socializando neste contexto, ele passa a ver este quadro como absolutamente natural e internaliza, inconscientemente, a idéia de que o “normal” é que o negro ocupe as posições subalternas na sociedade.”(SARMENTO, 2010, p. 140)

Indubitavelmente, as universidades são responsáveis pela formação da elite e lideranças brasileiras. Objetivando um aumento do número de representantes das minorias étnico-raciais em posições de destaque na sociedade e, conseqüentemente, a quebra de estereótipos negativos, criação de exemplos e incentivo a superação de obstáculos, favorecendo a construção e expressão de uma identidade própria (SARMENTO, 2010), algumas instituições de ensino superior passaram a oferecer a estes grupos números ou percentuais de vagas para acesso a seus quadros de alunos.

Exemplo de repercussão nacional é a disponibilização pela Universidade de Brasília de um percentual de 20% do total de vagas de cada curso a estudantes negros desde 2004. Além disso, a Universidade em convênio com a Funai, disponibiliza por semestre uma certa quantidade de vagas a ser preenchidas por indígenas em cursos que possam ser úteis para atender as necessidades da tribo.

Entendendo como inconstitucional<sup>4</sup> o estabelecimento deste sistema de cotas, por violar princípios constitucionais como a igualdade e a meritocracia<sup>5</sup> (art. 208 V da CF), o Partido Democratas (DEM) apresentou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (186) contra o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (Cespe/UnB).

Intencionando subsidiar a Corte no julgamento de dois processos em tramitação no órgão sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, e que questionam a constitucionalidade da referida medida, o Supremo Tribunal Federal realizou em março de 2010 uma Audiência Pública com pesquisadores, juristas e representantes de organizações da sociedade civil para reunir argumentos sobre políticas de ações afirmativas e a reserva de vagas nas universidades.

Colocando “fim” à controvérsia, no dia 26.04.2012, o STF julgou, por unanimidade, como improcedente a ADPF 186, validando

---

<sup>4</sup> Impende observar, que o que o partido entende como inconstitucional é a discriminação como base em um fator racial para se conferir o benefício das cotas, e não a constitucionalidade ou necessidade das ações afirmativas como mecanismo de inclusão social.

<sup>5</sup> Acesso aos níveis mais elevados do ensino segundo a *capacidade* de cada um.

a adoção da política de reserva de vagas baseada em critérios étnico-raciais como Constitucional e necessária para a correção do histórico de discriminação racial no Brasil, como exposto pelo relator da ação, o ministro Ricardo Lewandowski, na parte dispositiva de seu voto:

Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e preveem a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF (BRASIL, 2012).

Declarada Constitucional pela decisão da Suprema Corte, passa-se a uma breve análise, a luz do princípio da isonomia, do fator de *discrímen* utilizado para a concessão do benefício – critério étnico-racial – apresentando alguns dos argumentos defendidos neste acirrado debate.

### **2.3.3. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA?**

Celso Antônio Bandeira de Mello em seu livro “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, afirma a necessidade de que três questões sejam atendidas cumulativamente para que uma norma jurídica, que visa diferenciar, esteja em conformidade com o princípio da isonomia, quais sejam: o elemento eleito como

fator de desigualação, a existência de uma correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a distinção estabelecida pela norma, e a existência de uma consonância da distinção estabelecida por esta norma com a Constituição Federal (MELLO, 2010).

#### **2.3.4. A ESCOLHA DO FATOR DE *DISCRÍMEN***

As referidas cotas utilizam como fator de desigualação para a concessão do benefício a etnia, a raça dos estudantes. Estas características podem ser tidas como fator de *discrímen*, uma vez que a raça, especificamente a cor (negra no caso dos afrodescendentes e amarela no caso dos índios) fazem parte da compleição física dos estudantes que receberão o tratamento desuniforme. Portanto, de acordo com a primeira questão – “o elemento tomado como fator de desigualação” (MELLO, 2010, p. 21) – as cotas étnicas não representariam agravo à isonomia, uma vez que “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório” (MELLO, 2010, p. 17). No entanto, cumpre ressaltar que a eleição do fator de *discrímen* deve ser feita em conformidade com o princípio da proporcionalidade, anteriormente explicado.

O sistema de cotas, de acordo com este segundo fator, estará em conformidade com o princípio da igualdade se houver uma justificativa racional capaz de relacionar a etnia ou raça (fator de *discrímen*) com a dificuldade de ingresso nas Universidades Públicas

(tratamento jurídico a ser dispensado), tendo em vista a promoção (objetivo pretendido) destes grupos discriminados.

O acesso às universidades conforme o art. 208, V da CF será efetivado “segundo a capacidade de cada um”. Este dispositivo consagra, portanto, o princípio da meritocracia, exteriorizado pela aplicação de um processo seletivo denominado vestibular.

A esse respeito, o Ministro Ricardo Lewandowski cita em seu voto, entendimento de Oscar Vilhena Vieira, segundo o qual:

(...) os resultados do vestibular, ainda que involuntários, são discriminatórios, na medida em que favorecem enormemente o ingresso de alunos brancos, oriundos de escolas privadas, em detrimento de alunos negros, provenientes das escolas públicas. Esta exclusão – especialmente no que diz respeito aos cursos mais competitivos – faz com que a Universidade se torne de fato um ambiente segregado<sup>6</sup>.

Desta feita, o grande empecilho ao acesso às universidades seria a qualidade de ensino recebido pelo aluno, fator que favoreceria os brancos vindos de escolas particulares em detrimento dos negros vindos de escolas públicas. No entanto, não só de negros é formado o quadro de alunos das escolas públicas.

Como bem salienta Brandão, a reserva de vagas baseada em critérios raciais, acabaria “beneficiando os afrodescendentes que já estão situados, dentro da escala social brasileira, na classe média” (BRANDÃO, 2005, p. 90) e não ajudaria os integrantes deste mesmo

---

<sup>6</sup>VOTO <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf186rl.pdf>  
Acesso em 13 de abril de 2011.

grupo “que se encontram na classe menos favorecida social e economicamente” (BRANDÃO, 2005, p. 90). O autor acrescenta ainda, que:

(...) o sistema de cotas ajuda na constituição, expansão e/ou fortalecimento de uma classe média de afrodescendentes, pela via do acesso à universidade pública, marginalizando, em contrapartida, todo o contingente de pobres, sejam eles brancos, negros ou pardos, ou seja, se existe um direito á educação universitária, esse direito deveria ser de todas as pessoas desfavorecidas socialmente e não apenas dos afrodescendentes. Assim, o sistema de cotas para afrodescendentes é tão excludente quanto o vestibular tradicional, modificando apenas parte do perfil dos excluídos, com o agravante de ser paternalista, no sentido de que protege, por meio de regras especiais – no caso a reserva de vagas -, um grupo étnico-racial específico. (BRANDÃO, 2005, p. 90).

Entendendo o ensino como o principal entrave ao acesso a universidade pública pelos alunos, é importante ressaltar a enorme diferença existente entre o ensino privado e o ensino público brasileiro. Alunos oriundos de escolas particulares, em face do ensino de melhor qualidade que recebem, acabam logrando melhores posições nos vestibulares. E, na maioria dos casos, o tipo de ensino ao qual o aluno terá acesso é determinado por sua condição socioeconômica.

Brandão defende o critério socioeconômico como fator de *discrímen* mais justo para a reserva de vagas nas universidades, em detrimento do critério étnico-racial:

(...) entendo que cabe ao Estado melhorar a educação básica pública, de forma que ela venha a proporcionar uma formação mais sólida aos alunos carentes – sejam eles negros, pardos ou brancos -, assim como o papel de investir no ensino superior público brasileiro, de forma que ele também possa ampliar o número de vagas em cada um dos seus cursos, sem prejuízo da qualidade de ensino, da pesquisa e da extensão (BRANDÃO, 2005, p. 98).

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes que, apesar de ter votado a favor das cotas ético-raciais durante o julgamento da ADPF 186, destacou como ideal “adotar-se um critério objetivo de referência de índole sócio-econômica”<sup>7</sup>, ressaltando o problema da autoidentificação e heteroidentificação (identificação por terceiros) de índios e negros em uma sociedade miscigenada como o é a brasileira:

Todos podemos imaginar as distorções eventualmente involuntárias e eventuais de caráter voluntário a partir desse tribunal que opera com quase nenhuma transparência. Se conferiu a um grupo de iluminados esse poder que ninguém quer ter de dizer quem é branco e quem é negro em uma sociedade altamente miscigenada.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup>MENDES, Gilmar. Veja frases marcantes do julgamento sobre cotas raciais no Supremo. **Globo.com**, 26 de abril de 2012, Caderno Educação. [http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/cartacapital\\_materia\\_2012.pdf](http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/cartacapital_materia_2012.pdf) <http://g1.globo.com/vestibular-e-educacao/noticia/2012/04/veja-frases-marcantes-do-julgamento-sobre-cotas-raciais-no-supremo.html>. Acesso em: 05 de maio de 2012.

<sup>8</sup> Op. cit.

Portanto, o segundo requisito estabelecido por Mello – existência de correlação lógica entre fatores diferenciais e a distinção estabelecida, restaria melhor justificado se o critério de *discrímen* elegido fosse o socioeconômico, por ser este fator determinante do ensino a que o aluno terá acesso, este sim, o maior empecilho ao acesso às Universidades Públicas brasileiras.

Cumprе acrescentar que, uma vez que a população pobre do Brasil é composta em sua maioria por negros, o critério étnico-racial também seria abrangido pelo socioeconômico, só que de forma mais justa por não excluir a parcela de pobres brancos que também encontram barreiras para o acesso ao ensino superior.

Em sentido diverso é o posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski, que entende como justiça social o reconhecimento e incorporação à sociedade de diferentes valores culturais, e não apenas a redistribuição de riquezas motivo pelo qual entende que como insuficiente a “utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas<sup>9</sup>”.

---

<sup>9</sup>VOTO <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo663.htm>. Acesso em 13 de abril de 2011.



### **2.3.5. A CONSONÂNCIA DA DISTINÇÃO ESTABELECIDADA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

O legislador, ao criar uma norma, deve eleger um fator de *discrímen* adequado e que apresente uma correlação racional com o tratamento díspare a ser estabelecido. Mas para que esta norma não apresente agravos à isonomia, é necessário também que a distinção estabelecida esteja em conformidade “com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento.” (MELLO, 2010, p. 42). É dizer, a Constituição deve permitir ou não proibir a diferenciação.

No debate sobre as cotas étnico-raciais, muitos artigos da Carta Magna foram apresentados com justificativa ou, em contrapartida, como proibitivos da adoção desta modalidade de ação afirmativa, *exempli gratia*, os artigos 5º (princípio da isonomia), 3º, IV (promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação) e 208, V (princípio da meritocracia).

O Supremo Tribunal Federal ao entender como Constitucional o sistema de cotas étnico-raciais consolida-o como isonômico à luz dos três requisitos apresentados por Mello, sem olvidar que o critério adotado, em relação ao segundo requisito exposto, ainda seja alvo dos críticos mais persistentes.

### 3. CONCLUSÃO

Muitas vezes é necessário desigualar para igualar.

A implementação de Cotas étnicas como estratégia de ações afirmativas desigualam buscando a inclusão social de negros e índios, que, devido a preconceitos e discriminações viram seus direitos de participação na vida pública e privada violados.

O ingresso no Ensino Superior e a conseqüente graduação dão acesso a melhores empregos, sendo esta uma das poucas oportunidades de mobilidade social das classes menos abastadas.

A implementação de cotas étnicas para ingresso nas Universidades Públicas, contudo, não se mostra a forma mais adequada de ação afirmativa que objetive possibilitar igual acesso à educação.

Por elegerem o fator etnia como desigualador, carecem de correlação lógica com o benefício oferecido. Como os exames vestibulares são aplicados tendo como base o sistema da meritocracia, não se pode dizer que a etnia de uma pessoa a prejudicaria na hora de concorrer com os demais candidatos às vagas disponíveis.

Desta feita, mostra-se mais justo conceder o benefício das cotas àqueles alunos que estudaram na Rede Pública, e devido ao ensino precário oferecido por esta, não teriam condições de competir em situação de paridade com os demais alunos oriundos da Rede Privada de ensino.

Ademais, a aplicação desta cotas deve ser feita temporariamente. Perpetuar privilégios não é objetivo das cotas, portanto, uma vez “igualados os desiguais”, a utilização deste sistema tenderia a cessar.

#### 4. REFERÊNCIAS

BRASIL, Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 03 de abril de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 186**. Requerente: Democratas. Requerido: Universidade de Brasília. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

ACHTSCHIN, Ana Alice Lopes. **A criação de cotas para o ingresso de estudantes negros e pobres no ensino superior**. 2005. – Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Teófilo Otoni, Fundação Educacional Nordeste Mineiro. Teófilo Otoni, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009.

BERGMANN, B. In defense of affirmative action. New York: BasicBooks, 1996, apud MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: História e debates no Brasil. **Caderno de Pesquisa**, São Paulo, n. 117, 2002. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-)

15742002000300011&lng=en&nrm=iso&tlng=pt> Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 186**. Requerente: Democratas. Requerido: Universidade de Brasília. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

**Correio do Estado**. Proporção de negros com curso superior é 1/3 dos brancos. 20 de novembro de 2010. Disponível em: <[http://www.correiodoestado.com.br/noticias/proporcao-de-negros-com-curso-superior-e-um-1-3-dos-brancos\\_86432/](http://www.correiodoestado.com.br/noticias/proporcao-de-negros-com-curso-superior-e-um-1-3-dos-brancos_86432/)> Acesso em: 15 de março de 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença: as Ações Afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

FERREIRAS, Ricardo Franklin; MATTOSS, Ricardo Mendes. **O afro-brasileiro e o debate sobre o sistema de cotas: um enfoque psicosocial**. Pepsic, Brasília, março de 2007. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1414-98932007000100005&script=sci\\_arttext](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1414-98932007000100005&script=sci_arttext). Acesso em 16 de fevereiro de 2011.

GLYCERIO, Carolina. **Miscigenação não leva à democracia racial, diz sociólogo**. BBC – Brasil. 23/08/2007. Disponível em: [http://www.lpp-buenosaires.net/olped/acoesafirmativas/exibir\\_opinioao.asp?codnoticias=2457](http://www.lpp-buenosaires.net/olped/acoesafirmativas/exibir_opinioao.asp?codnoticias=2457)>Acesso em 03de março de 2011.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de**

transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

MENDES, Gilmar. Veja frases marcantes do julgamento sobre cotas raciais no Supremo. **Globo.com**, 26 de abril de 2012, Caderno Educação.

[http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/cartacapital\\_materia\\_2012.pdf](http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/cartacapital_materia_2012.pdf) <http://g1.globo.com/vestibular-e-educacao/noticia/2012/04/veja-frases-marcantes-do-julgamento-sobre-cotas-raciais-no-supremo.html>. Acesso em: 05 de maio de 2012.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação Afirmativa: história e debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa**, n. 117, p. 197-217, São Paulo, nov./2002. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-15742002000300011&lng=en&nrm=iso&tlng=pt.](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742002000300011&lng=en&nrm=iso&tlng=pt.)> Acesso em 25 de fevereiro de 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Gerliane Cabral. O princípio da igualdade nas ações afirmativas e a política de quotas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 31/10/2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3166](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3166)> Acesso em 15 de novembro de 2010.

POIRIER, Marie-Pierre. Ações afirmativas e avanços sociais. **Afrobrasnews**, Disponível em: <[http://www.news.afrobras.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=280:marie-pierre-poirier-acoes-](http://www.news.afrobras.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=280:marie-pierre-poirier-acoes-)

afirmativas-e-avancos-sociais&catid=35:artigos&Itemid=56> Acesso em 01 de março de 2011.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: Estudo de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2003.

SILVA, Marcelo Andrade Campos. Cotas Étnicas: falsa proteção social e a sua inconstitucionalidade. **Revista USCS Direito**. Universidade Municipal de São Caetano do Sul, Ano 10, n. 16, Jan/Jun de 2009.

# **LEGALIDADE E SOBERANIA DA GUERRA DO IRAQUE PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL**

Nivaldo Teixeira de Aguiar Júnior<sup>1</sup>

## **RESUMO**

O presente artigo se propõe a analisar sob o ponto de vista jurídico, a partir de um panorama conceitual os aspectos da legalidade que recaem sobre os argumentos levantados pela Força de Coalizão para justificar o início da Guerra do Iraque, bem como o fenômeno do terrorismo e, por conseguinte, as políticas contra terrorismo. Como se verá ao longo do texto, há dissenso na comunidade internacional quanto ao conceito de terrorismo, fato que gera impacto nas relações internacionais, especialmente no que concerne ao poder do Conselho de Segurança da ONU em definir as circunstâncias que autorizam a intervenção em um país.

## **PALAVRAS CHAVE**

EUA, Iraque, Legalidade, Soberania, Guerra, Terrorismo

## **ABSTRACT**

This article aims to analyze under the legal point of view, from a conceptual overview of the legal aspects that fall on the arguments

---

<sup>1</sup> Acadêmico do curso de Direito da FENORD e pesquisador do NIC.

raised by the coalition forces to justify the start of the Iraq War, as well as the phenomenon of terrorism and therefore policies against terrorism. As will be seen throughout the text, there is disagreement in the international community about the concept of terrorism, a fact that generates impact on international relations, especially with regard to the power of the UN Security Council to define the circumstances that authorize intervention in a country.

## **KEYWORDS**

U.S., Iraq, Legality, Sovereignty, War, Terrorism.

## **1. INTRODUÇÃO**

Durante toda a história da humanidade, os eventos bélicos deflagraram significativas mudanças no cenário jurídico internacional. Calha recordar, que o Direito Internacional, em sua formação embrionária se ocupou em tratar destes eventos e das relações entre Estados de cunho militar. A introdução de preceitos humanitários no estudo do Direito Internacional é uma importante conquista, que produz significativos desdobramentos na conformação das relações internacionais.

O 11 de setembro foi um fato inédito, representando, desta forma, um ponto crucial nas relações internacionais contemporâneas,



que necessita ser compreendido. Percebe-se, 10 anos depois, que tal tarefa está incompleta.

Neste artigo, discutiremos a respeito da Guerra do Iraque (também denominada de 2ª Guerra do Golfo), considerando a atualidade do tema e buscando aferir se a soberania do Estado e o direito de autodeterminação dos povos se encontram ameaçados devido à ingerência de Estados, especialmente as realizadas pelas grandes potências mundiais. Não podemos passar despercebidos a acontecimentos atuais como a Primavera Árabe, que de certa forma foi inspirada na queda de Saddam Hussein e que desperta certas discussões que remontam à época do governo do ditador e da invasão do Iraque.

A discussão deste assunto é de fundamental importância, pois é de interesse internacional, e, em princípio, diz respeito a todos os “cidadãos” do mundo e aos Estados. A estes no ponto que a preservação da soberania constitui tema de sumo relevo e a aqueles porque lhes interessa o direito à paz.

Desta forma, o presente artigo é dividido em três partes e possui como escopo central possibilitar ao leitor o entendimento de conceitos de terrorismo, contra terrorismo, legalidade e soberania, aplicando-os no caso da Guerra do Iraque e seus desdobramentos.

A primeira delas apresenta o conceito de terrorismo e de contra terrorismo. A segunda parte analisa os institutos legalidade e soberania que serão o arcabouço para a terceira parte, em que

descrevemos de forma sucinta os acontecimentos da Guerra do Iraque, abordando inevitavelmente os atentados do 11 de setembro e analisando as justificativas dadas pelos EUA e Força de Coalizão para a invasão do Iraque.

## **2. TERRORISMO E CONTRA TERRORISMO**

As tentativas para definir o conceito de terrorismo já ocupou vasto espaço nas doutrinas de relações internacionais. Estas tentativas perpassam toda a literatura do século XX, sendo perceptível tal dificuldade, inclusive nos antecedentes históricos do terrorismo, pois o termo sofreu constantes mutações ao longo do tempo.

Contata-se esta complexidade de definir o termo “terrorismo”, especialmente em setembro de 2001, momento no qual o conselho de segurança da ONU adotou diversas medidas legislativas, sem definir seu significado. Ressalta-se que não há ainda nenhuma definição unânime aceita pela comunidade internacional, pelo contrário, várias definições coexistem e o consenso parece longe de ser alcançado, o que comprova o fato de que o Terrorismo foi e sempre será um assunto polêmico e de difícil definição, sendo portanto notória esta divergência da comunidade internacional. É evidente a necessidade de uma definição que seja majoritária, para que dissipe por conseguinte, as dúvidas relacionadas a mutações do vocábulo.

No presente artigo, adotaremos o conceito proposto por Lessa e Suppo com as respectivas ressalvas a respeito das controvérsias:

Sistema de terror, governo formado sob intimidação, política de terror. O terrorismo pode ser revolucionário e/ou de Estado. É um modo de coagir, ameaçar ou influenciar outrem ou de impor-lhe a vontade pelo uso sistemático da força, da violência, do terror. É também forma de ação política que combate o poder estabelecido mediante o emprego da violência. Em síntese, a palavra terrorismo remete, sempre, a um único significado: o terror provocado sobre o outro, sobre a sociedade, sobre o Estado ou sobre instituições. (LESSA; SUPPO, 2003).

Não há, como já foi dito, historicamente, uma definição consensual entre os especialistas, entretanto, estes concordam que o fenômeno do terrorismo se faz presente em diferentes realidades, em que se modificam o nível de reprovação por parte da sociedade. Portanto, a análise do terrorismo sofre variações conforme o período histórico em que está inserido. Um exemplo é a Revolução Francesa, em que o terror é visto de forma positiva, sendo inclusive exaltado por Robespierre, que objetivava criar uma sociedade nova e melhor. (LESSA; SUPPO, 2003)

Nos termos da referida lei, terrorismo se caracteriza por “atos criminosos que ameacem a vida com o objetivo de influenciar a política do governo mediante a coerção.” Azambuja complementa tal definição, dizendo que terrorismo é

o calculado uso da violência ou da ameaça de sua utilização para inculcar medo, com a intenção de coagir

ou intimidar governos ou sociedades, a fim de conseguir objetivos, geralmente políticos, religiosos ou ideológicos (AZAMBUJA, 2008).

Definido o que vem a ser o termo terrorismo, nos deparamos com o contra terrorismo. Álvaro Pinheiro, preleciona que a expressão “contra terrorismo”, diz respeito à

Condução de medidas de caráter eminentemente ofensivo, tendo como alvo as diversas organizações terroristas, a fim de prevenir, persuadir, ou retaliar atos terroristas. Seu objetivo primordial é desencadear operações, por elementos especializados, visando à captura de integrantes das organizações terroristas, bem como aquelas efetuadas para liberar instalações ou reféns que venham a cair sob o controle dessas organizações (PINHEIRO, 2009).

Para que tais operações possam lograr sucesso, o planejamento e a execução devem ser realizadas a partir de um sólido e estruturado sistema de inteligência. Deve ser feita uma busca de informações em todas as áreas possíveis, uma vez que existe a possibilidade de extrair de cada uma dados significativos para as operações contra terroristas. (PINHEIRO, 2009)

### **3. LEGALIDADE E SOBERANIA**

Com o escopo precípua de analisar a 2ª Guerra do Iraque e seus desdobramentos, iniciaremos com o panorama conceitual e com entendimento do instituto da legalidade e, posteriormente, da soberania.

Sabe-se que o princípio da legalidade se exprime basicamente na observância das leis, ou seja, todo poder estatal sempre deverá atuar conforme o ordenamento jurídico vigente. No caso concreto, o modo de funcionamento do regime, bem como a autoridade investida nos governantes, serão embasadas na constituição, uma vez que esta é a base em que esta presente o exercício do poder e a competência dos órgãos estatais.

Em conformidade, Bobbio aduz que:

Na linguagem política, entende-se por legalidade um atributo e um requisito do poder, daí dizer-se que um poder é legal ou age legalmente ou tem o timbre da legalidade quando é exercido no âmbito ou de conformidade com leis estabelecidas ou pelo menos aceitas. (...) costuma-se falar em legalidade quando se trata do exercício do poder (...); o poder legal é um poder que está sendo exercido de conformidade com as leis. (...); o contrário de um poder legal é um poder arbitrário (BOBBIO, 1998, p. 674).

Percebe-se com isso que a legalidade exige instituições e atos de autoridade livres, que estejam em consonância com os preceitos jurídicos. Portanto, pode-se afirmar que, como consequência, o poder legal representa o poder em harmonia com os princípios jurídicos, que atuam como suporte a ordem estatal.

Ao adentrarmos na ceara da soberania, é pertinente constatar que o *11 de Setembro* deflagrou um novo estágio na comunidade internacional, pois gerou questionamentos a respeito do exercício da soberania, liberdade e autodeterminação dos Estados. É de bom

alvitre ressaltar que definir soberania, a princípio, parece ser uma tarefa simples. Entretanto, tal conceito não é estático, o que o torna controverso. Portanto, adotaremos no presente artigo as definições expostas neste tópico, partindo da premissa de que a Carta da ONU no artigo 2, § 1, diz que a organização “é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”, complementando com o artigo 3 da Carta da OEA, que diz: “a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade , soberania e independência dos Estados.”

Nas palavras de Rodrigues Fernandes More, soberania

É o resultado de um conjunto de poderes internos, harmonizados, sobre os quais se estabelecem os fundamentos e se realizam os objetivos do Estado dentro e fora de seu território, com a ressalva de que, neste segundo momento, em consonância com as regras e princípios de direito internacional. (...) (MORE)

Quando um governo não se encontra subordinado a nenhuma autoridade que lhe é superior e, por conseguinte, não reconhece nenhum poder que gere dependência à definição e ao exercício de suas competências, se colocando em posição de igualdade com outros governos, com o objetivo de construção da ordem internacional, e respeitando as premissas desta ordem, passa a se identificar o Estado. A soberania é um elemento indispensável ao Estado, pois o faz titular de competências, que em virtude de uma ordem jurídica internacional são limitadas, muito embora nenhum outro Estado as tenha de forma superior (REZEC, 2011).

A soberania talvez possa ser um dos elementos constitutivos mais precioso de um Estado, porém, no contexto da pós – modernidade é de fácil percepção o fato de que não há respeito absoluto a ela, visto que cada Estado possui características peculiares.

Fundamentando em Hildebrando Aciolly, pode-se afirmar que o conceito de soberania no Direito Internacional está sofrendo diversas transformações, e que inclusive o conceito de Estado Soberano foi modificado, devido ao surgimento de novos Direitos Fundamentais e devido as transformações que se podem chamar de fatores de influencia externa, que deflagraram uma nova concepção do principio da soberania (MARTINS, 2009).

#### **4. A GUERRA DO IRAQUE**

Ao falarmos sobre a Guerra do Iraque, inevitavelmente nos referimos ao 11 de Setembro, o maior ataque sofrido pelos EUA e que deflagrou tal evento bélico, sendo intitulada pelo governo americano de “Operação Liberdade Iraquiana” cujas operações começaram em 20 de março de 2003, em meio a um emaranhado de criticas. Os EUA lideraram a Força de Coalizão, dotada de incrível superioridade tecnológica, conduzindo a guerra de forma rápida bem sucedida, “conquistando” Bagdá e praticamente dizimando as tropas iraquianas. No entanto, os ataques terroristas e de movimentos de guerrilhas continuaram, exigindo enormes gastos norte-americanos.

Não iremos adentrar na órbita da discussão sobre qual teria sido a motivação dos EUA em iniciar a referida guerra, pois se trata de um fato controverso até os dias atuais.

Em 2003, os Estados Unidos apresentaram uma série de argumentos para fundamentar a legalidade da guerra. Nos reservamos a analisar, a partir de agora, as principais justificativas: legítima defesa e resoluções do Conselho de Segurança.

#### **4.1. LEGÍTIMA DEFESA**

Os EUA tentaram justificar a Guerra do Iraque a partir do instituto da legítima defesa, de modo que o uso da força seria legalmente possível.

Previsto no artigo 51 da Carta da ONU, a legítima defesa deve ser considerado um direito inerente a todo e qualquer sistema jurídico, sendo interpretado no âmbito internacional como um direito natural dos estados. A referida carta confere legitimidade ao uso da força em duas situações: em nome da auto-defesa (Carta da ONU, capítulo VII, artigo 51), tratando claramente a respeito da soberania, e o uso desta aplicação da paz através da força, quando deliberado pelo Conselho de Segurança em resposta a “qualquer ameaça a paz, violação a paz, ou ato de agressão” (Carta da ONU, capítulo VII, artigo 39) .

Percebe-se claramente no art. 51 que deve haver um “ataque armado” contra um membro da ONU, para legitimar o instituto. A



ilação dos EUA, entretanto, a respeito do citado artigo, foi diversa; de forma que não seria necessária a existência de um ataque armado, pois a legítima defesa também seria passível de ser aplicado nos casos em que algum país adotasse políticas armamentistas que possam colocar em risco a paz e a segurança internacional, conforme John Yoo<sup>2</sup>,

O direito de legítima defesa reconhecido no artigo 51 da Carta das Nações Unidas autorizava o uso da força no Iraque”, pois “os requisitos tradicionais da legítima defesa deveriam ser reinterpretados no contexto moderno das armas de destruição em massa e do terrorismo internacional. (YOO *apud* PINHEIRO, 2009).

Parte da doutrina entendeu o artigo 51 como um dispositivo exaustivo que se manifesta como a regulamentação dos limites da legítima defesa internacional, porém, para outros se trata de um amplo direito consuetudinário que vai além do direito de resposta a um ataque armado. A partir desta corrente, fundamenta-se o denominado direito à legítima defesa preventiva.

Tal direito, utilizado como fundamentação da legalidade da Guerra do Iraque, foi interpretado pelo Conselheiro Legal do Departamento de Estado dos EUA, como “um exemplo de uso preventivo da força, que poderia ser considerada como uma extensão do direito de legítima defesa” (McGOLDRICK *apud* PINHEIRO, 2009). A Casa Branca, na época, chegou a afirmar que no referido

---

<sup>2</sup> Professor norte-americano de Direito e conselheiro do Departamento de Justiça dos EUA no período 2001-2003

instituto “se faz presente a mais forte linha argumentativa, que se foca em imperativos de defesa dos EUA: a nova doutrina de guerra preventiva, ou a chamada Doutrina Bush” (WHITE HOUSE *apud* ANDRADE).

Essa começa com a proposição de que o direito internacional aceita de forma inquestionável o direito de autodefesa, reconhecendo que o exercício de tal direito não requer ter recebido o primeiro golpe. Ressalta-se que a doutrina majoritária não reconheceu a validade da legítima defesa preventiva.

Evans aponta que, embora a linguagem do Art. 51 se refira ao direito à força, apenas no caso de ocorrência de um ataque armado, o direito à auto-defesa se estende também para a iminência de um ataque. Nesse sentido, os Estados teriam o direito de usar a força quando houvesse fortes evidências de que logo seriam vítimas de agressão. O termo “iminência” refere-se à mobilização e preparações; com isso os EUA alegaram que os terroristas, com as ADM (Armas de Destruição em Massa) em sua disposição, poderiam facilmente transportá-las, escondê-las e usá-las sem aviso”. (EVANS *apud*, ANDRAD)

Richard Falk, Professor Emérito de Direito Internacional e Prática na Universidade de Princeton (EUA), assinala:

Os fatos não deram suporte ao caso de preempção, pois não existiu nem iminência nem necessidade. Como resultado, a Guerra no Iraque pareceu, no máximo, qualificar-se como um exemplo de guerra preventiva, mas existem fortes razões legais, morais e políticas

para negar (...) a legalidade (...) de tal uso da força. Não é aceitável exceção ao sistema da Carta, e nenhum esforço foi feito pelo governo dos EUA para reivindicar o direito de guerra preventiva, embora o fraseado altamente abstrato e vago da doutrina de ação preemptiva [de antecipação] na Estratégia de Segurança Nacional dos EUA fosse mais precisamente formulada como “uma doutrina de guerra preventiva”. (FALK *apud* PINHEIRO, 2009).

Contrariamente, William Taft IV e Todd Buchwald argumentaram que:

(...) Cada caso não deveria ser julgado com base em conceitos abstratos, mas sim, com base nos eventos particulares que lhe deram causa. Embora as nações não devam usar a defesa preventiva como pretexto para agressão, ser a favor ou contra a defesa preventiva, em termos abstratos, é um erro. (...) A operação Liberdade Iraquiana foi criticada como ilegal, por ser preventiva. Essa crítica é infundada. (...) (TAFT IV; BUCHWALD, *apud* PINHEIRO, 2009).

É importante, ressaltar também duas resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança da ONU, a 1368 e a 1373, em resposta aos atentados terroristas de 11/09. Com a resolução 1368, a legítima defesa foi estendida de forma abusiva, uma vez que o Conselho declarou-se pronto para tomar “todas as medidas necessárias para responder aos ataques terroristas de 11 de setembro”, sendo que o “Conselho reconhece o exercício do ‘direito inerente à legítima defesa individual ou coletiva, conforme previsto na Carta”. Já com a resolução 1373, o conselho teve suas competências ampliadas.

A reação do Conselho de Segurança em adotar tais resoluções, em especial a 1373, merece ser analisada, uma vez que houve uma utilização inédita e questionável do direito internacional, pois o Conselho de Segurança buscou combater o terrorismo, editando resoluções gerais e obrigatória, portanto de caráter legislativo. Este comportamento acabou por gerar discussões no que tange aos reais poderes concedidos ao Conselho de Segurança pela Carta da ONU, que, diga-se de passagem, não lhe confere a princípio a competência legislativa, ameaçando assim o processo tradicional de formação do direito internacional e suas fontes. É de bom alvitre recordar que o Conselho de Segurança é um órgão criado com o objetivo de manutenção da paz e segurança internacional, agindo normalmente por meio de resoluções, que podem ser simples recomendações ou até decisões obrigatórias, sendo este último caso excepcional, pois o poder de obrigar os Estados representa um atentado a sua soberania. Portanto, essa excepcionalidade só poderia ser utilizada dentro de certos limites, temporalmente (enquanto o problema perdure) e em situações concretas, particulares e determinadas, ou seja, contexto limitado materialmente (para uma situação fática, única) que representem uma ameaça à paz e à segurança internacionais, atuando como uma órgão de urgência diante de ameaças reais.

O verdadeiro limite dos poderes do Conselho se situa no plano do alcance das medidas que ele adota. Este limite é duplo. Por um lado ele só pode tomar medidas particulares, ligadas a uma situação determinada e não poderia agir pela via normativa. (...) Por outro, o

Conselho só pode adotar medidas provisórias, ligadas à situação que se busca mudar e fadadas a desaparecer com elas. Em suma, ele não pode modificar o estado do direito, realizar sua transformação permanente, mas simplesmente suspender ou modificar sua aplicação de maneira temporária.” (COMBACAU e SUR *apud* ANDRADE, 2008)

Doutrinariamente, é ínfima a corrente que entende que o Conselho de Segurança da ONU teria o poder de legislar, pois a Carta não proíbe expressamente que o Conselho de Segurança tenha um poder legislativo e que sua tarefa de guardião supremo da paz e da segurança internacionais o autorizariam a legislar. Entretanto, a doutrina majoritária entende que o Conselho não pode legislar devido a uma interpretação sistemática e teleológica da Carta. Com isso, há uma real ameaça quanto à estabilidade e à segurança jurídica internacional, devido a um conselho que auto outorga poderes que não possui, avançando perigosamente por uma via antidemocrática. (ANDRADE, Isabela Piacentini – Conselho de Segurança da ONU: legislador internacional )

## **4.2. RESOLUÇÕES**

O principal argumento utilizado pelos EUA foram as resoluções do Conselho de Segurança da ONU (660, 678, 687, 1441). É pertinente, considerarmos desde logo que,

A existência de uma sociedade internacional e, conseqüentemente, de obrigações vinculantes para o Estado, não é incompatível, em princípio, com a soberania deste. Tal compatibilidade é resultado do princípio de que os compromissos internacionais do Estado derivam do consentimento deste mesmo Estado. (CRUZ *apud* MIRANDA, 2011)

Inicialmente vamos proceder com um resumo sucinto de cada resolução. A Resolução 660 foi adotada em 1990 e solicitava que o Iraque retirasse suas tropas de ocupação do Kuwait. Por sua vez, a resolução 678, do mesmo ano, autorizou a todos os Estados membros a cooperarem com o governo do Kuwait, utilizando todos os meios necessários para implementar a Resolução 660 e as resoluções subseqüentes, a fim de restaurar a paz e a segurança na região. A resolução 687, de 1991, dizia que o Iraque deveria destruir suas armas nucleares, químicas e biológicas e limitar em 150 km o alcance de seus mísseis balísticos. A fim de se verificar de forma efetiva o cumprimento da resolução, decidiu-se por instalar um regime de inspeção, por meio da UNSCOM (Comissão Especial das Nações Unidas), porém tais inspetores foram acusados pelo governo iraquiano de serem espões americanos, alegação esta que fundamentou a decisão do Iraque de não permitir as inspeções.

A principal resolução, no entanto, foi a 1441, que determinou que o Iraque “continua incorrendo em violações materiais de suas obrigações, segundo o disposto em resoluções relevantes, incluindo a resolução 687, especialmente por não cooperar com os inspetores das Nações Unidas e da IAEA, e não realizar as ações exigidas e

dispostas nos parágrafos 8 a 13 da resolução 687.” Ainda nos termos da resolução, foi oferecido ao Iraque “uma última oportunidade de cumprir com suas obrigações de desarmamento, segundo as resoluções relevantes do Conselho”, sendo decidido “instaurar um regime reforçado de inspeção, com o objetivo de realizar total e comprovadamente o processo de desarmamento previsto pela resolução 687 e resoluções subsequentes do Conselho”. (...) Vale destacar a determinação final presente na Resolução 1441, que gerou muita controvérsia: “Recorda, neste contexto, que o Conselho alertou rapidamente o Iraque que, caso continue infringindo suas obrigações, enfrentará conseqüências graves” (Resolução 1441, 2002 apud PINHEIRO, 2009).

Os EUA e o Reino Unido, apoiados pela Espanha, enviaram na época uma proposta de resolução ao Conselho de Segurança da ONU, que embora não aprovada, refletiu a interpretação de ambos os Estados a respeito da resolução 1441. A proposta trazia em seu bojo os argumentos de que a resolução 1441

Ao mesmo tempo em que reconhecia que o Iraque esteve e permanecia em violação material de suas obrigações, deu ao Iraque uma oportunidade final para cumprir suas obrigações de desarmamento especificadas nas resoluções relevantes.(CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS)

Observou ainda que,

O conselho decidiu que afirmações falsas ou omissões na declaração a ser submetida pelo Iraque conforme exigido naquela resolução e que o não-cumprimento

daquela resolução pelo Iraque e a não-cooperação integral do país em sua implementação, a qualquer momento, constituiriam mais uma violação material; (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS)

e que

O conselho lembrou que já havia advertido o Iraque repetidas vezes de que o país sofreria sérias consequências se continuasse a violar suas obrigações (CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS).

Contudo, o principal argumento utilizado pela Força de Coalisção foi que a combinação das resoluções citadas teriam conferido uma autorização legal para o uso da força.

O Procurador-Geral do Reino Unido, Lord Goldsmith, chegou a afirmar que realmente existiu uma autorização legal, com base nas resoluções do Conselho de Segurança, para se utilizar da força na invasão ao território iraquiano, em 2003:

Autoridade para o uso da força contra o Iraque existe a partir do efeito combinado das Resoluções 678, 687 e 1441. Todas essas resoluções foram adotadas com base no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, o qual permite o uso da força para o expreso propósito de restaurar a paz e a segurança internacionais. (GOLDSMITH *apud* PINHEIRO, 2009).

Entretanto, para os defensores da ilegalidade da guerra, a resolução 1441 não se tratava de uma autorização automática para a invasão do Iraque, caso este não permitisse a entrada de inspetores, uma vez que tal resolução não especificava as conseqüências legais



da violação material nem autorizava expressamente qualquer emprego de força no país. A resolução visava apenas conceder uma última oportunidade para que o Iraque respeitasse as antigas resoluções.

Dominic McGoldrick, Professor de Direito Público Internacional na Liverpool Law School (Inglaterra), afirma que:

A menos que tenhamos um sistema legal internacional em que todos os Estados finalmente, e não apenas inicialmente, exerçam um direito de auto-interpretação, então somos forçados a concluir que a melhor visão do Direito Internacional em 2003 é que os EUA e o Reino Unido agiram ilegalmente. (McGOLDRICK *apud* PINHEIRO, 2009)

Portanto, buscou-se evitar uma autorização para um ataque imediato, mediante dois momentos: o primeiro seria as inspeções, e o segundo seriam as eventuais sanções. A resolução adotou também um sistema de verificação rigoroso que previa “consequências sérias”. Em suma, os Estados Unidos não obtiveram uma solução que autorizasse o uso automático da força militar, caso o Iraque não cooperasse com os inspetores ONU (RAMINA, 2003 *apud* PINHEIRO, 2009).

Percebe-se que a grande celeuma foi a resolução 1441, a gênese da discussão acerca da legalidade ou não da intervenção no Iraque, por ter uma interpretação imprecisa. Os termos da resolução foram vagos, o que conseqüentemente permitiu brechas para se justificar a guerra, uma vez que os EUA tentaram utilizar da

subjetividade da linguagem de tal resolução, que apresentava diversas cláusulas que, de certa forma, fundamentavam os dois lados do debate (GLENNON, 2003).

Portanto, ao falarmos sobre resoluções devemos observar o caráter policial do Conselho de segurança, para se aferir a legalidade de seus atos. Contudo, este caráter não pode ser utilizado como defesa para violações ao direito. Assim sendo, aferir a legalidade ou ilegalidade de uma resolução do Conselho, é uma tarefa cujo consenso é difícil de ser alcançado. (SALLES, 2004)

Ramminger, em uma análise a respeito da Organização das Nações Unidas e com relevante aplicabilidade no que tange as resoluções editadas pelo Conselho de Segurança da citada organização, preleciona que muitos concluíram que a ONU perdeu sua credibilidade, uma vez que foi incapaz de evitar uma intervenção dos EUA no Iraque, porém, o que ocorreu foi o inverso, pois como foi demonstrado neste tópico, a organização não concedeu em nenhum momento autorização para a intervenção norte-americana. Com isso, as Nações Unidas se posicionaram como uma instituição independente, uma vez que colaboram para a comunidade internacional, com decisões fundamentadas no Direito, utilizando para tanto as ferramentas que tinham a disposição. Ramminger fundamenta sua argumentação, dizendo que não se pode confundir credibilidade com eficácia, pois credibilidade tem um cunho moral, e a eficácia, por sua vez, diz respeito à disponibilidade ou não de instrumentos. É sabido que a ONU possui todo um arcabouço

peculiar, e que está limitada à soberania dos Estados não podendo, portanto, atuar sem a participação destes. Contudo, tais Estados não lhe ofereceram recursos para agir na situação em questão, logo pode-se aferir que a ONU não é irrelevante, pois caso fosse, os EUA não tinham buscado uma aprovação desta, no sentido de fundamentar a intervenção como um ato legal (RAMMINGER).

## 5. CONCLUSÃO

O atentado de 11 de Setembro eclodiu na comunidade internacional uma série de indagações, argumentos e discussões, que contribuíram para dar origem a um novo estágio no Direito Internacional, além de ter levado a uma série de desdobramentos que se apresentam latentes até os dias atuais e que assim permanecerão provavelmente por muitos anos.

Independentemente do assunto relacionado ao direito internacional que abordamos, estaremos inevitavelmente discutindo questões relativas à soberania, liberdade e autodeterminação dos Estados Nacionais. Em particular, o assunto que permeia a discussão deste artigo (Guerra do Iraque) nos conduz mais intimamente a tal discussão, principalmente quando nos deparamos com a obrigatoriedade ou não das resoluções do Conselho.

Concluindo, cabe a ressalva de que sempre que se adentra no mérito de discussões referentes ao âmbito internacional, os caracteres da objetividade e do absolutismo são extremamente vulneráveis uma

vez que os Estados Nacionais apresentam internamente um arcabouço jurídico dotado de autoridades inseridas em sistema hierárquico, em contrapartida ao plano internacional, em que tais caracteres são ausente, pois vigora a coordenação e não a subordinação.

## 6. REFERENCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento ; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 19 ed. edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

ANDRADE, Isabela Piacentini. Conselho de Segurança da ONU: legislador internacional? **Revista Ius Gentium: Teoria e Comércio no Direito Internacional**. nº 1, julho 2008, p. 167. Disponível em: <<http://www.iusgentium.ufsc.br/revista/artigo07.pdf>> Acesso em: 5 nov.2011

ANDRADE, Renan Costa. **Legitimidade e direito internacional: uma análise conceitual e empírica sobre o uso da força no cenário internacional contemporâneo**. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/34810/000783539.pdf?sequence=1>> Acesso em 21 mar. 2012

AZAMBUJA, Carlos Ilicht Santos. **A definição de terrorismo**. Disponível em: <http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2008/07/424043.shtml>. Acesso em 18 março 2012).

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UNB, 1998. v. 2.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS.  
<http://www.oas.org/dil/port/1945%20carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>. Acesso em 18 out.2011.

GARCIA, Maria. Revista de Direito Constitucional e Internacional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Ano 14 abr./jun. 2006. n. 55. Instituto Brasileiro de direito Constitucional. Editora Revista dos Tribunais. Artigo: Torres Gêmeas: as vitimas silenciadas. O direito internacional entre o caos e a ordem. A questão cultural do mundo globalizado.

GLENNON, Michael J. **Why the Security Council Failed, Foreign Affairs**, jun. 2003. Disponível em: <[HTTP://foreignaffairs.org/author/michael-j-glennon/index.html](http://foreignaffairs.org/author/michael-j-glennon/index.html) > Acesso em 22 março 2012

LESSA, Mônica Leite, SUPPO, Hugo R. O Nacionalismo Basco e o ETA. **Cena Internacional**. Ano 5. n. 3. 2003. Disponível em: [http://mundorama.net/2003/revista cena internacional](http://mundorama.net/2003/revista%20cena%20internacional). Acesso em: 18 out 2011.

MARTINS, Thiago Penzin Alves. **A relativização do principio da soberania no direito internacional**. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2009/Discentes/A%20relativizacao%20do%20principio%20da%20soberania%20no%20Direito%20Internacional.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Discentes/A%20relativizacao%20do%20principio%20da%20soberania%20no%20Direito%20Internacional.pdf)> Acesso em: 18 out. 2011.

MIRANDA, Napoleão. Globalização, soberania nacional e direito internacional. **Revista CEJ**, Brasília, n. 27. p. 86-94. Outubro/Novembro 2004. Disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/638/818> > Acesso em 19 nov.2011

MORE, Rodrigues Fernandes. O Moderno conceito de soberanis no âmbito do direito internacional. <[www.more.com.br/artigos/Soberania](http://www.more.com.br/artigos/Soberania). Acesso em: 18 out. 2011> .

PINHEIRO, Álvaro. **O Combate ao Terrorismo**. Disponível em: <<http://www.defesanet.com.br/terror/noticia/971/O-COMBATE-AO-TERRORISMO>>. Acesso em: 17 mar 2012

PINHEIRO, Leandro Guerreiro C.. Guerra do Iraque: análise de sua legalidade frente ao direito internacional contemporâneo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2178, 18jun. 2009 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13002>>. Acesso em: 30 maio 2012.

RAMMINGER, Érica. O Conceito de Auto-Defesa na Carta da ONU e a Guerra do Iraque: Guerra Preventiva ou Preemptiva? Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/artigos/O%20CONCEITO%20DE%20AUTO%20DEFESA%20NA%20CARTA%20DA%20ONU%20E%20A%20GUERRA%20NO%20IRAQUE%20Erica%20Olivia.pdf>> Acesso em: 6 mar. 2012.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. Curso Elementar. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SALLES, Luiz Eduardo Ribeiro. A legalidade internacional das decisões do conselho de segurança da ONU. **Virtuajus**. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2004/Discentes/A%20Legalidade%20Internacional%20das%20Decisoes%20do%20Conselho%20de%20Seguranca%20da%20ONU.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/Discentes/A%20Legalidade%20Internacional%20das%20Decisoes%20do%20Conselho%20de%20Seguranca%20da%20ONU.pdf)> Acesso em: 22 mar.2012.

**USA Patriot Act – Public Law 107-56 – 107th Congress**. Disponível em <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ56/html/PLAW-107publ56.htm> Acesso em 18 março 2012.

**CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS**. RESOLUÇÃO 1441, de 08 de novembro de 2002, do Conselho de Segurança das Nações Unidas aprovada na sua 4644.<sup>a</sup> sessão (doc. S/RES/1441). Disponível em <[http://www.onu-brasil.org.br/reso\\_iraque.php](http://www.onu-brasil.org.br/reso_iraque.php)>. Acesso em: 10 jan. 2008.

# **O DIREITO AMBIENTAL E A SOBERANIA DA FLORESTA AMAZÔNICA NO CONTEXTO ATUAL**

Nordeliane Tomaz Tigre Duarte<sup>1</sup>

## **RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo a caracterização da importância da soberania e o Direito Ambiental, como esses dois institutos se relacionam. Levando-se em consideração a questão ambiental no contexto atual, pois assume papel fundamental e indispensável na melhoria da qualidade de vida do ser humano. Inicia-se, por vez, uma explanação acerca se de fato existe uma soberania, discutindo-se a importância e a influência, da mesma, no Direito Ambiental. Abrangendo os bens ambientais em tela protegidos, ao qual, evidencia a integridade do meio ambiente, especificamente a integridade do patrimônio da Amazônia, analisando assim a necessária valorização do Direito Ambiental e sua soberania, desenvolvendo uma consciência ecológica.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Soberania, Direito Ambiental, Patrimônio Ambiental, Floresta Amazônica.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do curso de Direito da FENORD e pesquisadora do NIC

## **ABSTRACT**

This paper aims to characterize the importance of sovereignty and environmental law, as these two institutes relate. Taking into account the environmental issue in the present context, since it assumes fundamental and indispensable role in improving the quality of human life. Begins, a time, an explanation about whether in fact there is a sovereign, discussing the importance and the influence thereof on the Environmental Law. Covering the screen protected on environmental goods, which evidences the integrity of the environment, specifically the integrity of the heritage of the Amazon, thus analyzing the necessary appreciation of environmental law and its sovereignty, developing an ecological consciousness.

## **KEYWORDS**

Sovereignty, Environmental Law, Environmental Heritage, Amazon Rainforest.

## **1. INTRODUÇÃO**

A Amazônia berço da maior bacia hidrográfica e uma das áreas mais ricas em diversidade animal e vegetal de todo o mundo é hoje assunto importantíssimo no âmbito nacional e, por conseguinte



internacional, colocando-se em tela sua preservação ecológica, tornando-se alvo de pretensões alheias ao verdadeiro bem coletivo e humanitário, envolvendo assim, a questão do Direito Ambiental. Uma vez que se trata de um direito público e difuso, relacionando-se por vez com o princípio da primazia da soberania nacional e conseqüentemente com a integridade desse patrimônio, indiscutivelmente precioso para a humanidade, no que condiz com a importância deste para a sobrevivência animal e para a estabilidade ambiental do planeta.

Porém, sua importância não se limita apenas no contexto do equilíbrio ecológico mundial, pois, a Amazônia é berço também de inúmeras civilizações indígenas e populações tradicionais em que incluem os seringueiros, castanheiros, ribeirinhos entre outros, e constituem uma vasta e rica fonte de matérias primas e de exorável valor natural e cultural da civilização dos povos brasileiros, tornando-se, necessárias e urgentes medidas que resguardem a soberania do patrimônio nacional conjuntamente com a preservação da Amazônia, visto que a constituição federal em seu artigo 225 § 4º: consagra a floresta amazônica brasileira como patrimônio nacional, pois se sujeita a soberania do Estado brasileiro.

No entanto, essa noção de soberania atualmente encontra obstáculos, uma vez que perpassa por grande discussão, se realmente existe uma soberania, já que é notória a forte influencia comercial internacional nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

Indaga-se, se essa soberania está sendo perdida, uma vez que sua preservação e benefícios se estendem a toda humanidade, visto que é de preocupação comum, pois se trata de uma fonte de sobrevivência, e conseqüentemente todos os Estados se vêem obrigados a preservar esse patrimônio.

Assim Como bem diz o artigo 225 da Constituição Federal:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, para as presentes e futuras gerações. (Constituição Federal 1988. Artigo 225).

Por fim, o presente artigo trará à luz alguns argumentos em que se pauta aqueles que são favoráveis e desfavoráveis à questão da Amazônia em mãos nacionais ou internacionais. No entanto, primordial se faz o entendimento desses institutos ora mencionados.

## **2. O DIREITO AMBIENTAL**

Até o início dos anos 80 não havia uma legislação de proteção ao meio ambiente, em que se preocupava tão somente com o capitalismo, dessa forma o direito ambiental surgiu exatamente para frear as contravenções e os crimes ambientais tão comuns no Brasil, assim o direito ambiental é um dos mais modernos ramos do Direito, pois é constituído por um conjunto de regras jurídicas relativas à

proteção da natureza, visando regular a relação do homem e seus meios de produção com a natureza, permitindo o equilíbrio dessa relação.

Dessa forma, trata-se de um direito difuso, uma vez que todos e qualquer um são legítimos para pleitear sua defesa e automaticamente coletivo. Assim, sua aplicabilidade não ocorre de maneira isolada, pois, utiliza-se de institutos de direito penal, direito civil e direito administrativo para tornar efetivas as suas normas.

Nesse raciocínio, o festejado professor Michael Prieur da Universidade de Limoges-França e diretor do Centro de Direito Ambiental, preleciona de modo esclarecedor que:

O direito do meio ambiente, constituído por um conjunto de regras jurídicas relativas à proteção da natureza e à luta contra as poluições. Ele se define, portanto, em primeiro lugar pelo seu objeto. Mas é um direito tendo uma finalidade, um objetivo: nosso ambiente está ameaçado, o Direito deve poder vir em seu socorro, imaginando sistemas de prevenção ou de reparação adaptados a uma melhor defesa contra as agressões da sociedade moderna. Então o direito do meio ambiente mais que a descrição de Direito existente é um direito portador de uma mensagem, um Direito do futuro e da antecipação, graças ao qual o homem e a natureza encontrarão um relacionamento harmonioso e equilibrado. (PRIEUR apud FARINHA, 2006, p. 11).

Por conseguinte, com o advento da lei n° 6.938/81 que criou a Política Nacional do Meio Ambiente, a Constituição Federal de 1988 foi à primeira constituição brasileira a consagrar um capítulo para o Direito Ambiental, trazendo grandes inovações ao ordenamento

jurídico brasileiro concernente a proteção ambiental. O Meio Ambiente por sua vez é uma universalidade, ou seja, pertencente a toda humanidade indistintamente, pois, é a base natural sobre a qual se estruturam as sociedades humanas, afinal seu conjunto é a estrutura da permanência das civilizações do planeta.

Nesse sentido, necessário se faz mencionar o entendimento do ilustre José Afonso da Silva, que define o meio ambiente como a "interação do conjunto de elementos naturais, artificiais, e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas" (SILVA, 2000, pág. 2).

Bem como, a Lei n.6.938/81, no seu art. 3º, I, conceitua o meio ambiente como: "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Conclui-se que o meio ambiente é o resultado da interação entre o homem e a natureza, pois esse não teria condições de sobrevivência longe da mesma, sendo assim imprescindível tal relação, estabelecendo um relacionamento mais harmonioso e equilibrado, ou seja, passivo de ser respeitado, preservado e zelado, tornando-se fundamental para garantir a dignidade da pessoa humana e a vida em geral, garantindo assim a paz social.

Nessa ótica, o meio ambiente equilibrado passou a integrar o patrimônio indisponível do indivíduo e da coletividade, adquirindo a qualidade de direito fundamental de caráter *erga omnes*, construindo, assim um caráter revolucionário, tornando-se, a base de sustentação

da vida no planeta e regulamentando os comportamentos devidos, prevendo ações para com a preservação do meio ambiente através de sua legislação.

Por conseguinte, para regular o equilíbrio ambiental mundial, temos o Direito Ambiental Internacional que surgiu ao longo do século XX, em virtude do agravamento dos problemas ambientais e do estabelecimento de uma consciência ecológica. Nessa perspectiva, na opinião pública internacional, não se trata de uma disciplina autônoma do Direito, mas de um ramo do Direito Internacional focado na instituição de regras ambientais internacionais com fins de conservação e uso racional do meio ambiente e assim como o direito ambiental interno os princípios de "prevenção" e "precaução" são adotados com precisão.

O Direito Ambiental está situado dentro do poder de legislar, exclusivamente no território brasileiro e a soberania está ligada ao patrimônio cultural brasileiro, nessa premissa patrimônio é o conjunto de bens materiais e imateriais que contam a história de um povo e sua relação com o meio ambiente.

O patrimônio pode ser classificado em histórico, cultural e ambiental, o qual se refere a um bem natural, e é a interação do homem com o meio ambiente e tudo o que o envolve, fazendo com que essa relação interfira no cotidiano, sendo imprescindível que a sua conservação seja de interesse público. Assim, o Patrimônio Ambiental é formado pela qualidade do meio ambiente, que se converte num bem que o direito reconhece e protege.

O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio representado pela flora e fauna silvestres, bem assim o seu habitat, que se encontram atualmente em grave perigo, por uma combinação de fatores adversos. Em conseqüência, ao planificar o desenvolvimento econômico, deve ser atribuída importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres (Declaração de Estocolmo. Princípio IV. 1972).

### **3. A SOBERANIA**

O Direito Ambiental brasileiro está vinculado à soberania e o direito soberano do Estado sobre seus recursos naturais, sendo imprescindível esclarecer a relação existente entre ambos os institutos.

O conceito de soberania surgiu na França durante a idade média, referindo-se não ao Estado soberano atual, mas, primordialmente à relação de súdito e soberano, pois os reis conquistaram autoridade e todas as funções do Estado, surgindo então um poder soberano. O conceito de soberania foi adquirindo forma e estabilidade com o passar dos séculos em que novos elementos foram incorporando-se ao conceito de soberania.

Jean Bodin (1529-1596) em sua obra “Seis livros da república” foi o primeiro teórico a abordar “a função positiva da soberania”, a conceituá-la, considerando-a, um elemento essencial do Estado. Assim “Bodin pela primeira vez utiliza o termo Souveraineté

para no século XVI designar o poder supremo da República”. (Magalhães, 2002, p.23).

Segundo Bodin, a soberania é um poder supremo, absoluto e perpétuo de uma República, incontestável, não submetido a nenhum outro poder, porém, limitado somente por leis naturais e divinas que antecedem os homens e conseqüentemente estão acima da vontade humana.

Igualmente, merece ser trazido à baila o entendimento do ilustre autor Rousseau, que também definiu a soberania, afirmando que a mesma pertencia exclusivamente ao povo, tornando-se seu legítimo titular, qualificando-a por ser inalienável e indivisível. Dessa forma a corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento de Rousseau que preleciona sobre as características do poder soberano em sua obra *Du Contrat Social*:

A soberania, por ser apenas o exercício da vontade geral, não pode jamais se alienar, e que o soberano, que não é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode ser transmitido, não a vontade geral, não podendo esta se alienar e nem ser representada por quem quer que seja, sendo também indivisível, pois a vontade só é geral se houver a participação do todo. O pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus membros, e, este poder é aquele que, dirigido pela vontade geral, leva o nome de soberania. O poder soberano completamente absoluto, sagrado e inviolável não ultrapassa e nem pode transgredir os limites das convenções gerais (ROSSEAU apud SOARES, 2001, p. 157-158).

A esse propósito, seguindo os passos de Bodin, vários outros autores escreveram sobre a soberania. A partir do século XIX, o conceito de soberania incorporou-se à noção de poder político e a partir do século XX a soberania passa a ser atrelada ao Estado. A soberania então passa a ser vista como elemento indispensável à formação de um Estado, segundo Rui Barbosa “direito elementar por excelência dos Estados constituídos e independentes”.

Portanto, a soberania é considerada autoridade suprema, refletindo o poder político de exercer o comando (emprego de coação) e o controle (impor seu poder) de que dispõe o Estado, tornando-se o poder maior dentro da jurisdição do Estado.

Por vez, o Estado somente será soberano externamente se conseguir atuar de forma livre no âmbito internacional, sem interferência dos demais Estados, ou seja, o Estado exerce sua verdadeira soberania quando se torna independente. Quanto à soberania interna, o Estado deverá exercer o poder soberano dentro do seu próprio território e em relação aos indivíduos daquele território. A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento atual do eminente Alberto Ribeiro de Barros, que assevera:

Em toda sociedade política deve haver uma esfera última de decisão, um único centro de comando, livre de qualquer intervenção, interna ou externa, que imponha normas aos membros dessa sociedade, de maneira exclusiva e de acordo unicamente com sua vontade, a fim de manter a ordem e a paz social. (BARROS, 2001).



A soberania então foi recepcionada em todos os textos constitucionais brasileiros, considerada um princípio fundamental. Caracteriza-se por ser a base Constitucional dos ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos de Direito. Dessa forma, a Constituição de 1988 é chamada de Constituição Democrática por conter texto expresso que eleva o Brasil a condição de Estado de Direito.

Por conseguinte, o Direito ao longo da História sofreu muitas transformações, visto que é criado para regular as relações sociais de determinado grupo à medida que esse grupo evolui, moldando-se às novas tendências e necessidades sociais, dessa forma, com o avanço da tecnologia e simultaneamente da globalização o planeta se viu numa nova expectativa, sofrendo alterações nas formas de convivência genericamente e por ser o Direito regulador da vida em sociedade é imprescindível que este assim o faça, pois o ordenamento jurídico deve ter um caráter dinâmico e conjunto com seus princípios.

Com vistas à contemporaneidade, salienta-se que o conceito clássico de Soberania não é mais aplicável, levando-se em questão o mundo globalizado em que vivemos, mesmo assim não fica comprometida a validade e eficácia da soberania, pois embora tal conceito não seja atualmente aplicado, não significa que tenha acabado a soberania.

Dessa forma, o conceito tradicional de soberania introduzido por Bodin tem sido reformulado, pois em seu conceito clássico Bodin não pressupunha a existência de uma comunidade internacional que

vinculasse uma relação entre os Estados, tornando-se incompleto na perspectiva atual, pois é através dos tratados internacionais que o conceito de soberania vem se remodelando, dessa forma o conceito de soberania renasce de forma inovadora, porém a partir desse novo conceito os Estados vêm-se obrigados a certas adaptações, posto que nem sempre seja dele a última palavra em todos os assuntos. Portanto, essa visão clássica de soberania já não mais se amolda ao mundo atual. O exemplo dessa mudança é a criação de tribunais internacionais supranacionais, formação de comunidades internacionais regionalizadas, etc.

Também por este prisma é o entendimento do respeitável Celso Ribeiro de Bastos, que perfilha o mesmo pensar, ao asseverar que:

O princípio da soberania é fortemente corroído pelo avanço da ordem jurídica internacional. A todo instante reproduzem-se tratados, conferências, convenções, que procuram traçar as diretrizes para uma convivência pacífica e para uma colaboração permanente entre os Estados... À pergunta de que se o termo soberania ainda é útil para qualificar o poder ilimitado do Estado, deve ser dada uma resposta condicionada. Estará caduco o conceito se por ele entendermos uma quantidade certa de poder que não possa sofrer contraste ou restrição (...)  
(BASTOS apud SILVA, 1992).

Assim, entende-se a partir do exposto acima que não há mais que se falar em soberania de forma absoluta, visto que, com o passar

dos séculos e os avanços da globalização mundial os Estados se condicionam uns aos outros para que se possa adquirir uma convivência pacífica, havendo uma colaboração entre ambos, tratando-se a mesma de forma relativa.

#### **4. A AMAZÔNIA NO CONTEXTO INTERNACIONAL**

O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e a condições de vida adequada em ambiente cuja qualidade lhe permita viver com dignidade e bem-estar, e cabe-lhe a solene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações atuais e futuras. A esse respeito condenam-se e devem ser eliminadas as políticas que promovem ou promovam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão ou dominação estrangeira. (Declaração de Estocolmo. Princípio I. 1972).

A Floresta amazônica no decorrer da história vem sendo explorada descontroladamente e diante dessas catástrofes ambientais a uma grande ocorrência nas mudanças climáticas como: as devastações, enchentes, temperaturas elevadas, secas prolongadas e a crescente escassez dos recursos naturais do planeta, causando danos irreparáveis ao meio ambiente. Estala-se, um verdadeiro conflito de interesses, em que uma parte minoritária da humanidade se preocupa com o futuro e a preservação da natureza.

Dessa forma, observando-se a necessidade da preservação do meio ambiente, o ordenamento jurídico brasileiro bem como os tratados internacionais criaram legislações específicas para garantir a sua prevenção e proteção, através do Direito Ambiental Interno e do Direito Ambiental Internacional, a Amazônia então passa a ser o grande alvo, pois além de possuir uma grande riqueza natural é considerada a maior floresta tropical do mundo e palco do maior patrimônio ambiental do Brasil.

Pois, ela é uma floresta rica em variedade de espécies animais, vegetais, minerais e hídricas, com extensão total aproximada de 5,5 milhões de km<sup>2</sup>, possuindo também um enorme potencial econômico, é composta pela Amazônia Legal, que constitui 60% do ecossistema no território nacional, a qual abrange as áreas pertencentes ao Brasil, aos Estados do Pará, Amapá, Amazonas, Acre, Rondônia, Roraima, Tocantins, além de parte do Mato Grosso e Maranhão, e pela “*Pan-Amazônia*”, que constitui 40% composta pelos países fronteiriços, Bolívia, Colômbia, Guiana, Guiana Francesa, Peru, Suriname e Venezuela.

Diante do exposto, constata-se um aumento gradativo nas pressões sobre a Amazônia onde sua preservação é a maior preocupação ecológica da comunidade internacional, em que os países desenvolvidos começaram a “cobiçar” esse patrimônio e devido as grandes devastações, poluições e queimadas ocorridas nela, as organizações internacionais questionam a falta de controle do Brasil sobre a Amazônia, discutindo o papel da comunidade

internacional diante de exemplos da incompetência da administração brasileira em proteger uma floresta considerada importante e valiosa para todo o planeta, alegando que ela é um patrimônio da humanidade e não restrito ao território brasileiro.

Pois, o aumento do desmatamento na região influenciou para que líderes internacionais declarassem a Amazônia como parte de um patrimônio mundial, julgando necessárias as intervenções internacionais para evitar sua destruição, e conseqüentemente garantir sua preservação. No entanto, embora pareça que o objetivo das comunidades internacionais seja mesmo à preservação ambiental, quem garante que tudo não passa de um enorme interesse econômico? Pois assim estariam movimentando uma “máquina financeira”.

Em contraposição, as organizações internacionais baseiam seus argumentos nos chamados direitos de terceira geração, reconhecidos pelas constituições, convenções internacionais e tratados, que garantem que o direito ao meio ambiente, à paz e à democracia, entre outros, não se restringe a pessoas individualmente, mas a todo o gênero humano, pois diz respeito a todas as atividades básicas e para afirmar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, José Adércio Leite Sampaio usa um extrato da ementa do MS n.22.164. (MS 22164/SP. Rel. Min. Celso de Mello. Diário de Justiça, 30.10.1995).

O direito à integridade do meio ambiente-típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de

afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mais num sentido verdadeiramente abrangente, a própria coletividade social. (...) Os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexchangeabilidade. (MELLO apud SILVA, 1992).

O direito de terceira geração, além de cuidar da proteção do meio ambiente no sentido de assegurar uma melhor qualidade de vida da sociedade, também se preocupa com as gerações futuras.

No entanto, cada país tem o poder para estabelecer regras jurídicas e políticas para seu povo dentro do seu território, sem interferências externas, caracterizando sua soberania nacional, uma vez que a primazia do princípio da soberania nacional influi sobre os recursos e espaços do seu território, tratando-se de sua supremacia. Dessa forma a proteção da Amazônia faz com que a soberania e o interesse da humanidade entrem em desacordo, sobre tal aspecto, merece ser trazido à baila o excelente magistério de Matos que assevera:

Se a nova ordem mundial convive com a noção de soberania, repudiando pressões nacionais e internacionais, merece total repúdio o projeto de lei sobre gestão de recursos florestais públicos, em face dos riscos que traz à soberania nacional, em termos de ingerência e intervenção, o que violenta a autodeterminação do país e conflita com a constituição. (MATTOS apud ACCIOLY, 2011, p.776).

Contudo, devido a grande importância da Floresta Amazônica para a humanidade, há de se questionar até que ponto um Estado tem autonomia sobre algo tão importante e de extrema relevância para a sobrevivência das gerações futuras.

Pois os desmatamentos e as poluições continuam e dificilmente alguém é punido, ou seja, como se explica um descaso tão grande quando o assunto se trata de um meio de sobrevivência? Pois, competência e capacidade de gestão o governo brasileiro tem, porém faltam consciência e reconhecimento do tesouro que o território nacional abriga. Pois independentemente do Brasil ser um Estado soberano não significa que ele possa simplesmente esquecer suas obrigações para com a população, principalmente a questão da Amazônia.

Nessa ótica o Estado brasileiro enfrenta uma grande dificuldade em assegurar sua soberania, pois não tem o controle efetivo da aplicação de suas leis para os infratores e consequentemente não investe em políticas ambientais eficazes.

De um lado a comunidade internacional alega que a Amazônia é um patrimônio comum da humanidade, visto que “a preocupação comum da humanidade refere-se à visualização da biodiversidade como responsabilidade indivisível da humanidade” (BIRNIE e BOYLE apud ACCIOLY, 2011, p. 761).

Por conseguinte, de outro lado o Brasil pode valer-se do princípio da soberania permanente sobre seus recursos naturais, muito

embora tal princípio seja distinto do conceito de soberania nacional, pois diz respeito a uma doutrina de natureza econômica.

Assim, segundo a Carta das Nações Unidas e com os princípios do Direito Internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos, de acordo com a sua política ambiental, desde que as atividades levadas a efeito, sob sua jurisdição ou controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda a jurisdição nacional.

Por vez, no Brasil, o Princípio da Soberania Permanente Sobre Recursos Naturais está presente na Constituição Federal, uma vez que a união protege e resguarda todos seus recursos naturais de forma direta e indireta através da delegação.

Por conseguinte, o Princípio do Patrimônio Comum da Humanidade se depara com uma limitação, contrapondo-se ao princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, pois, afirma que determinados recursos passíveis de preocupações são comuns a toda humanidade.

No entanto, entende-se que o fato de o Brasil permitir que Organizações Internacionais venham a cuidar da Amazônia sob a vigilância do Governo Nacional, não significa efetivamente a perda de sua soberania, pois o Brasil estaria exatamente permitindo e não sendo obrigado. Dessa forma o Estado brasileiro indiretamente delega um atributo às Organizações Internacionais, efetivando sua soberania.

Por outro lado, se o Brasil não tomar medidas preventivas e reparadoras, que resguardem e protejam o patrimônio da Amazônia,



todos os brasileiros serão a favor de que a mesma fique nos cuidados das Comunidades Internacionais e todos serão contra a gestão do governo brasileiro e a favor da preservação da Amazônia.

## **5. CONCLUSÃO**

Conclui-se, que o governo Brasileiro precisa reavaliar questões pontuais, revendo suas atitudes, sendo imprescindível que reforme e remodele sua gestão administrativa e concomitantemente sua legislação garantindo e exaltando sua soberania.

Pois, a Amazônia encontra-se numa situação de certo abandono e para não deixar transparecer tanto, o governo brasileiro faz uma ação aqui outrora ali, porém não é suficiente, pois mais que investimento a grande floresta precisa de atenção refletindo-se, assim, em cuidado e zelo.

Com esse abandono é de esperar que outras organizações se interessem pelo patrimônio da Amazônia, seja economicamente ou não, pois como já relatado ela possui um grande valor imensurável, pois é mãe de inúmeras espécies de animais e plantas, sendo um grande santuário de vidas.

Entende-se, por tanto ser necessária a preservação da natureza, desde um simples jardim à Amazônia. E se necessário for, é preferível que as comunidades internacionais cuidem desse patrimônio a ficarmos de braços cruzados assistindo a sua destruição, se a gestão do governo brasileiro nada tiver feito.

No entanto, é notório o fato que o Brasil tem capacidade de administrar seu patrimônio, razão pela qual melhor será se, antes da sociedade, o próprio governo refletir e desenvolver uma consciência ecológica, pois assim não existirá motivo para tantas críticas acerca da preservação da Amazônia.

## 6. REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**, ED 19 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROS, Alberto Ribeiro de. **A teoria da soberania de Jean Bodin**. São Paulo: FAPESP, 2001.

BRASIL. Constituição Federal da Republica (1998). In: ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL**. 8º ed. São Paulo: RIDEEL, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n.22.164. Rel.Min.Celso de Mello. DJ, p.39.206,17. 11.1995.

Declaração de Estocolmo. **Conferência sobre o meio ambiente Humano das Nações Unidas**. 16 de junho de 1972, U.N. Doc. A/Conf. 48/14/Rev. (1973), 11 I.L.M 874 (1992).

FARINHA, Renato. **Direito Ambiental**. São Paulo: EDIJUR, 2006.

MARTINS, Ives Gandra (Coord.), **O Estado do futuro**. São Paulo: Pioneira, 1998.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente Direito e Dever Fundamental**, Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2004.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. A soberania frente à globalização. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UNI CEUB**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 202-225, jan./jun. 2005. Publicações acadêmicas Uniceub. Disponível em: <http://publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/articleAccesso em: 25/05/2012>.

PILATI, DANTANS. **Direito Ambiental Simplificado**. Coordenador José Rubens Maroto Leite. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 1996.

SILVA, Sheylla Lima da Costa, O direito de ingerência no domínio do meio ambiente. In: **Âmbito Jurídico**: Rio Grande, 1992. [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n.link=revista\\_juridica&revisita-edicoes97](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n.link=revista_juridica&revisita-edicoes97). Acesso em: 23 de abril de 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Robson da. **Paradigma Biocêntrico do Patrimônio Privado ao Patrimônio Ambiental**. São Paulo: Renovar, 2002.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**, Belo Horizonte: Dey Rey, 2001.

# **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: O DIREITO DE PEQUENOS GRUPOS EM FACE DO REQUISITO REPERCUSSÃO GERAL**

Valéria Ramos de Souza<sup>1</sup>

## **RESUMO**

A sociedade brasileira é formada pelo que se convencionou chamar de Povos e Comunidades Tradicionais. Nas ciências jurídicas, assim como em outras áreas do conhecimento, o homem precisa ser considerado em estruturas maiores e menores. Isto também deve ser observado na interpretação dos elementos do instituto Repercussão Geral – requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário – entendidos como conceitos jurídicos indeterminados, sobretudo, no que concerne ao aspecto transcendência. Existem de um lado análises com tendência à aplicabilidade da RG ao direito de pequenos grupos e, em outra vertente, entendimentos propensos a desconstituir este direito. Reputando a proteção da Carta Magna, recebida pelos Povos e Comunidades Tradicionais Brasileiros, bem com a natureza constitucional que deve ter a matéria discutida no Recurso Extraordinário, é importante verificar como a interpretação do aspecto transcendência pode influenciar no direito destes pequenos grupos, assim conceituados em relação à sociedade brasileira como um todo.

---

<sup>1</sup> Bacharela do curso de Direito e egressa da FENORD.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Repercussão Geral. Transcendência. Pequenos grupos, povos e comunidades tradicionais.

## **ABSTRACT**

The Brazilian society is formed by the so-called Peoples and Traditional Communities. In legal science, as in other areas of knowledge, the man needs to be considered in major and minor structures. This should also be observed in the interpretation of the elements of the institute General Repercussion - admissibility requirement of Extraordinary Appeal - understood as indeterminate legal concepts, especially regarding the aspect of transcendence. There on one side with trend analyzes the applicability of the RG to the right of small groups and, in another aspect, understandings likely to deconstruct this right. Deeming the protection of the Magna Carta, received by Traditional Peoples and Communities Brazilians as well as constitutional matter that should be discussed at the extraordinary appeal, it is important to see how the interpretation of transcendence aspect can influence the right of these small groups, well respected in relation to society as a whole.

## **KEYWORDS**

General Repercussion. Transcendence. Small groups, peoples and traditional communities.

# 1 INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 45/2004 reestruturou o Recurso Extraordinário (RE), introduzindo ao artigo 102 da Carta Magna o § 3º que prescreve a necessidade de existência de *Repercussão Geral* (RG) nas matérias constitucionais discutidas.

Segundo o artigo 543-A, § 1º do Código de Processo Civil (CPC), para efeito de Repercussão Geral são consideradas as questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

A relevância e a transcendência, elementos formadores da RG, são entendidas como conceitos jurídicos indeterminados, pois, o legislador não os definiu ficando esta tarefa para o julgador.

Considerando esta indeterminação conceitual, sobretudo, no que concerne ao aspecto transcendência, o presente trabalho pretende perquirir se a admissão do Recurso Extraordinário, condicionada à necessidade de que a decisão alcance toda a sociedade, pode significar um obstáculo ao direito de pequenos grupos, aqui representados pelos Povos e Comunidades Tradicionais Brasileiros.

Para este desiderato faz-se uma análise das interpretações do elemento transcendência tendentes de um lado à aplicação da Repercussão Geral ao direito de pequenos grupos e, de outro lado, daquelas propensas a desconstituir este direito.

A opção pelo estudo com enfoque nos Povos e

Comunidades Tradicionais deu-se pela proteção que recebem da Constituição, bem como pelo fato de que as questões levadas ao Supremo através do Recurso Extraordinário devem pautar-se na Carta Magna.

A metodologia abrange a pesquisa bibliográfica por meio de artigos, livros, revistas, periódicos e documentos que de forma crítica e pormenorizada estudem o instituto da Repercussão Geral, visto que possibilitam o aprofundamento do tema nos limites da proposta já evidenciada. Estes meios também são utilizados quando tratam a questão de forma superficial, no sentido de simples apresentação da RG, considerando que inicialmente é necessário colocar o seu significado legal puramente literal para, então, iniciar a análise pretendida.

## **2 NOÇÕES PRELIMINARES**

### **2.1 PERSPECTIVAS PROCESSUAIS**

#### **2.1.1 REPERCUSSÃO GERAL**

O instituto Repercussão Geral foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, no contexto da chamada *reforma do judiciário*, através da Emenda Constitucional nº 45/2004 que acresceu ao artigo 102 da Constituição Federal de 1.988 o § 3º com a seguinte redação:

§ 3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei,

a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (BRASIL, 2004).

Em seguida, a Lei nº 11.418/2006 regulamentou o instituto adicionando os artigos 543-A<sup>2</sup> e 543-B<sup>3</sup> ao Código de Processo Civil. Grande parte da doutrina ao tratar da Repercussão Geral relembra a Arguição de Relevância<sup>4</sup> – suprimida pela CF/88 – para mostrar alguma semelhança e, sobretudo, as diferenças entre estas duas regras jurídicas.

Sem prejuízo das demais similaridades e distinções eventualmente levantadas por outros autores, a título de demonstração trazem-se aquelas postas por Marinoni e Mitidiero:

Nada obstante tenham a mesma função de “filtragem recursal”, a arguição de relevância de outrora e a repercussão geral não se confundem. A

---

<sup>2</sup> Art. 543-B, *caput*, CPC - Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006) (BRASIL, 1973).

<sup>3</sup> Art. 543-A, *caput*, CPC - O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006) (BRASIL, 1973).

<sup>4</sup> A Arguição de Relevância foi instituto processual utilizado como uma filtragem para os recursos extraordinários e concebido pela Constituição Federal de 1.967 após a Emenda nº 1/69. (...) O conceito de relevância depende da importância que a questão suscitada no recurso tem para a população como um todo, quando for do interesse público, a questão constitucional poderá ser considerada relevante, quando se tratar somente do interesse das partes a questão não terá relevância e como tal será reprovada no juízo de admissibilidade por não preencher estes requisito (MORAES, 2009).



começar pelo desiderato: enquanto a arguição de relevância funcionava como um instituto que visava a possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário a *priori* incabível, funcionando como um instituto com característica central exclusiva, a repercussão geral visa a excluir do conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsias que assim não se caracterizam (MARINONI e MITIDIERO, 2007, p. 30).

A natureza jurídica do instituto RG, como afirma a maioria doutrinária, insere-se na classificação denominada *requisito de admissibilidade*. A Constituição Federal de 1.988 é o primeiro indicativo desta asserção, como demonstra Dantas:

O texto constitucional dá razoável indício da natureza do instituto quando menciona que se deve demonstrar a repercussão geral “a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso”. Evidente nos parece que, se a questão gira em torno da admissibilidade do RE, o instituto que ensejará tal juízo só pode se enquadrar com requisito de admissibilidade autônomo ou pressuposto de algum requisito de admissibilidade existente, conforme se extrai facilmente da teoria geral dos recursos (DANTAS, 2009, p. 216-217).

Alguns autores ainda classificam a Repercussão Geral como requisito *intrínseco* de admissibilidade, considerando que está ligada à decisão recorrida.

Sobre a competência para o conhecimento da RG, urge diferenciar a existência material e formal do instituto nas razões recursais, para esclarecer que a primeira só pode ser vista pelo Supremo, enquanto a segunda fica ao crivo tanto do STF quanto do

juízo *a quo*. Confirma a competência aqui exposta e diferenciada Cunha e Didier Jr.:

Se for interposto o recurso extraordinário e este contiver um item ou tópico em que se demonstre (se afirme) a repercussão geral, passa, então, a haver a presunção: presume-se que há repercussão geral, somente cabendo ao plenário do STF (por 2/3 de seus membros) deixar de conhecer o recurso extraordinário por falta de repercussão geral . . . Se, nas razões do recurso, não houver demonstração de repercussão geral, não cabe o recurso, podendo não ser admitido, inclusive pelo Presidente ou Vice do tribunal local. Este último não estará dizendo que não há repercussão geral; estará, apenas, observando o descumprimento de um requisito de admissibilidade relacionado à regularidade formal. (CUNHA e DIDIER JR. 2009, p. 332).

Nos termos do *caput* do artigo 543-A do CPC, a decisão que não reconhece a Repercussão Geral é irrecorrível. Contudo, muitos autores, como Dantas (2009), entendem o cabimento de embargos de declaração<sup>5</sup>.

Verifica-se também a possibilidade de interposição de agravo

---

<sup>5</sup> Os Embargos de Declaração ou Embargos Declaratórios servem como um instrumento pelo qual uma das partes de um processo judicial pede ao magistrado para que reveja alguns aspectos de uma decisão proferida. Esse pedido deverá ser feito quando for verificado em determinada decisão judicial, a existência de omissão, contradição ou obscuridade. Através dos Embargos de Declaração, o magistrado poderá exercer o juízo de retratação, ou seja, sanar alguma falha existente em seu pronunciamento, a pedido de uma das partes. Em:

<<http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=7340>>. Acesso em: 13 de julho de 2012.

de instrumento quando a RG não for conhecida pelo juízo a *quo*, na observância do artigo 544<sup>6</sup> do CPC, e, ainda, a interposição de agravo regimental quando não for vista pelo STF, como preceitua o artigo 327, § 2º do RISTF<sup>7</sup>.

No tocante à impugnação de decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do STF, a Repercussão Geral se verifica de plano, conforme prescreve do artigo 543-A, § 3º do CPC<sup>8</sup>

A interposição do Recurso Extraordinário dá-se perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, nos termos do artigo 541 do CPC<sup>9</sup>, devendo o recurso posteriormente ser encaminhado ao STF.

Como já apontado, a verificação da existência material do instituto é de competência do Supremo.

Neste sentido, o ilustre doutrinador Dantas (2009) aduz que a atribuição é justificável pela função política e de protetora da Constituição que tem a Suprema Corte. Para a negativa da Repercussão Geral exige-se *quorum* qualificado de dois terços

---

<sup>6</sup> Art. 544, *caput*, CPC - Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010) (BRASIL,1973).

<sup>7</sup> Art. 327, § 2º, RISTF - Da decisão que recusar recurso, nos termos deste artigo, caberá agravo(BRASIL, 2010).

<sup>8</sup> Art. 543-A, § 3º do CPC - Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006)(BRASIL, 1973).

<sup>9</sup> Art. 541, *caput*, CPC - O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão: (Revigorado e com redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994) (BRASIL, 1988).

dos membros do STF, preceituação do artigo 102, III, § 3º da CF/88.<sup>10</sup> A importância do *quorum* acima é retratada por Alvim:

É saudável, porquanto procura que esteja subjacente a essa recusa um alto grau de certeza e de segurança, compensatórias – diga-se assim – da circunstância de a repercussão geral constitui-se num conceito vago, propiciando menor certeza e menos segurança. (ALVIM *apud* MELLO, 2008)

Existe, ainda, a possibilidade de manifestação de terceiros, nos termos do artigo 543-A, § 6º do CPC<sup>11</sup><sup>10</sup>, cuja efetividade é reconhecida por Bueno ao destacar que:

A iniciativa deve ser incentivada, ademais, para viabilizar o mais *amplo* e *prévio* debate sobre a ocorrência, ou não, de repercussão geral, permitindo a participação de setores organizados da sociedade civil e do próprio Estado perante o Supremo Tribunal Federal (BUENO, 2010, p. 297).

A viabilidade desta intervenção também pode ser vista considerando que “a manifestação dos interessados é indispensável

---

<sup>10</sup> Art. 102, III, § 3º, CF/88 - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988).

<sup>11</sup> Art. 543-A, § 6º, CPC - O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006) (BRASIL, 1973).

para efetivação das garantias constitucionais processuais do devido processo legal e do contraditório” (CUNHA e DIDIER JR., 2009, p. 340).

A constitucionalidade formal da RG é defendida por Bueno (2010) afirmando o autor que o instituto foi introduzido no direito processual civil por Emenda Constitucional devidamente votada e aprovada e, ainda, que as situações que ensejam a interposição de Recurso Extraordinário não possam ser entendidas como “cláusulas pétreas”, o que permite sejam estas modificadas.

Contudo, controvérsia maior reside sobre a constitucionalidade material. Neste sentido, como exemplo, tem-se de um lado, segundo Bueno (2010, p. 292), a inexistência de ferimento à Carta Magna pela viabilidade de se instituir filtros de acesso ao STF para que este Tribunal “melhor desempenhe sua função, de estabelecer parâmetros seguros e objetivos de aplicação do direito federal em todo o território nacional”.

Em posição contrária Gonçalves afirma que:

A existência de um requisito de admissibilidade para conhecimento do recurso extraordinário que impescinda de “multiplicidade” de impacto social, político, econômico ou jurídico representa afronta direta ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (GONÇALVES, 2009, p. 106).

Apresenta-se, deste modo, em linhas gerais, o significado e as implicações processuais da Repercussão Geral.

### **2.1.1.1 INDETERMINAÇÃO DOS ELEMENTOS FORMADORES DA REPERCUSSÃO GERAL**

Segundo a maioria doutrinária, a Repercussão Geral é um conceito vago tanto na Constituição Federal quanto na lei infraconstitucional que o regulamentou, Lei nº 11.418/2006.

Neste sentido, tem-se que o texto da CF/88, no artigo 102, III, § 3º, resume-se a dizer que “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei” (BRASIL, 1988). Por sua vez, a Lei nº 11.418/2006 mantém a indeterminação conceitual no artigo 2º, ao disciplinar apenas, que

para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (BRASIL, 2006).

Marinoni e Mitidiero (2007) complementam a proposição, afirmando que o legislador conjugou um binômio, qual seja: relevância e transcendência.

A característica de indeterminação conceitual confere “maior elasticidade na interpretação dessa exigência, que, afinal, terá a sua exata dimensão delimitada pela interpretação constitucional que fizer

o Supremo Tribunal Federal” (CUNHA e DIDIER JR., 2009, p. 333). Corrobora com o raciocínio dos últimos autores o fato de que, com o “crescimento das relações sociais e sua maior complexidade, seria impossível ao legislador prever todo tipo de relações, de onde possam nascer conflitos de repercussão geral” (PEREIRA, 2007, p. 104).

Mello (2008) aponta que os defensores da RG sustentam que nem mesmo a lei infraconstitucional de regulamentação do instituto deverá estabelecê-lo com precisão, permitindo, assim, a possibilidade de interpretação mais abrangente pelo Supremo. Ato contínuo, esta autora lança uma crítica aduzindo veementemente que

muito provavelmente, a sua regulamentação legal deixará ainda mais evidente a subjetividade do STF ao apreciar o que tem e o que não tem repercussão, o que aumentará o poder dos Ministros e diminuirá a margem de segurança (MELLO, 2008, p. 73).

De outro lado, Marinoni e Mitidiero (2007) advertem que a característica de indeterminação conceitual da Repercussão Geral não significa a discricionariedade dos ministros do STF quando da análise deste instituto, devendo, na verdade, estes julgadores fazer uma verificação valorativa.

Wambier apud (DANTAS, 2009, p. 235) aduz que de forma alguma se mistura a liberdade de decisão do juiz com o poder discricionário da administração pública.

Alguns autores se empreendem na tarefa de interpretar os aspectos da relevância e da transcendência da RG. Wambier, Garcia e Wambier apud (GONÇALVES, 2009, p. 99), por exemplo, fazem um agrupamento da verificação do aspecto da *relevância* da RG da seguinte forma:

I) repercussão geral jurídica: a definição da noção de um instituto básico do nosso direito, “de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente;

II) repercussão geral política: quando “de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com os Estados estrangeiros ou organismos internacionais”;

III) repercussão geral social: quando se discutissem problemas relacionados “à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do MP para a propositura de certas ações”;

IV) repercussão geral econômica: quando se discutissem, por exemplo o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais.

O aspecto *transcendência*, elemento norteador da presente pesquisa, é demonstrado em tópico específico, para verificação de como a sua interpretação pode afastar a possibilidade de existência de Repercussão Geral no direito de pequenos grupos.

Destarte, conforme ensinamento dos doutrinadores acima, a análise do que apresenta ou não a RG depende da avaliação dos casos concretos pelos ministros do Supremo.



## 2.1.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A Repercussão Geral, como já indicado, deve ser demonstrada quando da interposição do Recurso Extraordinário.

A finalidade do RE é reconhecida ao se considerar que a sua oposição perante do STF dá-se para que este órgão, cumprindo sua função de protetor da Carta Magna e de intérprete das normas constitucionais para sua devida aplicabilidade, “rejulga decisões proferidas, em última ou única instância, que tenham violado dispositivo da Constituição Federal” (CUNHA e DIDIER JR., 2009, p. 325).

Segundo Mendes (2004), este recurso foi criado com a Constituição de 1891, com base no modelo do *writ of error* americano, modelo que é esclarecido da seguinte forma por Dantas:

Logo em 1789, o Congresso dos Estados Unidos editou a primeira lei orgânica de seu Poder Judiciário, chamada *Judiciary Act*, que, dentre outras providências, regulamentou a competência originária e recursal da Suprema Corte. Na parte que nos interessa, referente à competência recursal, a Seção 25 disciplinou o *writ of error*, mediante o qual era concedido à Suprema Corte o poder de rever decisões finais das supremas cortes estaduais em casos específicos (DANTAS, 2009, p. 44).

As matérias do RE foram reduzidas pela CF/88, que atribuiu ao STJ à competência de manter “a *autoridade* e a *unidade* da lei federal” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 567).

O artigo 102, III da Constituição Brasileira em vigência,

apresenta o rol das decisões que ensejam a interposição do Recurso Extraordinário, sendo, portanto aquelas que: a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Sobre os casos de cabimento “a doutrina o qualifica como *recurso de fundamentação vinculada*” (DANTAS, 2009, p. 156-157) considerando que as possibilidades que ensejam a sua interposição só podem ser vistas no artigo 102, III da CF/88.

O fundamento do RE é extraído por Medina e Wambier (2008) da alínea *a* do artigo 102 da Constituição Federal.

E, ato contínuo, estes autores compreendem, como efetivas hipóteses de cabimento, as situações previstas nas alíneas *b*, *c* e *d*, tendo em vista que estas não subsistem isoladamente, ou seja, sem a presença do fundamento que está na alínea *a*.

Coaduna com a interpretação retro Moreira *apud* Dantas (2009), quando entende as alíneas *b* e seguintes como situações de admissibilidade e a *alínea a* como *questão referente ao mérito*, à possibilidade ou não do provimento do recurso, ou seja, como seu fundamento.

As questões discutidas devem ser de direito, pois, como afirma Cunha e Didier Jr. (2009), trata-se de recurso excepcional e como tal não admite revisão de matéria de fato e/ou revisão de prova. Este

entendimento é ratificado pela súmula 279 do STF ao ditar que “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Bueno (2010) complementa esta proposição ao asseverar que o objetivo do RE consiste na empregabilidade do direito positivo sendo necessário que as questões da lide estejam resolvidas.

Contudo, quando se tratar de matéria de valoração de prova, importante observar que é cabível o Recurso Extraordinário, conforme lição de Carneiro apud (CUNHA; DIDIER JR., 2009), ao pronunciar que a questão da valorização da prova, contudo, exsurge como verdadeira questão de direito, capaz de propiciar a admissão do apelo extremo.

As demais disposições do RE, tais como condições gerais e específicas de interposição, tramitação e efeitos, encontram-se regulamentadas no artigo 541 e seguintes do Código de Processo Civil, bem como no artigo 321 e seguintes do Regimento Interno do STF

#### 2.2.1.1 A proteção jurídica aos Povos e Comunidades Tradicionais Brasileiros

Na presente pesquisa, o ponto inicial e fundamental da análise de grupos sociais, para aferição da sua relevância, é a Constituição Federal, pois, como já visto, a questão levada ao SFT é necessariamente de cunho constitucional.

Entre os grupos sociais brasileiros, é relevante para este trabalho os chamados Povos e Comunidades Tradicionais, considerada sua notoriedade nacional retratada pela proteção da

CF/88, no Título VIII (Da Ordem Social), Seção (Da Cultura).

O artigo 216 da Constituição, ao enumerar os bens que constituem o patrimônio cultural do país, aponta que deverão ser considerados como referencial, dentre outros, a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

O Decreto Presidencial nº 6.040/2007, que institui a política nacional de desenvolvimento sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, os define no artigo 3º da seguinte forma:

Art. 3º - Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição (BRASIL, 2007).

O Estado necessita da valorização destes grupos para que lhes “confirmam identidade interna – como forma de integração do povo e de comunhão de um sentimento de pertencimento – e externa – como forma de reconhecimento” (NOVELINO, 2012, p. 1074).

Neste sentido, como exemplo normativo brasileiro destes povos e comunidades, tem-se o artigo 215, § 1º da Constituição Federal de 1.988, ao prescrever que o “Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”

(BRASIL, 1988). Ainda nesta linha, verifica-se o prestígio ao pluralismo que segundo Novelino fica comprovado:

No dispositivo sobre a criação por lei do Plano Nacional de Cultura visando o desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público, tendo como uma de suas finalidades a *valorização da diversidade étnica e regional* (art. 215, § 3º,V). (NOVELINO, 2012, p. 1074).

Segundo o último autor, os direitos culturais fazem parte da segunda dimensão dos direitos fundamentais, sendo esta dimensão ligada à igualdade material.

Por ser oportuno se esclarece que as dimensões de direitos fundamentais são classificações destes, “baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos” (MORAES, 2005, p. 26).

Os integrantes dos Povos e Comunidades Tradicionais presentes na sociedade brasileira podem ser quantitativamente minoritários, quando considerados em relação à soma de todos os indivíduos que constituem o país.

Com isto demonstra-se o parâmetro aqui utilizado para a conceituação de pequenos grupos, pois, não se pode entender o que seja maioria ou minoria sem que “estejam relacionados com precisão a um grupo bem determinado de pessoas consideradas” (MALATESTA, 2003, p. 125).

Relembrando a conceituação de Estado e Grupo Social, verifica-se como pequenos grupos aqueles considerados em relação

204

a toda a população do Estado brasileiro, independentemente de serem numericamente expressivos, podendo, assim, estarem presentes no plano nacional até o nível local.

Deste modo, pretende-se investigar, se existem riscos quando da interpretação da transcendência da decisão do Recurso Extraordinário superficialmente e, sobretudo, privilegiando a generalidade da população brasileira.

### **3 O DIREITO DE PEQUENOS GRUPOS EM FACE DO REQUISITO REPERCUSSÃO GERAL E INTERPRETAÇÕES DO ELEMENTO TRANSCEDÊNCIA EM CONTRAPOSIÇÃO AO DIREITO DOS PEQUENOS GRUPOS SOCIAIS BRASILEIROS**

O artigo 543-A, § 1º do Código de Processo Civil estabelece que a Repercussão Geral implique questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

No tocante ao aspecto transcendência, Dantas (2009) esclarece que o instituto de um lado tem núcleo conceitual, consistente no entendimento manifesto de que a questão constitucional do RE transpasse o interesse das partes da lide. E, noutra vertente, verifica-se um halo conceitual – aplicável ao presente trabalho - que por sua vagueza oportuniza questionar **o tipo de impacto indireto necessário à configuração deste requisito de admissibilidade,**

**bem como o conjunto de pessoas que deverão ser alcançadas para ocorrência do efeito geral.**

Campos (2010) afirma que a questão transcendente não é necessariamente a que diz respeito a todos os brasileiros.

Seguindo esta linha, Pereira (2007) afirma que o interesse deva ser de uma gama de pessoas fora do processo.

Numa leitura de que a questão constitucional levada ao Supremo Tribunal Federal ultrapasse o interesse das pessoas envolvidas na lide, filiando-se à ideia do aspecto quantitativo, tem-se a afirmação de Alvim *apud* Belmonte (2009), asseverando que a discussão deve atingir um grande número de pessoas ou um vasto segmento social.

Quando, contudo, o grupo não for numericamente expressivo, deverá ser socialmente relevante conforme ensina Dantas:

A marca que deve orientar o STF, mais uma vez, deve ser a da relevância social da questão discutida, especialmente considerados os **direitos fundamentais dos grupos minoritários**, de modo a evitar que lhes seja negado acesso à justiça pelo *simples* fato de serem minorias. (grifo nosso) (DANTAS, 2009, p. 244).

O último autor aduz que a RG pode ser analisada sob duas perspectivas: a subjetiva, que implica as pessoas que indiretamente serão alcançadas pela decisão do RE; a objetiva que diz respeito aos assuntos capazes de refletir apenas sobre determinados grupos sociais.

A expressividade numérica dos Povos e Comunidades Tradicionais pode ser inferior quando considerada em relação a toda a sociedade brasileira, porém:

É da essência dos direitos fundamentais proteger não só os cidadãos em relação ao Estado, mas também salvaguardar os interesses das *minorias* para que não sejam esmagadas pelas *maiorias*. Observando o problema sob esse prisma, fica evidenciada a cautela que se deve ter ao exigir pura e simplesmente *repercussão geral* (DANTAS, 2009, p. 243).

Mendes, Coelho e Branco (2008), ao definirem o Estado Democrático, apontam que este deve assegurar aos seus cidadãos direitos civis e políticos e, sobretudo, econômicos, **sociais** e **culturais**. (grifo nosso)

Nesta linha, o grupo social deverá ser relevante levando-se em conta “o cenário social que aguarda pela decisão do STF, sobre o qual essa decisão repercutirá” (DANTAS, 2009, p. 241).

Alguns dos povos e comunidades tradicionais estão entre os grupos sociais relevantes exemplificados por Dantas:

Como exemplo de grupos sociais, podemos citar os **afrodescendentes**, os **índios**, os **remanescentes de quilombolas**, os habitantes de um determinado Município, Unidade da Federação ou região, os estudantes universitários, os portadores de HIV, os trabalhadores rurais, os artistas, os aposentados, os contribuintes etc. (DANTAS, 2009, p. 241). (grifo nosso)

Segundo Dantas (2009), os conceitos de interesse



*individual* e de interesse *geral* são contrapostos, sendo aqueles um ou mais indivíduos, enquanto estes se referem a uma coletividade, ou seja, o geral não significa a soma dos individuais. Deste modo, na afirmação do autor, quando qualquer dos pólos é formado por muitas pessoas, os interesses podem estar restritos a estas e não à coletividade a qual integram.

Considerando a característica de indeterminação do elemento transcendência, formador da Repercussão Geral, os entendimentos doutrinários acima abordados sugerem a aplicabilidade da RG ao direito dos Povos e Comunidades Tradicionais Brasileiros.

Apresentados os entendimentos que indicam a possibilidade de existência de Repercussão Geral quando a questão constitucional discutida no RE se referir aos direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais Brasileiros, propõe-se a observância de algumas interpretações do elemento transcendência que parecem demonstrar o contrário.

Analisando o artigo 102, § 3º da Constituição Federal, verifica-se que “o recorrente deverá demonstrar que os reflexos de seu questionamento não se limitam apenas aos litigantes, mas, sim, será interesse de toda a sociedade” (MELLO, 2008, p. 67).

Esta é a conclusão feita pela autora após leitura do dispositivo constitucional acima citado, onde se observa uma tradução genérica do elemento transcendência, pois, “toda a sociedade”, pode significar a população do Estado brasileiro, o que contradiz a possibilidade de referido efeito se limitar a um

pequeno grupo, tais como os Povos e Comunidades Tradicionais.

Nesta linha são as considerações de que “o requisito da repercussão geral seria uma forma válida de desafogar o Supremo Tribunal Federal de questões que não atingirão a sociedade como um todo” (MENDES, 2010, p. 543).

Alvim *apud* Mendes (2010) afirma que o Supremo Tribunal Federal deveria examinar somente situações que alcançassem “a nação como um todo”.

Deste modo, as análises do elemento transcendência, que se abstém de uma profundidade sobre o tema, deixam dúvida sobre a existência de Repercussão Geral quando o resultado da questão discutida no RE atingir apenas pequenos grupos e não toda a sociedade brasileira.

#### 4. CONCLUSÃO

O objetivo do presente artigo consistiu na verificação do direito dos pequenos grupos – representados pelos Povos e Comunidades Tradicionais Brasileiros – em face da Repercussão Geral.

Inicialmente foram apresentadas as implicações do instituto da RG, bem como do meio de impugnação a que está vinculado, sendo este o Recurso Extraordinário.

Posteriormente, a *transcendência* foi identificada como elemento da Repercussão Geral que norteia a discussão em tela, visto que a sua indeterminação conceitual oferece de um lado a

possibilidade de interpretação da RG aplicável ao direito de pequenos grupos e, de outro lado, enseja entendimentos que afastam este direito.

Em seguida foi abordada a importância do reconhecimento do indivíduo nos diversos agrupamentos, nos quais pode inserir-se, especialmente, na Sociedade Global, no Estado e nos Grupos Sociais. Os últimos foram destacados paralelamente à proteção jurídica recebida pelos Povos e Comunidades Tradicionais Brasileiros, sobretudo, quanto ao resguardo da Constituição Federal, tendo em vista que as matérias levadas ao STF, através do Recurso Extraordinário, devem ser de natureza constitucional.

Após o levantamento das questões acima, houve o enfrentamento da discussão proposta nesse artigo, o que resultou nas considerações a seguir.

Observando a indeterminação conceitual do que representa Repercussão Geral, a possibilidade de análise das matérias apresentadas ao Supremo depende da verificação concreta dos casos pelos julgadores.

A indefinição legal do que é relevante ou transcendente é justificável, porquanto o conceito jurídico aberto viabiliza seja a lei interpretada de acordo com as modificações naturais e constantes por que passam a sociedade.

No Recurso Extraordinário, quando da valoração do que transcende o direito subjetivo das partes, não se deve desprezar

o fato de que as ciências jurídicas consideram o homem também dentro dos grupos sociais existentes dentro do Estado brasileiro.

Assim, a interpretação do elemento transcendência não deve afastar os direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais, também previstos na Carta Magna, e definidos como direitos fundamentais de segunda dimensão já que integram o patrimônio cultural imaterial do país.

Deste modo, a Repercussão Geral deve ser tratada com sutileza, pois, a sua incorreta interpretação e, conseqüentemente, o entendimento da sua inexistência representa óbice à tentativa de que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Magna, reveja julgamento que pode ter contrariado Constituição.

## 5. REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. A EC n. 45/2004 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 63-99.

BELMONTE, Luciana Lombas. A transcendência das questões constitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2516, 22 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14887>>. Acesso em: 9 de julho de 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). In: CURIA, Luiz R.; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade mecum**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 07-75.

BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm)>. Acesso em: 20 de junho de 2012.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 20 de junho de 2012.

BRASIL. **Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006**. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20042006/2006/lei/11418.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/11418.htm)>. Acesso em: 20 de junho de 2012.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 20 de junho de 2012.

BRASIL. **STF. Súmula nº 279** - 13/12/1963 – Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 127. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0279.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0279.htm)>. Acesso em: 10 de junho de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento Interno**: [atualizado até fevereiro de 2010] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2010. v. 1. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_fevereiro\\_2010.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_fevereiro_2010.pdf)>. Acesso em: 23 de junho de 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, 5**: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMPOS, Luciana Dias de Almeida. A repercussão geral: um conceito jurídico indeterminado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2768, 29 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18381>>. Acesso em: 8 de julho 2012.

CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de. **Sociologia do Direito**: fundamentos de sociologia geral; sociologia aplicada ao direito. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CHINOY, Ely. **Sociedade**: uma introdução à Sociologia. 15. ed. São Paulo: Cultrix, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. 3.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Bernardo José Drumond. Da (In) constitucionalidade do requisito de admissibilidade da Repercussão Geral de questão constitucional para interposição de Recurso Extraordinário, frente ao princípio da inafastabilidade do acesso á jurisdição. In: CASTRO, João Antônio Lima de (Coord.). **Direito Processual e o constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2009, p. 97-109.

JHERING, Rudolf Von. **A finalidade do direito**. Campinas: Bookseller, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Sociedade e o Estado**: introdução sociológica ao estudo do direito público. Campinas: LZN, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo, RT, 1993.

MELLO, Ana Karolina de Souza. A Repercussão Geral de questão constitucional no Recurso Extraordinário: uma abordagem sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CASTRO, João Antônio Lima (Organizador). **Enfoque constitucional**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008, 65-172.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Marcela Nogueira. A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário e o acesso ao Supremo Tribunal Federal. In: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). **Hermenêutica constitucional em debate**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2010, 534-543.;

MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Vinicius Cesar Santos de. Da arguição de relevância à repercussão geral. **Via jus**, Porto Alegre, 26 de junho de 2009. Disponível em:<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2177>>. Acesso em: 13 de julho de 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

PEREIRA, Vinicius. Questões polêmicas acerca da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. **Juris Plenum**. Caxias do Sul, n. 14, p. 103-112, mar. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.



# **A UNIÃO HOMOAFETIVA SOB A ÓTICA NORMATIVA**

Viviane Rodrigues Pinheiro<sup>1</sup>

## **RESUMO**

O sistema normativo brasileiro por décadas se manteve inerte frente às modificações comportamentais que os indivíduos apresentavam, como nos casos das uniões homoafetivas. Entretanto, apesar da omissão legislativa em não explicitar a inclusão destes casais no rol normativo, não há justificativas que respaldem o não reconhecimento de tal união. Em sua maioria, os motivos alegados são a transgressão da ordem natural humana e a desvalorização da moral e dos princípios cristãos, posto que, a Constituição Federal os tem como base. Percebe-se, como consequência de tais condutas de marginalização da união homoafetiva, o crescimento de comportamentos homofóbicos, contudo, são crescentes as manifestações feitas pelo judiciário em favor ao seu reconhecimento.

## **PALAVRAS-CHAVE**

União Homoafetiva, Analogia, Princípios Constitucionais, Reconhecimento.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do curso de Direito da FENORD e pesquisadora do NIC.

## **ABSTRACT**

The Brazilian legal system for decades remained inert in the face of behavioral modifications that individuals had, as in the cases of marriages homoafetivas. However, despite the legislative omission in not explicit inclusion of these couples in the normative role, no justifications that support the non-recognition of such a union. Most of the reasons are alleged transgression of the natural order and human devaluation of moral and Christian principles, since the Constitution is based on the. It is perceived as a result of such conduct marginalization homoafetiva Union, the growth of homophobic behaviors, however, are growing manifestations made by the judiciary in favor of its recognition.

## **KEYWORDS**

Union homoafetiva, Analogy, Principles Constitutional Recognition.

## **1. INTRODUÇÃO**

A sociedade moderna vem transformando seus conceitos. A família é um deles. Em um lapso temporal extenso e de forma esparsa este conceito sofre tal processo lento de maturação. O divórcio é um bom exemplo. Por décadas, casais unidos pelo matrimônio, permaneciam juntos, apesar do desconcerto entre ambos, única e

exclusivamente devido ao tabu social da indissolubilidade matrimonial. No tempo presente, o divórcio é perfeitamente compreensível.

A relação de espanto com algo novo, considerado pelos padrões sociais como uma anormalidade ainda existe, é uma das causas do preconceito. De forma clara e incontestável, os casais homoafetivos lutam incansavelmente contra essa manifestação de aversão ao afeto que os une, com o intuito de que o Direito reconheça essa união, afinal a humanidade se encontra em um novo milênio e essas relações existem e não podem ser desconsideradas pela norma positivada.

A idéia de que a família é constituída apenas pelo matrimônio e composta por homem, mulher e filhos “caiu por terra”. A Constituição Federal de 1988 inovou o entendimento de família, o que será tratado adiante, conceituando e assegurando os direitos às diversas formas constituídas; entretanto, em seu texto legal, não mencionou de forma expressa as relações homoafetivas. Em contra partida, o legislador não vetou tal união, o que gerou diversos entendimentos a respeito. Todavia, expressas ou não em lei, tais relações merecem proteção à luz dos princípios constitucionais. Um meio sugerido por muitos para assegurar esse direito é o método de interpretação analógico.

Assim sendo, a proposta deste trabalho é compreender a relação existente entre os fatos sociais e a norma, se esta acompanha o desenvolvimento daquela, na busca pela compreensão e efetivação da igualdade a partir da normatização da união homoafetiva.

## 2. A HOMOSSEXUALIDADE E A FAMÍLIA EM SEUS ASPECTOS HISTÓRICOS E SOCIAIS

Os homossexuais possuem predileção pelas relações sexuais com pessoas do mesmo sexo exclusivamente, diferentemente do que acontece com os bissexuais, que não optam por relações sexuais apenas com pessoas do mesmo sexo, como explica Brandão:

(...) a homossexualidade apresenta-se como gênero; especificando, a homossexualidade, em sentido estrito, vem a ser aquela em que a pessoa inclina sua atividade sexual exclusivamente para pessoas do mesmo sexo que o seu; e a bissexualidade não tem como característica a exclusividade, mas sim a pluralidade (...). (BRANDÃO, 2002, p. 16)

As relações entre pessoas do mesmo sexo são apenas preferências sexuais como elucida Carvalho “o homossexualismo é a tendência erótica de um indivíduo com outro do mesmo sexo (...). Ele não deseja mudar de sexo; os seus genitais são órgãos de prazer” (Carvalho apud Brandão, 2002, p. 16).

A homossexualidade é uma das manifestações da sexualidade humana caracterizada pela atração ou predominância de desejos por pessoas do mesmo sexo biológico. Por seu turno, o preconceito pode ser apresentado como uma opinião ou conceito formado antecipadamente sem embasamento fático, que geralmente exclui ou repudia novas concepções e diferentes pontos de vista que, com ele, não coadunem. (SILVA JÚNIOR, 2001, p. 109).

Um dos argumentos que fortalecem a visão preconceituosa do homossexualismo é considerá-lo como uma patologia. Contudo, devido aos estudos psicologicamente efetuados, o homossexualismo não é uma doença, tão pouco hereditária, como esclarece Graña:

É fruto de um determinismo psíquico primitivo, que tem origem nas relações parentais desde a concepção até os 3 ou 4 anos de idade, quando se constitui o núcleo da identidade sexual na personalidade do indivíduo, que irá determinar sua orientação sexual (GRAÑA *apud* DIAS, 2000).

Outro fator que influenciou fortemente a perpetuação do preconceito por orientação sexual foi a Religião. A Igreja Católica acreditava que as relações sexuais possuíam a única finalidade de procriar. Repudiavam fortemente o onanismo e, portanto, também rejeitavam as manifestações homossexuais. Acreditando em tal afirmação, as igrejas católicas, compartilhando da mesma idéia do filósofo São Tomás de Aquino, também vedava o casamento de mulheres na menopausa e de pessoas consideradas estéreis, devido a sua incapacidade de gerar filhos:

A Igreja Católica considera uma aberração da natureza, transgressão à ordem natural, uma verdadeira perversão, baseada na filosofia natural de São Tomás de Aquino no sentido de que sexo se destina fundamentalmente à procriação, daí serem anti-naturais a masturbação, a homossexualidade e o sexo sem procriação. Por coerência, deveria vedar o casamento de mulheres na menopausa ou de pessoas que se sabem estéreis. Ao depois, pratica-se mais o sexo recreativo do que o procriativo (DIAS, 2000).

Na tentativa de embasar a sua negação ao homossexualismo, o Estado também se apegou ao fato do casamento ser considerado entre pessoas de sexos opostos, e as relações homoafetivas descaracterizariam a função do sexo nestes casamentos que eram base de uma sociedade familiar:

Já o Estado não pode invocar a procriação, até porque refreia a natalidade e cada vez mais o aborto está sendo legalizado. O fundamento para negar juridicidade à relação homoafetiva é que desvalorizaria o sentido social do sexo, a base da vida familiar, sendo o casamento heterossexual é a base central da sociedade moderna. Há, porém, uma certa corrente que considera o casamento, instituição criada pela burguesia após a Revolução Francesa, extremamente liberticida. Seria uma contradição ao liberalismo e uma interferência indevida do Estado (DIAS, 2000).

O homossexualismo não foi um “mal do século”, o que poucos perceberam, já estava presente desde que “o mundo é mundo”. É bastante perceptível, por exemplo, a presença de vestígios de homossexualidade nas apresentações das Olimpíadas da Grécia Antiga, nas quais os competidores se apresentavam despidos, exibindo seu físico e as mulheres ficavam a margem destas apresentações, pois para a concepção do povo da época elas não sabiam apreciar o belo.

A vivência humana se dá em conjunto, no qual os indivíduos estão ligados entre si por um elo, o parentesco familiar. Thomaz faz referência a três visões a respeito da família:

Num sentido amplo (...) incluem-se as ascendentes e colaterais de uma linhagem, juntamente com os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que são denominados de parentes por afinidade ou afins (...) Pode-se considerar a família restritivamente, compreendendo o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o poder familiar (...) considera-se a família, ainda, sob o aspecto sociológico no qual se encontram as pessoas que vivem sob um mesmo teto, sob a autoridade de uma pessoa (THOMAZ, 2003, p. 85).

Em razão do modo como as antigas civilizações conduziam sua sociedade e dirimiam seus conflitos, entre guerras e muitas mortes, existiam relatos de famílias compostas apenas pela mãe, condigno ao fato dos guerrilheiros manterem relações sexuais com várias mulheres, gerando frutos, os filhos que permaneciam com a mãe, frente à vida que os pais levavam, o que já demonstrava vestígios do início das famílias que são hoje denominadas monoparentais.

Inegavelmente, a nova forma de organização da família contemporânea vem se modificando, o que tem gerado certo transtorno nas concepções dos indivíduos, seja ela de forma individual ou de forma coletiva.

### **3. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS**

As Constituições Brasileiras levaram algum tempo para adaptar às transformações sociais ocorridas em relação às questões familiares, como a não-obrigatoriedade de manutenção de um casamento já não mais desejado, dentre outras. Após a Constituição Federal de 1988, o afeto passa a ser o meio para a regulamentação do casamento, pois

quando o amor chega ao fim, o casal possui a faculdade de extinguir o vínculo matrimonial. Assim, a Constituição avalia a família de forma ampla, não considerando apenas a forma constituída pelo casamento, mas também aquelas em que se constituem por pessoas de sexos opostos ou não, que objetivam uma vida comum. Lobo faz alusão:

A Constituição brasileira inovou, reconhecendo não apenas a entidade matrimonializada, mas outras duas explicitamente, além de permitir a interpretação extensiva, de modo a incluir as demais entidades implícitas [...] a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições, explícita ou implicitamente tutelada pela Constituição (LOBO *apud* FAUTH, 2009, p. 43).

Desta forma, a controvérsia se apresentava na impossibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo, estimulada pela discriminação jurídica por orientação sexual, posto que, o afeto que une tais pessoas e o desejo de formalizar tal união não se mensurava em menor grau que os de pessoas com sexos diferentes. Tal proibição desde já configurava uma violação a vários princípios constitucionais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, indispensável na função de garantidor do indivíduo frente ao Estado Democrático de Direito.

Sendo, portanto, o afeto<sup>2</sup> a base a regulamentar as uniões e casamentos, tratando-se do objetivo comum entre o casal em constituir uma família, a relação homoafetiva poderia também ser reconhecida, pois em muitas delas a relação é sólida, duradoura, na

---

<sup>2</sup> O conceito a que se refere o termo afeto consta “no objetivo de constituir família”, o mesmo utilizado por Nelson Rosenvald e Maria Berenice Dias.



qual ambos constituíram juntos um patrimônio, compartilhando direitos e deveres. Não existe, na Constituição Federal de 1988, padrão preferencial de entidade familiar.

Cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude de requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada a outra. Quando a legislação infraconstitucional não cuida de determinada entidade familiar, ela é regida pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades. O que as unifica é a função do *locus* de afetividade e da tutela da realização da personalidade das pessoas que as integram; em outras palavras, o lugar dos afetos, da formação social onde se pode nascer, crescer, amadurecer e desenvolver os valores da pessoa (FAUTH, 2009, p.41-42).

Como garantidora da proteção dos direitos e liberdades fundamentais, a Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III trata de forma privilegiada a dignidade da pessoa humana, ponto de partida para se embasar um processo árduo contra o preconceito por orientação sexual:

Há de se conhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade (...) (MATOS *apud* FAUTH, 2009, p. 42).

Junto ao princípio da dignidade da pessoa humana, encontra-se a base da Constituição Brasileira: os princípios da liberdade e igualdade. Em seu artigo 5º, inciso I, afirma que homens e mulheres

são iguais em direitos e obrigações. Estando então, sob a égide constitucional que considera todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, a orientação sexual se encontra inserida neste contexto.

Arelado a tais princípios, afim de também assegurar a igualdade, encontra-se o princípio da isonomia. Entretanto a lei ainda permanecera omissa, como faz referencia Dias: “O sistema jurídico deve assegurar tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos. No entanto, o legislador intimida-se na hora de positivizar direitos que atendam às minorias alvo de preconceito e discriminação”. (DIAS, 2010, p.33)

Segundo Dias, enquanto houver minorias sendo alvo de discriminação, como no caso dos homossexuais, e valoração desproporcional entre homens e mulheres, não há nada em que se falar em dignidade da pessoa humana e até mesmo igualdade ou liberdade, pois não se vivencia um Estado democrático de Direito (DIAS, 2004).

A sexualidade se enquadra como um direito fundamental, irrenunciável e imprescritível que se inicia como o nascimento e se finda com a morte. A liberdade sexual é um elemento caracterizador da personalidade humana, na qual sua inexistência inviabiliza a realização do indivíduo.

Negar a existência das uniões homoafetivas configuraria uma violação à Constituição Federal de 1988 que dispõe como dever da União:

Artigo 3º, inciso II da Constituição Federal - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

#### **4. RECONHECIMENTO A PASSOS LENTOS**

Apesar de inúmeras discussões, posicionamentos contrários, a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) foi o marco para se iniciar o reconhecimento legal das uniões homoafetivas. Fica explícita na redação do Artigo 2º desta lei, a inclusão dessas relações: “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (...)”.

O artigo 5º, inciso III da referida Lei, considera a família como: “qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação”, o que abrange o conceito de família, fazendo com que alcance as relações entre pessoas do mesmo sexo, posto que, essas relações também possuem proteção legal contra violência doméstica.

Como é assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, tal significa que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidades familiares. Violência doméstica como diz o próprio nome, é violência que acontece no seio de uma família. Assim, a Lei Maria da Penha ampliou o conceito de família, alcançando as uniões homoafetivas. (DIAS, 2010, p. 32).

A Lei Maria da Penha reavaliou a concepção das entidades familiares, estando protegida de imediato as relações homoafetivas,

perceptível na afirmação feita por DIAS: “Agora não mais é possível excluir as uniões homoafetivas do âmbito do direito das famílias, sob pena de se negar à vigência da Lei Federal” (Dias, 2010, p. 32).

Segundo o Código Civil de 1916, a entidade familiar baseava-se na estrutura matrimonial, no qual para ser considerado de pleno exercício era necessário preencher todos os requisitos legais. Entretanto, com a Reforma Constitucional de 1988, regulamentaram-se formas não matrimoniais como entidade familiar, denominado-as de união estável:

Art. 226, §3º Constituição Federal - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Maria Berenice Dias afirma ser inconstitucional tal artigo, devido sua discordância com a norma constitucional. A Desembargadora afirma ser a redação do artigo restrigente ao explicitar como união estável às relações existentes entre homens e mulheres, esquecendo-se das uniões homoafetivas, considerando este rol como exaustivo, um desrespeito á dignidade da pessoa humana (DIAS *apud* FAUTH, 2009, p. 43).

Em desacordo a manifestação da Desembargadora encontra-se a autora Paula Faísca Nahas. Esta aponta a inexistência de incompatibilidade entre as normas, não havendo nenhuma inconstitucionalidade, afirmando que: “O rol do artigo 226, o § 3º é exemplificativo e não exaustivo, sendo que este apenas compõe um

dos exemplos de entidade familiar” (NAHAS *apud* FAUTH, 2009, p. 43).

Entretanto, com a atribuição ao afeto como base familiar, doutrinadores, como Nelson Rosenvald, conceberam como falho a limitação feita aos casais heterossexuais: o direito à proteção e à estabilidade concedida pela união estável, pois a nova redação do artigo trata de uma norma de inclusão.

Efetivamente, a união entre pessoas homossexuais poderá ser acobertada pelas mesmas características de uma entidade heterossexual, fundada, basicamente, no afeto e na solidariedade. Sem dúvida não é a diversidade de sexos que garantirá a caracterização de um modelo familiar, pois a afetividade poderá estar presente mesmo nas relações homoafetivas. (FARIAS E ROSENVAD, 2012, p. 520)

Ante a falta de norma que regulamente as uniões homoafetivas, alguns tribunais recorreram à analogia para solucionar os conflitos, á medida em que se fazia necessário. Um dos pioneiros a aplicar a norma ao fato foram os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, entendendo que a competência para julgar tais conflitos era das Varas da Família.

É competente a Justiça Estadual para julgar a justificação de convivência entre homossexuais, pois os efeitos pretendidos não são meramente previdenciários, mas também patrimoniais. 2. São competentes as Varas de Família e também as Câmaras Especializadas em Direito de Família para o exame das questões jurídicas decorrentes de convivência homossexual, pois ainda que não constituam entidade familiar, mas mera sociedade de fato, reclamam pela natureza da relação, permeada pelo afeto e peculiar carga de confiança entre

o par, um tratamento diferenciado daquele próprio do direito das obrigações. Essas relações encontram espaço próprio dentro do Direito de Família, na parte assistencial, ao lado da tutela, curatela e ausência, que são relações de cunho protetivo, ainda que também com conteúdo patrimonial. 3. É viável juridicamente a justificação pretendida, pois a sua finalidade é comprovar o fato da convivência entre duas pessoas homossexuais, seja para documentá-la, seja para uso futuro em processo judicial, onde poderá ser buscado efeito patrimonial ou até previdenciário. Inteligência do art. 861 do CPC. Recurso conhecido e provido. (FAUTH, 2009, p. 43-44)<sup>3</sup>

Com a mesma linha de pensamento, um Tribunal em 01/03/2000 equiparou a união homoafetiva á união estável em seu julgado, ante os princípios constitucionais.

HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento da União Estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais esculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto a União Homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, distribuindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos.

---

<sup>3</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70005488812. Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, 25 de junho de 2003.

Sentença desconstituída para que seja instruído e feito.  
Apelação provida. (FAUTH, 2009, p. 44)<sup>4</sup>

Com o aumento da demanda tratando de tais relações, mais uma vez o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com uma interpretação analógica, desta vez feita aos artigos que tratam da União Estável no Código Civil, decidiu a favor do reconhecimento da união homossexual como União Estável.

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui União Estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, observados os deveres de lealdade, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, defendida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime de comunhão parcial. Apelações desprovidas (FAUTH, 2009, p. 44).<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 598362655. Relator Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, 01 de março de 2000.

<sup>5</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2001.0055325. Relator Desembargador César Abreu, 15 de outubro de 2001.

Entretanto, existiam controvérsias quanto a esse entendimento. Em desacordo a tal linha de pensamento, o Tribunal de Santa Catarina e o Superior Tribunal de Justiça entenderam que o julgamento para ações relativas ao reconhecimento das uniões ente pessoas do mesmo sexo, e partilha de bens, deverá obedecer às regras referentes ao Direito Obrigacional:

SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DE BEM COMUM. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos no art. 1363 do Código Civil. Responsabilidade Civil. Dano moral. Assistência ao doente com AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com AIDS a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando nexos de causalidade. Art. 159 do Código Civil. Ação Possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido (FAUTH, 2009, p. 45).<sup>6</sup>

Apesar de até então não receber o reconhecimento como entidade familiar pela justiça, as uniões homoafetivas refletem conseqüências praticas na execução das normas não apenas no âmbito do Direito Civil. Em decisão proferida em 01/10/2004, por unanimidade, o Superior Tribunal Eleitoral negou a candidatura da Deputada Estadual Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes para a

---

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 148.897/MG – Recurso Especial nº 1997/00661245. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 4ª Turma, em 10 de fevereiro de 1998.



prefeitura de Viseu, município do Pará, devido ao fato de a candidata ser “parceira” da atual Prefeita do município, Astrid Maria Cunha e Silva, com base na Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 14, §7º da Constituição Federal - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

#### **4.1. DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA À CONVERSÃO EM CASAMENTO**

Frente a tantas manifestações e decisões reiteradas sobre o tema abordado, e posicionamentos e conceitos diversificados, em 05/05/2011, o Supremo Tribunal Federal decidiu favoravelmente a uma ADPF nº 132-RJ, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, por não haver nenhuma distinção expressa em lei feita entre casais heterossexuais e casais homoafetivos. Inexistindo norma que regulamente o assunto, equiparou tal união á união estável, regulamentada no Artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, assegurando a estes casais todos os direitos e obrigações referentes a esta norma, sem distinção alguma aos casais heterossexuais, tais como, direitos patrimoniais, previdenciários e alimentícios.

Haja vista que o objetivo da União Estável é facilitar a sua conversão em casamento, os casais homossexuais também são

assistidos por esse direito. Inicialmente o processo para a conversão se dava exclusivamente perante o juízo da Vara da Família, no qual a própria sentença fazia a conversão. Entretanto, nota-se que no tempo presente está sendo facultado ao casal que dê entrada ao processo de habilitação para o casamento diretamente em Cartório, todavia, ainda é necessário autorização judicial.

Verifica-se que a visão para tal procedimento ainda não é receptiva em todos os juízos. O juiz Jerônimo Pedro Villas Boas, da 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal e Registros Públicos de Goiânia repeliu a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Cancelou uma das primeiras uniões homoafetivas realizadas em território brasileiro, entre o jornalista Leorcino Mendes e o estudante Odílio Torres. O Juiz embasou a sua decisão alegando ser inconstitucional o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, pois o texto constitucional especifica ser o casamento um ato realizado entre homem e mulher. Ainda, na mesma decisão, proibiu que qualquer cartório sob sua jurisdição registrasse uniões homoafetivas.<sup>7</sup>

O primeiro casamento, em cartório registrado em Minas Gerais, ocorreu em Manhuaçu, Zona da Mata mineira. Para tanto, foi necessário que o casal Wanderson Carlos de Moura e Rodrigo Diniz Belonato recorressem ao poder judiciário para que pudesse exercer os direitos a eles conferidos.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> <http://www.conjur.com.br/2011-jun-20/juiz-nao-aceita-uniao-homossexual-cartorios-goias>

<sup>8</sup> <http://www.band.com.br/noticias/cidades/noticia/?id=100000493243>

## 5. CONCLUSÃO

Ante ao apresentado, constatou-se que as relações entre pessoas do mesmo sexo sempre existiram, desde os primórdios, entretanto, não eram interpretadas ou até mesmo consideradas como sinais da homossexualidade.

O Direito, na esfera da sua abrangência, se apresenta de forma cíclica, acompanha os ditames sociais. No Direito das famílias não foi diferente. Constatada a modificação brusca na organização das famílias, foram necessárias acrescentar à norma as diversas formas em que estas se apresentam hoje, o que colocou em discussão os dogmas conservadores que ainda perseveravam desde o período de integral influência da Igreja Católica.

Na nova redação do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, e a redação do artigo 1.723 do Código Civil, que regulamentam a união estável, o legislador não fez menção aos casais homossexuais, mas sim às relações existentes entre homem e mulher, União Estável Heterossexual. Aos olhos da esmagadora maioria dos doutrinadores e formadores de opinião, o rol deste artigo é restritivo e inconstitucional, pois não há nenhuma proibição expressa à essa união.

Para asseverar os direitos patrimoniais consequentes das uniões homoafetivas, os casais recorriam ao instituto da sociedade de fato, por não receberem a proteção relativa à união estável. Os demais direitos relativos à união inexistiam. Esse entendimento violava

princípios constitucionais básicos e fundamentais, como dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade e isonomia.

Entretanto, frente aos fatos não foi possível negar reconhecimento às uniões homoafetivas. Em busca da igualdade entre as relações heterossexuais e homoafetivas, observada a inexistência de norma que as regulamentasse, a justiça brasileira lançou mão do método de interpretação analógico para estancar tal diferença. Sendo a união estável o instituto mais próximo à união homoafetiva, esta se equiparou àquela, assegurando todos os direitos relativos a este instituto, tais como patrimoniais, previdenciários, alimentícios e, também, a conversão em casamento, posto que um dos objetivos da união estável é facilitar a sua conversão em casamento. Por fim, superando as interpretações negativas que ainda persistem, através de decisões jurisprudenciais reiteradas, a união homoafetiva recebeu status de entidade familiar.

## **6. REFERÊNCIAS**

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais – Aspectos Jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e

a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004/2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004/2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 03 de abril de 2012.

BRASIL, Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 03 de abril de 2012.

COSTA, Wellington Soares da. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. Disponível em: [http://www.ripj.com/art\\_jcos/artjuridicos/art15/15RESENHA%20União%20homossexual%20o%20preconceito%20e%20a%20justiça%207a.mht](http://www.ripj.com/art_jcos/artjuridicos/art15/15RESENHA%20União%20homossexual%20o%20preconceito%20e%20a%20justiça%207a.mht). Acesso em: 14 de fevereiro de 2012.

DIAS, Maria Berenice. Direito Homoafetivo in PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e responsabilidade: teoria e prática do Direito de Família**. Porto Alegre, Editora Magister/ IBDFAM, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Efeitos patrimoniais das relações de afeto**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>. Acesso em: 24 de abril de 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito à diferença**. Disponível em: [http://www.mariabericedias.com.br/uploads/26\\_-\\_homoafetividade\\_e\\_o\\_direito\\_%E0\\_diferen%C7a.pdf](http://www.mariabericedias.com.br/uploads/26_-_homoafetividade_e_o_direito_%E0_diferen%C7a.pdf). Acesso em: 27 de fevereiro de 2012.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: aspectos sociais e jurídicos**. Disponível em: [http://www.jfgontijo.com.br/2008/artigos\\_pdf/Maria\\_berenice/Uniao\\_homo.pdf](http://www.jfgontijo.com.br/2008/artigos_pdf/Maria_berenice/Uniao_homo.pdf). Acesso em 05 de março de 2012.

DIAS, Maria Berenice; Reinheimer, Thiele Lopes. **Violência doméstica e as uniões homoafetivas**. Disponível em: <http://unieducar.org.br/artigos/Violencia%20domestica%20e%20as%20unioes%20homoafetivas.pdf>. Acesso em: 04 de abril de 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008.

FAUTH, Paula Alves. A Possibilidade de União por pessoas do mesmo sexo e a adoção por casais homossexuais. **Direito e justiça**, Porto Alegre, v.35, n. 1, p. 37-51, 2009. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/8210/5897>. Acesso em: 25 de março de 2012.

GOTTARDO, Kelli Chieza. Orientação Sexual e Direitos Fundamentais. **Revista do Direito**, Cachoeiro de Itapemirim, n. 8, ano 10, p. 75-98, jul. 2010.

GROSSI, Miriam; MELLO, Luiz; UZIEL, Anna Paula. **Conjugualidades e parentalidades de gays, lésbicas e transgêneros no Brasil**. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2006000200008&script=sci\\_arttext&tlng=e!n](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2006000200008&script=sci_arttext&tlng=e!n). Acesso em: 19 de abril de 2012.

JULIANI, Samir Pimentel. Uniões Homossexuais e sua Omissão Legislativa. **Revista Jurídica Unigran**, Dourados, v. 12, n. 23, p. 155-177, jan./jun. 2010.

JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. União Homossexual: do preconceito ao reconhecimento jurídico. **Diké Revista Jurídica**, Ilhéus, v. 3, ano III, p. 109-120, anual 2001.

KÜMPEL, Vitor F. **Breves reflexões sobre o homossexualismo**. Disponível em: <http://jusvi.com/>. Acesso em: 20 de abril de 2012.

RIBEIRO, Thaysa Halima Sauáia. **Adoção e sucessão nas células familiares homossexuais. Equiparação à união estável.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3790>>. Acesso em: 20 de abril de 2012.

THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. União homossexual – reflexões jurídicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 807, ano 92, p. 82-102, janeiro 2003.

ZAMBRANO, Elizabeth. **Parentalidades "impensáveis": pais/mães homossexuais, travestis e transexuais.** Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200006&script=sci_arttext). Acesso em: 19 de março de 2012.