

Antonio Luiz Nunes Salgado
Maria Fernanda Soares Fonseca
Vilmária Cavalcante Araújo Mota

organizadores

**DISCUSSÕES JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS:
COLETÂNEA DE ESTUDOS 5**

editora
Virtual Books

Antonio Luiz Nunes Salgado
Maria Fernanda Soares Fonseca
Vilmária Cavalcante Araújo Mota

Organizadores



**Discussões jurídicas
contemporâneas
Coletânea de estudos 5**



FUNORTE



VirtualBooks Editora

© Copyright 2020, Organizadores e Autores.

1ª edição

1ª impressão

(publicado em junho de 2020)

Todos os direitos reservados, protegidos pela Lei 9.610/98. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida, em qualquer meio ou forma, nem apropriada e estocada sem a expressa autorização dos organizadores e autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

DISCUSSÕES JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS. COLETÂNEA DE ESTUDOS 5 Organizadores e Autores. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, Publicação 2020. Edição em ebook formato PDF

ISBN nº 978-65-5606-023-1

1. Direito. Brasil. Título.

CDD- 340

Livro editado pela
VIRTUALBOOKS EDITORA E LIVRARIA LTDA.
Rua Porciúncula, 118 - São Francisco
Pará de Minas - MG - CEP 35.661-177
Tel.: (37) 3231-6653 - e-mail: capasvb@gmail.com
<http://www.virtualbooks.com.br>

APRESENTAÇÃO

Essa obra, na forma de coletânea, faz parte de um processo de construção coletiva, iniciada pelos acadêmicos e professores do Curso de Direito da Funorte, desde as primeiras reflexões realizadas nos primeiros períodos do curso, que foram se maturando para que chegássemos ao final com produções científicas instigantes e atuais que adornam essa obra sobre as Ciências Jurídicas contemporâneas no Brasil.

Nesse sentido esse livro constitui-se num importante ponto de inflexão no processo de sistematização e produção de conhecimentos na área jurídico-acadêmica, que tem por objetivo apresentar para a comunidade em geral as mais diversas temáticas em curso sobre a sociedade contemporânea e sua relação com o Direito, de forma dialógica e interdisciplinar.

O livro encontra-se estruturado por uma coletânea de artigos que têm como temática e abordagem áreas do Direito Penal, Direito Civil, Direito do Trabalho, dentre outras. As ideias apresentadas encontram-se fundamentadas por filósofos e cientistas jurídicos de expressão nacional e internacional, cumprem assim a função de subsidiar as discussões que vêm sendo travadas nos Tribunais e na Doutrina sobre a Ciência Jurídica contemporânea, da sua prática de ensino e de pesquisa historicamente comprometida com a formação dos pensadores do Direito críticos e reflexivos.

De um modo ou de outro, todos os autores desta coletânea, sob diferentes perspectivas, apontam o papel estratégico do

Direito dentro de uma sociedade digital, informatizada e globalizada, que deve ser aprimorado, lapidado e adequado a nova realidade, de modo a que possamos ter eficácia jurídica. A segurança das relações depende da proteção do Direito, portanto o sistema de norma-sanção, baseado no conjunto Legislativo-Judiciário deve ser adequado e readequado sempre que se fizer necessário.

A FUNORTE por meio dessa iniciativa reafirma o conhecimento como arma indispensável no enfrentamento e na superação dos vários problemas sociais vivenciados na contemporaneidade, razão pela que temos que reinventar o Direito assim como a Sociedade está sendo reinventada e transformada fugazmente, senão estaremos todos vivendo de certo modo á margem da Lei.

Organizadores.

SUMÁRIO

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E OS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA // 7

*Cindy Anna Almeida Monção
Rosely da Silva Efrain*

A PRÁTICA DA PIRATARIA E O CONSENTIMENTO DA SOCIEDADE: o caso do shopping popular Mário Ribeiro da Silveira // 37

*Hugo Guilherme Medeiros De Menezes
Gisele de Cássia Gusmão*

A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL SOB A ÓPTICA DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO // 82

*Arlindo Cardoso Da Silva Filho
Jessica Albuquerque Vieira Oliveira*

DIREITO REAL DE LAJE: uma análise da inovação nos direitos reais // 115

*Guilherme Silveira Dias Fiuza
Edilberto Nicanor Ferreira*

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E OS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cindy Anna Almeida Monção

Advogada. Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE).

Rosely da Silva Efraim

Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC. Professora e Pesquisadora das Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE).

Resumo

A pesquisa tem como objetivo analisar a aplicabilidade/inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, fazendo a relação entre a aplicação desse princípio e os mencionados crimes. Utiliza-se o princípio da insignificância quando o bem jurídico lesionado é de pequeno valor, mas para ele ser adotado devem analisar os critérios: a mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e, inexpressividade da lesão jurídica provocada. Os crimes contra a Administração Pública, previstos nos arts. 312 ao 326 do Código Penal Brasileiro, têm sido cada vez mais frequentes, todavia, há crimes de menor periculosidade, que se enquadrar nos critérios pode ser utilizado o princípio da insignificância. O artigo foi desenvolvido através de pesquisa descritiva, exploratória, e bibliográfica, com a análise de leis, doutrina e jurisprudência. Dessa forma, o entendimento dos Tribunais Superiores quanto à aplicabilidade do princípio abordado

aos crimes contra a Administração Pública, é dividido, sendo algumas decisões pela sua aplicação, como é o posicionamento do STF. Já o STJ possui entendimento no sentido de não aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública. Pode-se dizer que após análise dos posicionamentos dos Tribunais sobre a matéria, foi possível inferir que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal - STF, no que tange à aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, é a mais coerente, pautando-se sempre pela intervenção mínima do direito penal e a interpretação mais favorável ao réu.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância. Aplicabilidade. Crimes. Administração Pública.

Abstract

The research aims to analyze the applicability / inapplicability of the principle of insignificance to crimes against the Public Administration, making the relationship between the application of this principle and the mentioned crimes. The principle of insignificance is used when the injured legal property is of little value, but to be adopted it must analyze the criteria: the minimum offensive conduct of the agent; no social dangerousness of the action; the low degree of disapprobability of behavior; and inexpressiveness of the legal injury caused. The crimes against the Public Administration, provided for in arts. 312 to 326 of the Brazilian Penal Code, have been increasingly frequent,

however, there are less dangerous crimes, which fit the criteria can be used the principle of insignificance. The article was developed through descriptive, exploratory and bibliographical research, with the analysis of laws, doctrine and jurisprudence. Thus, the understanding of the Superior Courts as to the applicability of the principle addressed to crimes against Public Administration is divided, and some decisions for its application, as is the position of the Supreme Court. The STJ, on the other hand, understands that the principle of insignificance is not applicable to crimes against public administration. It can be said that after analyzing the positions of the Courts on the matter, it was possible to infer that the position of the Supreme Court - STF, regarding the applicability of the principle of insignificance to crimes against the Public Administration, is the most consistent, based on always by the minimal intervention of criminal law and the interpretation most favorable to the defendant.

Keywords: Principle of Insignificance. Applicability. Crimes. Public administration.

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a aplicabilidade/inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, demonstrando a sua utilização em casos concretos. Nesse enfoque, vale salientar que os princípios são valores fundamentais que inspiram e guiam o ordenamento jurídico brasileiro. Mostra-se oportuno, neste

enfoque, abordar a aplicação de um importante princípio penal, o princípio da insignificância, frente aos chamados crimes contra a Administração Pública. Dessa forma, os princípios mesmo que não positivados na legislação, possuem uma função essencial no mundo jurídico e na aplicação de sanções.

Nesse enfoque, para abordar o tema torna-se relevante fazer algumas considerações sobre o Princípio da Insignificância, bem como dos crimes contra a Administração Pública, para assim, verificar a de aplicabilidade/inaplicabilidade do referido princípio aos crimes contra a Administração Pública.

Conforme Ackel Filho (1988), o princípio da insignificância consiste naquele princípio que permite infirmar a tipicidade dos fatos que, diante da sua inexpressividade constituem ações de bagatela, desvestidas de reprovabilidade, não merecendo assim, valoração da norma penal, sendo consideradas irrelevantes.

Cumpra-se dizer que o princípio da insignificância é utilizado de forma que o magistrado deve desprezar os casos insignificantes para cuidar das questões realmente inadiáveis, condutas que afrontem materialmente o bem jurídico protegido. Esse princípio limita a punição do Estado, quando a coisa for de valor ínfimo.

Assim, Bitencourt (2012, p. 59), aduz que: “[...] a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida”.

Nessa perspectiva Greco (2013, p. 66) aborda os critérios adotados para a aplicação do princípio da insignificância nos casos práticos: “[...] a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 96.823/RS)”.

Visando relacionar o princípio da insignificância com os crimes contra a Administração Pública, vale salientar que o Código Penal Brasileiro prevê, nos arts. 312 ao 326, os crimes cometidos por funcionários públicos contra Administração Pública, e nesses crimes, o sujeito passivo, o que sofre a lesão é o Estado, e em alguns casos pode haver terceiros. O sujeito ativo, o que pratica o crime é o funcionário público, admitindo-se, entretanto, a participação de particular em alguns desses delitos (BRASIL, 1940).

O interesse em desenvolver o tema surgiu do fato de haver vários questionamentos sobre a aplicabilidade/inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública.

Nesse enfoque, a pesquisa tem como objetivo demonstrar a aplicabilidade/inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, levando em conta que em tese, se preenchidos os requisitos para a aplicação do princípio da insignificância, este deveria ser aplicado; mas por outro lado, com a aplicação desse princípio pode afetar a sociedade que é a proprietária dos bens públicos.

O artigo foi desenvolvido utilizando-se as pesquisas bibliográfica, exploratória e descritiva, visto que para tratar do Princípio da Insignificância e a relação com os crimes contra a Administração Pública foi de extrema importância abordar alguns conceitos e analisar posicionamentos apontados pela doutrina e as previsões da nossa legislação, bem como os julgados dos Tribunais Superiores concernentes à aplicação do Princípio da Insignificância aos crimes contra a Administração Pública, objetivando trazer ao leitor, mais informações sobre o assunto.

Desse modo, o presente artigo analisou a aplicabilidade/inaplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes contra a Administração Pública, e para tanto, conceitua e aborda o histórico do Princípio da Insignificância e sua utilização nos dias atuais, dessa forma também, aponta os requisitos necessários para aplicação e as implicações da utilização desse princípio, averigua os crimes contra a Administração Pública, e por fim, analisa se é pertinente a aplicação do referido princípio aos crimes contra a Administração Pública, apresentando julgados do Superior Tribunal de Justiça - STJ e do Supremo Tribunal Federal - STF, nesse sentido.

A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS: conceito e histórico do princípio da insignificância

Os princípios são as fontes basilares para qualquer ramo do Direito, influenciando tanto em sua formação como em sua aplicação. São as diretrizes fundamentais que irão guiar o

caminho a ser trilhado, em qualquer ciência, verdades fundantes de um sistema de conhecimento; os princípios informam, orientam e inspiram as normas jurídicas, além de sistematizarem e darem organicidade aos institutos.

Os princípios são bases sólidas do ordenamento jurídico, fundada em normas, e visam auxiliar e harmonizar o sistema normativo. Nesse enfoque vale ressaltar:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 2004, p. 451).

Assim, o princípio funciona como diretriz, sendo mais abrangente que as regras, mas que buscam embasar a correta compreensão e interpretação destas. Neste âmbito Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo ensinam:

Os princípios são as ideias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional, o que possibilita uma adequada compreensão de seu modo de organizar-se. Os princípios determinam o alcance e sentido das regras de um determinado ordenamento jurídico. (ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 137).

Dworkin (2007) salienta que a análise moral dos conceitos jurídicos e dos princípios é complementar às normas escritas na solução dos casos. Defende a possibilidade de utilização dos princípios e da moral para solucionar casos difíceis. Ele

admite que mesmo nesses caos, há apenas uma solução justa a ser encontrada.

Nesse íterim, Kelsen (2003) afirma que uma sentença judicial fundada na lei é como dizer que a sentença se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa, isto é, não implica que a sentença seja a norma individual, mas tão somente que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Neste aspecto destaca-se que os princípios incidentes no Direito Penal possuem na sua essência a estrutura das normas penais, conforme aduz Luiz Régis Prado:

Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal – alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas –, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado Democrático de Direito. (PRADO, 2010, p. 13).

Todas as normas jurídicas devem ser analisadas à luz dos princípios que as informam. Nesse sentido, vale destacar que:

[...] conceituar brevemente princípio como a norma, dotada de elevado grau de fundamentalidade e abstração, que, sem prever, de modo disjuntivo, sua aplicação a situações concretas, se constitui em ordem de otimização, e destarte, requer, por parte do intérprete, uma atividade de mediação, para que determine a consequência aplicável ao fato. (SILVA, 2007, s.p).

Nesse contexto Rodrigues (2011) salienta que inexistente uma definição legal de princípio, cabendo à doutrina fazer essa

definição, sugerindo como devem ser aplicados, podendo ser aceitos ou não pelos tribunais.

Sabido do conceito de princípios, alguns autores conceituam esses princípios em função jurídica, para atender as necessidades vigentes e para que o sistema jurídico tenha o embasamento necessário ao estudar o delito.

Após discorrer sobre o conceito e relevância dos princípios em nosso ordenamento jurídico, sobretudo no âmbito penal, é possível abordar o princípio da insignificância, conceituando-o e apresentando o seu contexto histórico.

O Princípio da Insignificância teve seus primeiros resquícios no direito romano, tem como preceito “*minimis non curat praetor*”, ou seja, “o protetor, não cuida de minudências” por Claus Roxin em 1964, e posteriormente foi utilizado em sua obra *Política Criminal y Sistema Del Derecho*. (PRADO, 2010). O Princípio da Insignificância não tem previsão legal no Direito brasileiro, trata-se de uma criação da doutrina e da jurisprudência.

O conceito de princípio da insignificância não se difere entre os autores. Todos fazem considerações importantes acerca da necessidade em se considerá-lo como princípio que norteia o sistema jurídico no âmbito penal. No que tange ao conceito do Princípio da Insignificância, vale ressaltar:

O princípio da insignificância é um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens

jurídicos protegidos pelo direito penal. (MAÑAS, 1994, p. 81).

Esses critérios necessitam da valoração do magistrado. Segundo o professor Gomes (2009), o princípio da insignificância tem a ver como o juiz se posiciona diante dos parâmetros abstratos da lei, analisando cada caso concreto. Assim, destaca que a possibilidade da justiça ser feita diante de cada situação concreta é bem mais vasto que quando o juiz estava vinculado ao raciocínio da premissa maior, premissa menor e conclusão.

Ainda sobre a mensuração do que pode ser considerado irrisório, ou de grande relevância, expõe-se a contribuição de Gomes:

Conceito de infração bagatelar: infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do Direito Penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante. (GOMES, 2009, p. 15).

Ao analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, é preciso o estudo de cada caso, cada situação, cada sociedade, cada família, cada indivíduo. Caso contrário, a justiça poderá deixar de estar realmente cumprindo com o seu papel diante da sociedade, diante dos seus próprios critérios. Assim, alerta Carnelutti:

A “civilidade” de um povo está nas mãos de quem faz do uso da toga, ou uniforme ou da divisa, uma “arma” consciente,

precisa e fiel aos princípios morais, éticos e legais da justiça. Mesmo que sejam ações que privem pela solenidade, mas que priorize a disciplina, delegando “verdades” a processos pequenos ou célebres. (CARNELUTTI, 2005, p. 13).

Ao fazer uma relação entre os princípios da insignificância e da adequação social, Rodrigues (2011) assevera que ao lado do princípio da insignificância, está o princípio da adequação social, em que a conduta fundamentalmente aplicada na explicação do tipo seria materialmente atípica, isso caso se mostrasse entre os comportamentos socialmente permitidos. Desse modo, a ação socialmente vista como a apropriada, estaria excluída do tipo, visto que teria acontecido conforme a normalidade social.

Assim, estabelece Toledo a respeito do Direito Penal e do princípio da insignificância, demonstrando que um não sobrepõe o outro, mas que ambos trabalham para a proteção do bem jurídico:

Segundo o Princípio da Insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do artigo 334, parágrafo 1º, d, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; o peculato do artigo 312 não pode ser dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas; a injúria, a difamação e a calúnia dos artigos 140, 139 e 138, devem igualmente restringires a fatos que realmente possam afetar a

dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tartamudeadas e sem consequências palpáveis; e assim por diante. (TOLEDO, 2002, p. 133).

Em consonância, Capez (2005) ensina que há distinção entre bagatela e crimes de menor potencial ofensivo, e com isso sanções distintas para cada, o princípio da insignificância não se aplica aos crimes de menor potencial ofensivo, eles estão tipificados pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95 e submetem-se aos Juizados Especiais Criminais, sendo que neles a ofensa não pode ser atribuída de insignificante, por possuir gravidade ao menos visível socialmente, desse modo, não se pode confundir com delito de bagatela.

Entretanto, no entendimento Capez (2005), o Princípio da Insignificância não possui requisitos propriamente ditos. Para ele, o princípio da insignificância não é aplicado no plano abstrato. “[...] Tal princípio deverá ser verificado em cada caso concreto, de acordo com suas especificidades.” (CAPEZ, 2005, p. 15).

No que se refere ao princípio da insignificância, vale realçar:

O princípio da insignificância tem aplicação a qualquer espécie de delito que com ele seja compatível, ainda que excepcionalmente, e não apenas aos crimes contra o patrimônio. Imagine-se, por exemplo, a existência de peculato na apropriação de uma folha de papel em branco, ou ainda de um clipe de metal, hipóteses de crime contra a Administração Pública nas quais, em nossa opinião, tem incidência o postulado. Na linha do raciocínio do Superior Tribunal de Justiça, há que se afastar reflexões que ultrapassem critérios dogmáticos. A política criminal somente pode ser invocada para privilegiar o arco de liberdades do cidadão, mas nunca retingi-lo. (MASSON, 2011, p. 26-27, grifos acrescidos).

Assim, qualquer delito que o bem for de ínfimo valor, deve ser apreciado e adotado o princípio da insignificância, como afirma Masson (2011), a justiça não se deve pautar de tal princípio para restringir o cidadão.

REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Segundo Masson (2011, p. 30-31) para que exista a aplicação do princípio da insignificância deve se levar em conta “as condições pessoais da vítima, a “extensão do dano causado ao ofendido” e o valor sentimental do bem. Para o autor é necessário que cada caso concreto seja analisado de forma diferente.

Nesse sentido Greco (2013, p. 66) aborda os critérios adotados para a aplicação do princípio da insignificância nos casos práticos: “[...] a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 96.832/RS)”.

Assim, neste âmbito há a necessidade da existência e aplicação do princípio da insignificância. Conforme salienta Mirabete (2001), sendo o crime uma ofensa a um interesse dirigido a um bem jurídico relevante, preocupa-se a doutrina em estabelecer um princípio para excluir do direito penal, certas lesões insignificantes.

Na mesma linha, ainda é possível ressaltar:

Note-se que a gradação qualitativa e quantitativa do injusto referida inicialmente (supra, n. 123), permite que o fato

penalmente insignificante seja excluído da tipicidade penal, mas possa receber tratamento adequado – se necessário – como ilícito civil, administrativo etc., quando assim o exigirem preceitos legais ou regulamentares extrapenais. (TOLEDO, 2002, p. 134).

Nesse contexto, Nucci (2010, p. 87) pondera a respeito do que pode ser considerado insignificante: “Pode representar algo de valor diminuto ou desprezível, bem como algo de nenhum valor. Qualquer dos dois sentidos extraídos do vocábulo é apto a fornecer o quadro ideal dos delitos considerados insignificantes, portanto, os quase-crimes.”

Nessa seara, Toledo em seus ensinamentos acompanha esse pensamento:

A tipicidade não se esgota na subsunção formal do fato ao tipo, a descrição típica deve ser lesiva a um bem jurídico. Assim, afirma-se que o comportamento humano para ser típico, não só deve ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito, mas também ser materialmente lesivo a bens jurídicos, ou ética, ou socialmente reprovável. (TOLEDO, 2002, p. 119).

Nessa perspectiva, a tipicidade não se limita ao mero aspecto formal da conduta. É necessária a ocorrência de uma relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado para que a conduta seja considerada delituosa.

De acordo com o Princípio da Insignificância, o Direito Penal não deve ocupar-se de bagatelas. Neste sentido ministra Capez (2005, p.11): “A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido”.

A aplicação do princípio da insignificância não significa ausência de proteção jurídica por parte do Estado, e sim a exclusão de um fato que, embora seja considerado criminoso, é insignificante para acionar a tutela do Direito Penal.

Desse modo, cabe observar cada requisito para a aplicação do princípio da insignificância e analisar se é adequada a cada caso, analisando individualmente, o dano, a periculosidade da ação social, condição da vítima, o valor do bem, entre outros requisitos.

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A doutrina conceitua a Administração Pública a partir de seus sentidos formal, material e operacional, que exerce a função administrativa por meio de atos e contratos administrativos, ela tem poderes funcionais e deve seguir os princípios administrativos. Dessa forma explana Meirelles:

Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica atos de governo; pratica, tão-somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos. (MEIRELLES, 2016, p. 68).

Em modo amplo da ação de administrar está presente em todos os aspectos da sociedade como um todo. No que tange a Administração Pública, é válido ressaltar o conceito de administrar, no que diz Hely Lopes Meirelles:

Em sentido lato administrar é gerir interesses, segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração particular; se são da coletividade, realiza-se administração pública. Administração pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum. (MEIRELLES, 2016, p. 88).

Edmir Netto de Araújo (1997) ensina que o sentido técnico-jurídico que interessa é oposto ao de propriedade e diz com poderes de gerência e conservação, quando, na atividade privada esses poderes são de disponibilidade e alienação. E destaca que a administração privada (ou de empresas, sociedades, etc.) consiste na gerência de bens ou interesses privados ou particulares.

Já quanto aos fins se referem ao Estado, Araújo (1997, p. 16) no que tange à Administração Pública salienta: “É Administração Pública, que pode ser sinônimo de “Administração” grafada com “A” maiúsculo (máquina administrativa do Estado, seus órgãos e entidades) ou de “administração” grafada com “a” minúsculo (atividade de administrar, atividades administrativas)”.

Com ambas as grafias, todas fazem referência ao mesmo órgão, mas no trabalho em tese, faz menção da Administração Pública, como máquina administrativa do Estado.

Para o Direito Penal, segundo Pagliaro e Costa Júnior (1997), o conceito de administração pública é mais amplo. Abrange toda a atividade estatal, seja administrativa, legislativa ou judiciária, em sentido subjetivo e objetivo. Afirmam os autores que:

Sob a angulação subjetiva, a administração pública é entendida como o conjunto de entes que desempenham funções públicas. Sob o aspecto objetivo, considera-se como administração pública toda e qualquer atividade desenvolvida para satisfação do bem comum. Em outras palavras: em direito penal, administração pública equivale a sujeito-administração e atividade administrativa. (PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, 1997, p. 16).

Consoante ao mesmo entendimento, explica Noronha (1988), a compreensão de Administração Pública no que refere aos delitos envolvidos no título XI do Código Penal é atribuído no sentido mais vasto, compreensivo a toda atuação estatal, todos os organismos componentes do poder público. Consequentemente as normas que refletem os crimes contra a Administração Pública são protegidas não somente a atividade administrativa em sentido restrito, mas, também na questão legislativa e judiciária. Este título nada mais é, onde visa a proteção do Estado e dos demais entes públicos para total desenvolvimento regular.

Cumpra-se dizer que a Administração Pública executa suas funções, visando a satisfação do bem comum, o bem da coletividade.

Nesse enfoque, visando resguardar e proteger a Administração Pública o Código Penal, prevê vários crimes contra a Administração Pública. Assim, os crimes praticados por funcionários públicos (arts. 312 ao 326):

- Peculato, art. 312 CP;
- Peculato furto, art. 312 1º CP;
- Peculato culposo, art. 312 § 2º. CP;
- Peculato mediante erro de outrem, art. 313 CP;
- Extravio, sonegação ou inutilidade de livro ou documento, art. 314 do CP;
- Emprego irregular de verbas ou rendas públicas, art. 315 do CP;
- Concussão, art. 316 do CP;
- Excesso de exação, 1º. § do art. 316 CP;
- Corrupção Passiva, art. 317 do CP;
- Facilitação de Contrabando ou descaminho, art. 318 do CP;
- Prevaricação, art. 319 do CP;
- Condescendência criminosa, art. 320 do CP;
- Advocacia administrativa, art. 321 do CP;
- Violência arbitrária, art. 322 do CP;
- Abandono de função, art. 323 do CP;
- Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado, art. 324 do CP;
- Violação de sigilo funcional, art. 325 CP e
- Violação do sigilo de proposta de concorrência, art. 326 do CP.
- a) Os praticados por particular (arts. 328 ao 337-A);
- b) Contra a Administração da Justiça (arts. 338 ao 359);
- c) Contra as Finanças Públicas (arts.359-A ao 359-H). (BRASIL, 1940).

É essencial que nos crimes contra a Administração o delito apresente maior gravidade em comparação com aqueles praticados na esfera particular. Entretanto, isso não os torna uma categoria inalcançável pelo princípio da insignificância. No que se refere ao crime, este pode ser conceituado de três formas: material, formal e analítico, como melhor explica Mirabete:

[...] o conceito de crime é essencialmente jurídico. Entretanto, ao contrário de leis antigas, o Código Penal vigente não contém uma definição de crime, que é deixada à elaboração da doutrina. Nesta tem-se procurado definir o

ilícito penal sob três aspectos diversos. Atendendo-se ao aspecto externo, puramente nominal do fato, obtém-se uma definição formal; observando-se o conteúdo do fato punível, consegue-se uma definição material ou substancial; e examinando-se as características ou aspectos do crime, chega-se a um conceito, também formal, mas analítico da infração penal (MIRABETE, 2001, p. 95).

No Código Penal não há uma definição do que é crime, como citado acima, mas sabe-se que o crime se caracteriza em infringir a lei, cometer um ato contra os bons costumes. Nesse contexto, vale ressaltar: “1 - Qualquer violação muito grave de ordem moral, religiosa ou civil, punida pelas leis. 2 - Todo o delito previsto e punido pela lei penal. 3 - Delito, fato repreensível, infração de um dever. 4 - Criminal.” (DICIONÁRIO AURÉLIO, 2017, s.p.).

Conforme o Código Penal explica em seu art. 327, *caput*: “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. (BRASIL, 1940).

Os crimes funcionais são conceituados de duas formas, próprios e impróprios. Conforme defendido por Mirabete e Fabrinni (2008), os crimes funcionais são compreendidos de forma diferente na doutrina, dividindo-se em próprios e impróprios. Os primeiros são aqueles cuja a exclusão da qualidade de funcionário público, é indispensável para que o fato constitua infração penal. Sem esta condição seria penalmente insignificante, exemplificando os casos de crimes de concussão, prevaricação, corrupção passiva etc. Os crimes funcionais impróprios são aqueles em que o sujeito ativo é funcionário público, exclusivamente; se o agente não for revestido dessa qualidade, a tipicidade do crime é dada diferente.

Com essa distinção é possível entender as formas de crimes funcionais, e o elemento essencial de cada tipo. No que está relacionado ao princípio da bagatela, vale acentuar:

O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.¹

Isto posto, é permitido perceber que há os requisitos a serem analisados, para assim averiguar se tem a possibilidade da aplicação do distinto princípio. Importa ressaltar ainda a intimidade do Direito Penal com o Direito Administrativo, conforme aduz Meirelles (2016) o Direito Penal e o Direito Administrativo possui relação muito próxima em vários aspectos, independentemente de atuarem em áreas bem distintas. É garantido que não há implicação entre o ilícito penal e ilícito administrativo, cada um deles tem seus próprios parâmetros e preceitos. A realidade é que a Lei Penal em diversos casos, entre eles os crimes contra a Administração Pública submete o sentido do delito à

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 107264/DF – Rel. Min. Celso de Mello – 2ª Turma – un. – j. 19.04.2011 – Dje-232, de 06/12/2011.

conceituação de atos e fatos administrativos. Em outros casos chega a desconsiderar a Administração Pública proventos do Direito Penal, como acontece na caracterização de infrações dependentes das chamadas normas penais em branco.

Mostra-se relevante o Código Penal tipificar os crimes contra a Administração Pública, assim a caracterização dos mesmos se torna mais fácil de ser compreendido e estudado. Assim, é visível que nos crimes contra a Administração o delito apresente maior gravidade em comparação com aqueles praticados na esfera particular. Entretanto, isso não os torna uma categoria inatingível pelo princípio da insignificância, devendo o aplicador da lei utilizar a proporcionalidade para definir a sanção imposta.

ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Superior Tribunal de Justiça entende de forma majoritária que o Princípio da Insignificância, não se aplica aos crimes contra a Administração Pública, uma vez que o mesmo fere a moral administrativa e visando também resguardar a dimensão material. Nesse sentido, a jurisprudência pátria:

EMENTA. RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. **É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a**

Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão. 2. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. 3. Recurso provido para determinar o prosseguimento da ação penal.² (grifos acrescidos).

A jurisprudência não contrapõe, valendo transcrever, a respeito, os seguintes julgados, que foram agrupados perante ao Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. **Não se admite, em regra, a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados contra a administração pública, haja vista buscar-se, nesses casos, além da proteção patrimonial, a tutela da moral administrativa.** 2. Agravo regimental a que se nega provimento.³ (grifos acrescidos).

Acrescente-se, ainda, serem unânimes, entre os Ministros do STJ, no sentido de não aplicar o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública. Nesse sentido é relevante destacar:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CABIMENTO. 1. **Não se aplica o princípio da insignificância aos crimes contra a**

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 655.946/DF 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, julgamento: 27/02/2007, publicado no DJ: 26/03/2007.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo de Instrumento 1.105.736/MG 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgamento: 07/12/2010, publicado no DJe: 17/12/2010.

Administração Pública, uma vez que a norma visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moral administrativa, insuscetível de valoração econômica. PERDA DO CARGO PÚBLICO. EFEITO EXTRAPENAL. ART. 92, I, A DO CÓDIGO PENAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. 1. Não há que se cogitar de ausência de fundamentação válida na decisão que decretou a perda do cargo público do apenado, pois evidenciou, a partir de elementos concretos, a violação de dever para com a Administração Pública. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.⁴ (grifos acrescidos).

Diante dessas premissas, a Corte Especial do STJ aprovou a súmula 599, em 20 de novembro de 2017, sendo: “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública”. Assim, ratificou o entendimento nesse âmbito.⁵

A partir da pesquisa jurisprudencial realizada foi possível perceber que os julgados do Superior Tribunal de Justiça não reconhecem a aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes funcionais contra a Administração Pública, pois não se busca resguardar os valores patrimoniais obtidos indevidamente, mas a moralidade administrativa, entretanto vale destacar a existência de julgados reconhecendo a aplicação desse princípio aos crimes contra a Administração Pública, em posição oposta, pelo Supremo Tribunal Federal, se posicionando nos julgados a seguir, a favor da aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, assim o Ministro Gilmar Mendes, instrui:

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial 1.382.289/PR 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, Julgamento: 05/06/2014, publicado no DJe: 11/06/2014.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 599. CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, publicado no DJe 27/11/2017.

HABEAS CORPUS. 2. Subtração de objetos da Administração Pública, avaliados no montante de R\$ 130,00 (cento e trinta reais). 3. **Aplicação do princípio da insignificância**, considerados crime contra o patrimônio público. Possibilidade. Precedentes. 4. Ordem concedida.⁶ (grifos acrescidos).

Para que seja razoável concluir, em um caso concreto, no sentido da tipicidade, mister se faz a conjugação da tipicidade formal com a tipicidade material, sob pena de abandonar-se, assim, o desiderato do próprio ordenamento jurídico criminal. Evidenciando o aplicador do direito a presença da tipicidade formal, mas a ausência da tipicidade material, encontrar-se-á diante de caso manifestamente atípico. Não é razoável que o direito penal e todo o aparelho do Estado-Polícia e do Estado-Juiz movimentem-se no sentido de atribuir relevância típica a subtração de objetos da Administração Pública, avaliados no montante de R\$ 130,00 (cento e trinta reais), e quando as condições que circundam o delito dão conta da sua singeleza, miudeza e não habitualidade.

Na seara dos crimes praticados contra a Administração Pública, ressalta-se ainda, o seguinte julgado:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que garantia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. **Verificada a objetiva insignificância jurídica** do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 107370/SP Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 26/04/2011, Processo Eletrônico DJ-e 119 Divulg. 21/06/2011. Public. 26/06/2011.

recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento.⁷ (grifos acrescidos).

O princípio da segurança jurídica possui previsão no art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/99. Além disso, o inciso XIII, do parágrafo único, do mesmo artigo, determina que a Administração Pública deve obedecer ao critério da “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”. (BRASIL, 1999).

Conforme nos ensina Di Prieto (2001), a falta de entendimento uniforme compromete a segurança jurídica, causa certo desentendimento sobre o assunto abordado para os causídicos, assim sobre o princípio da segurança jurídica propugna:

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. (DI PIETRO, 2001, p. 85)

Segurança jurídica é uma expressão que comporta vários sentidos, no que se aborda está relacionada com o Direito, abrangendo, portanto também os atos jurídicos. Neste pensar Couture, sobre segurança jurídica:

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 112.388/SP 2ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento: 21/08/2012, publicado no DJ-e 14/09/2012.

Em sendo indissociável da ordem jurídica a garantia da coisa julgada, a corrente doutrinária tradicional sempre ensinou que se tratava de um instituto de direito natural, imposto pela essência mesma do direito e sem o qual este seria ilusório; sem ele a incerteza reinaria nas relações sociais e o caos e a desordem seriam o habitual nos fenômenos jurídicos. (COUTURE, 1974, p. 405).

A Min. Laurita Vaz (2009, s.p.) ressalta que não se pode ficar aprisionada ao único entendimento: “Não pode o administrado ficar sujeito indefinidamente ao poder de autotutela do Estado, sob pena de desestabilizar um dos pilares mestres do Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio da segurança das relações jurídicas”.

Os entendimentos divergentes comprometem a segurança jurídica, uma vez que neles se baseiam para que a mesma não seja infringida. Assim, não se afigura admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir, pois, que a aplicação do princípio da insignificância em face de um fato verificado dependerá essencialmente das circunstâncias em que se verificou e da capacidade de exercício de juízo valorativo por parte do aplicador do Direito, porquanto não se deve levar em conta apenas o desvalor do resultado, mas também o desvalor da ação, tudo em vista dos fins de proteção insertos na norma penal.

Nos últimos anos, percebe-se da análise dos julgados citados na explanação, que os Tribunais vêm encontrando

dificuldades para definir se o princípio da insignificância é ou não cabível aos crimes contra a Administração Pública.

Dessa forma, o entendimento dos Tribunais Superiores quanto à aplicabilidade do princípio abordado aos crimes contra a Administração Pública, é dividido, sendo algumas decisões pela sua aplicação, como é o posicionamento do STF. Já o STJ possui entendimento no sentido de não aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública.

Em relação ao tema, encontram-se entendimentos distintos acerca da aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública. Há entendimentos pela negativa à aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, com o argumento de que com esse posicionamento visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moral administrativa; outros entendem que se preenchidos os requisitos para a aplicação do princípio da insignificância, este deve ser utilizado nos crimes contra a Administração Pública.

A ausência de posicionamento firmado a respeito da referida aplicabilidade gera insegurança jurídica, causando receio entre os causídicos, uma vez que não sabe o que se esperar dos julgadores, por não ter um entendimento uno consolidado. Assim, nota-se a necessidade de um entendimento firmado pelos Tribunais acerca do tema.

Percebe-se então, que o Princípio da Insignificância é um método que auxilia a justiça a interpretar com coerência, a tipicidade ou não do fato, conseqüentemente, tornando a

pena proporcional; e, integrando os fundamentos do Estado Democrático de Direito, resguardando a dignidade da pessoa humana em proporção da sanção aplicada, concentrando seus esforços na repressão das condutas realmente danosas para a sociedade, não “perdendo” tempo embrenhando em causas que ao final, possam lesar o Direito Penal, pois é dele que a sociedade vai “cobrar”.

Dessa forma, diante da pesquisa realizada foi possível inferir que o princípio da insignificância deve ser aplicado aos crimes contra a Administração Pública, seguindo a linha de raciocínio do STF, demonstrando ser este, o entendimento mais correto, pautando-se, sempre, pela intervenção mínima do direito penal e a interpretação mais favorável ao réu.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. **Revista de jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, v. 94, p. 72-77, abr./jun. 1988.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Administração indireta brasileira**. São Paulo: Forense, 1997. itálicos no original.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 17ª. Ed. Rev. Ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848/1940**. Código Penal. Brasília - Planalto, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 18 out. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARNELUTTI, Francisco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del Derecho Processal Civil**. Buenos Aires: Depalma, nº 263, 1974.

DICIONÁRIO AURÉLIO. **Dicionário Aurélio de Português Online**. Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/crime>. Acesso em: 05 nov. 2017.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001.

FILHO, Diomar Ackel. **O princípio da insignificância no Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1988.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GOMES, Luis Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 15ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MANÃS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquemaizado - Parte geral - vol. 1 / - 4ª ed. rev., atual. o ampl. - Rio de Janeiro : Forense : São Paulo : MÉTODO**, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo : Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual do direito penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 3: parte especial, arts. 235 a 361 do CP.- 22 ed. rev. e atual. Até 31 de dezembro de 2006. – 3. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 19. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAGLIARO, Antônio; COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Dos crimes contra a administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, art. 1.º a 120. 9. Ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Davi de Oliveira. **A aplicação do Princípio da insignificância ao crime de descaminho**: a necessidade de revisão de critérios. Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharelado em Direito pela Universidade de Brasília (UNB). Brasília (DF), 2011.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Direitos a Prestações Positivas e Igualdade**. São Paulo: LTr, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

VAZ, Laurita. **Brasília**. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000081130&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 18 out. 2017.

A PRÁTICA DA PIRATARIA E O CONSENTIMENTO DA SOCIEDADE: o caso do shopping popular Mário Ribeiro da Silveira

Hugo Guilherme Medeiros De Menezes

Advogado. Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE).

Gisele de Cássia Gusmão

Mestre em Economia pela Universidade Federal de Viçosa (UFV).

Resumo

A presente pesquisa buscou tratar sobre a pirataria e a sua repercussão criminal e social, tendo em vista os bens jurídicos tutelados, quais sejam os direitos autorais. Ainda que o Estado não aceite a prática criminosa, o município de Montes Claros (MG) possui e regula o Shopping Popular Mário Ribeiro da Silveira, local de comercialização de produtos, dentre eles, aqueles com características da violação dos direitos autorais. Porquanto, é objeto deste estudo verificar a ilegalidade consentida do crime de pirataria que ocorre dentro das dependências do Shopping Popular, à luz das legislações que o instituem. O presente artigo versa sobre uma revisão bibliográfica e pesquisa documental, a partir da análise de legislações vigentes, assim como doutrinas e elementos científicos que foram de valor essencial para o desenvolvimento e compreensão do presente estudo. Diante disso, concluiu-se que caso a sociedade montesclarence não reconhecesse como criminosa a prática da pirataria nas dependências do shopping popular,

torna-se necessário a aplicação do princípio da adequação social para configurar a atipicidade da conduta.

Palavras-chave: Pirataria. Ilegalidade. Consentimento social. Shopping Popular Mário Ribeiro da Silveira.

Abstract

The present research sought to deal with piracy and its criminal and social repercussion, considering the legal rights protected, which are the copyright. Although the State does not accept the criminal practice, the municipality of Montes Claros (MG) owns and regulates Shopping Popular Mário Ribeiro da Silveira, a place of commercialization of products, among them, those with characteristics copyright infringement. The object this study is to verify the illegal nature of the piracy's crime that occurs within the premises of Shopping Popular, in light of the legislation that establishes it. This article deals with a bibliographic review and documentary research, based on the analysis of current legislation, as well as doctrines and scientific elements that were essential value for the development and understanding about present study. In view of this, it was concluded that the society montesclarence does not recognize as criminal the practice of piracy in the dependencies of the popular mall, so that it becomes necessary to apply the principle social adequacy to configure the atypical conduct.

Keywords: Piracy. Illegality. Social consent. Popular Shopping Mário Ribeiro da Silveira.

INTRODUÇÃO

Com a difusão das novas tecnologias, alcançou-se uma grande transformação no modo como a sociedade lida com a cultura. Gozamos de um momento ímpar na história, onde a expressão artística tornou-se acessível a qualquer pessoa, desde pinturas, teatro e livros, a música e cinema, de forma que pessoas se dedicam inteiramente à arte para sobreviver. Tamanha evolução só fora possível graças a interação da arte com ferramentas como a “internet”, que propicia o compartilhamento massivo de arquivos e a interação entre pessoas em opostos do globo através de um “clique”. Em decorrência dessa interação, fenômenos como a pirataria, se tornaram corriqueiros (MARTINS; COIMBRA, 2011).

A pirataria pode ser entendida de diversas maneiras. De modo histórico, a pirataria pode ser vista como ações de homens despatriados que vivem em alto-mar e se apropriavam dos bens de outros através da força. Contudo, é de fundamental importância para este trabalho, que se conceitue a pirataria a partir dos conceitos jurídicos. Todavia, para chegarmos a um conceito jurídico de pirataria, necessário se faz conceituar os direitos autorais (AFONSO, 2009).

Em um breve contexto histórico, os direitos autorais surgiram na Grécia e Roma antiga, já que se condenava o plágio, pois os intelectuais que criavam suas célebres obras

não se conformavam tão somente com a glória, uma vez que os manuscritos também eram sua fonte de lucro (AFONSO, 2009).

Por sua vez, os direitos autorais no Brasil foram concebidos de forma gradativa. Porquanto nos afirma Afonso (2009, p. 7):

A primeira manifestação relacionada ao direito autoral surgiu com a promulgação da Lei de 11.08.1827, que criou os primeiros cursos jurídico-sociais nas cidades de Olinda (PE) e São Paulo (SP) e que enuncia em seu art. 1º "o Governo os fará imprimir (os compêndios) e fornecer às escolas, compêndios aos seus autores o privilégio exclusivo da obra por dez anos". Convém ressaltar que a referida lei não aboliu o sistema de privilégios, uma vez que atingia apenas os professores acadêmicos daquelas instituições e pelo prazo de dez anos, porém tornou-se marco inicial na história do direito de autor no Brasil.

Logo, as legislações brasileiras foram se aperfeiçoando no decorrer do tempo para melhor se adequar a sociedade onde se aplica. Hodiernamente, com a vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a proteção autoral foi aludida no art. 5º, inc. XXVII e XXVIII, do Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Senão vejamos:

Art. 5º.

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - E assegurada, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; (BRASIL, 1988).

Além da proteção constitucional, existem diversas legislações infraconstitucionais que regulam os aludidos direitos. No entanto, para a presente proposta de pesquisa é de suma importância que se ressalte a lei 10.695 de 1º de Julho de 2003, que, dentre outras alterações, ampliou as tutelas do direito penal em relação aos atos que afrontavam os direitos autorais, isto é, aprimorou a tipificação criminal do art. 184 do Código Penal (CP)⁸ que trata da pirataria. (BRASIL, 2003).

Todavia, para que se tenha a norma penal regulamentadora, deve-se entender que se trata de uma lei penal em branco, ou seja, uma descrição de uma conduta criminosa que se encontra explicado em outro texto legal. Tal explicação encontra-se na lei 9610/98, qual seja o mecanismo normativo que trata da proteção à propriedade intelectual (GONÇALVES, 2011).

Mas o que é pirataria? Para Medeiros (2005, p. 21) “considera-se pirataria a atividade ilícita de copiar, reproduzir, e utilizar sem autorização do autor ou do fabricante original, qualquer produto, com o objetivo de lucro.”.

Em uma visão mais próxima do homem médio, pode-se entender que a pirataria é um termo genérico utilizado para todo produto produzido e comercializado de forma ilegal,

que se difere do que preceitua a legislação, que fere os direitos do autor.

Não obstante a pirataria ser um crime, é perceptível a aceitação dessa prática criminosa não só pela sociedade, mas também pelo Estado.

A conduta da pirataria já se faz adequadamente aceita pela sociedade há tempos, nem quem deveria se sentir lesionado com tal conduta não dá atenção. Podemos observar que a pirataria acaba trazendo vantagens para o detentor da propriedade intelectual, como, por exemplo, a publicidade e propaganda do próprio produto. (MARTINS; COIMBRA, 2011, p. 7-8).

Para compreender a contínua prática delitiva, o princípio mais aludido pela doutrina penal é o princípio da adequação social, que para Greco (2015) trata-se de um princípio que limitaria o tipo penal à interpretação fria da lei, se excluindo aquilo que a sociedade aceita. Ou seja, nas situações em que mesmo que a lei tipifique a ação como crime, caso seja uma conduta aceita e corriqueira dentro da sociedade, o Estado não tem a obrigação de punir o cidadão. Entretanto, Greco (2015, p. 106) ressalva que “o princípio da adequação social, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores”.

Isto posto, infere-se que a pirataria, como crime, se destina ao esquecimento pela sociedade, pois:

Logo, se a população não reconhece mais que determinada conduta é ilícita, ela passa a ser uma conduta aceita socialmente, tendo em vista a ineficácia da lei. O exposto atrela-se à Teoria Social da Ação, que aduz que com o passar dos anos uma conduta típica poderá se transformar em atípica se for socialmente aceita pela coletividade. (MOREIRA; MOREIRA, 2016, p. 155).

⁸ Maiores informações em Brasil (1940).

Em relação ao Estado, a pirataria continua com o seu caráter delituoso, de modo que os poderes do Estado continuam a coibir o crime. Prova disso é a permanência da tipificação criminal no art. 184 do CP, logo, compete ao Estado vigiar e punir àqueles que realizam ou concorrem com a prática criminosa.

Contudo, algumas ações do poder público são incoerentes. A exemplo, o município de Montes Claros/MG que construiu o Shopping Popular Mário Ribeiro da Silveira e dedicou a edificação aos comerciantes ambulantes (camelôs). Instituído e autorizado pela lei municipal nº 3076 de Dezembro de 2002, o Shopping Popular se tornou o maior reduto de pirataria da região do norte de Minas Gerais, porque concentrou o comércio informal de toda a cidade.

Ademais, a lei municipal ora aludida autoriza a concessão de uso das lojas do Shopping Popular a título oneroso por meio de contrato celebrado entre o Poder Executivo Municipal e o Instituto de Previdência dos Servidores Públicos de Montes Claros (PREVMOC). Porquanto, fica definido como sendo de interesse social e econômico do Município de Montes Claros a utilização, mediante permissão de uso de bem público, das lojas do Shopping Popular pelos comerciantes ambulantes que atendam aos requisitos taxados na lei (MONTES CLAROS, 2002).

Diante do exposto acima, a presente pesquisa questionou o consentimento da sociedade e a relação com o Estado sobre o crime de pirataria no Shopping Popular de Montes Claros/MG, e aferiu a consonância com o ordenamento jurídico. Isto é, estudou sobre a prática reiterada do crime de

pirataria nos mercados infomais (Shopping Popular) e a aceitação social dessa conduta ilícita.

A metodologia proposta no presente artigo foi de revisão bibliográfica e pesquisa documental, visto que tal método proporciona a reunião de informações necessárias sobre o conteúdo. Foi constituída análise de legislações vigentes, doutrinas e artigos científicos relacionados ao tema. As bases foram retiradas de sites governamentais, bibliotecas virtuais e locais. Foram utilizadas palavras-chave de maneira isolada e/ou associadas como pirataria, ilegalidade, consentimento social e Shopping Popular Mário Ribeiro da Silveira.

CONTEXTO HISTÓRICO

Breve histórico da cidade de Montes Claros

A história da colonização do interior do Brasil encontra raízes nas expedições bandeirantes, que tinham por objetivo desbravar o sertão brasileiro atrás de ouro, prata e pedras preciosas, além de conquistar terras dos índios e os tornar escravos. De maneira tal que se estabeleciam em locais propícios à produção agropecuária e de mineração, onde montavam arraiais e fazendas, abrindo novas fronteiras (MONTES CLAROS, 2011).

O município de Montes Claros não é diferente. Relatos indicam que expedições bandeirantes formadas por pioneiros na cidade de Porto Seguro/BA, se direcionavam ao sul da Bahia e o Norte de Minas à procura de “serras verdes”, ou seja, esmeraldas, conquistando desta forma o sertão. Entretanto, nas palavras de Bruzza de Spinoza, comandante de uma das expedições bandeirantes, descrita na

obra de Ubino de Souza Vianna, *Monographia histórica, geographica e descriptiva de Montes Claros*:

Procurando localizar um ponto de referência para prosseguirmos da jornada, avistou, não muito aquém, da linha do horizonte, um agrupamento de montes esbranquiçados e despidos de vegetação. Virou-se então, para seus companheiros e teria sentenciado: ‘nosso próximo objetivo são aqueles montesclaros. (VIANNA, 1915 *apud* MONTES CLAROS, 2011, p. 9).

Em 1691, Antônio Figueira organiza uma grande expedição, oportunidade em que pode pacificar os índios da bacia do rio Verde Grande numa guerra que durou cerca de sete anos (MONTES CLAROS, 2011).

Figueira obteve por alvara de 12 de Abril de 1707, uma sesmaria de légua e meia de largo por três de comprido sob as condições de Foral, não podendo alhear terras e nem se apoderar de aldeias e terras dos índios, situada nas cabeceiras do Rio Verde pela margem esquerda, tendo ao sul os montes de xistos calcáreos (esbranquiçados), estabelecendo ai a Fazenda dos Montes Claros. (VIANNA, 1915 *apud* MONTES CLAROS, 2011, p. 10).

A fazenda prosperou de maneira tal que a produção tanto agropecuária como mineira escoava para toda a Bahia, outros centros mineradores, Rio de Janeiro e Vila Rica. Assim, Antônio Figueira viu a necessidade de abrir estradas ligando suas fazendas à Bahia e São Francisco, logo a região foi se povoando rapidamente (MONTES CLAROS, 2011).

Noutro ponto, a evolução política só começa a ocorrer em 1832, quando o já denominado Arraial das Formigas recebe a primeira Câmara Municipal, sendo elevado ao título de Vila Montes Claros de Formigas. E apenas em 1857, a vila é elevada a cidade Montes Claros pelo Coronel José Pinheiro Neves (MONTES CLAROS, 2018a).

De modo geral, o município de Montes Claros está localizado no norte do estado de Minas Gerais, ocupando uma área de 3.576,76 km². Pertence à região da bacia do rio São Francisco, sub-bacia do rio Verde Grande. Conta com uma população de cerca de 400 mil habitantes (MONTES CLAROS, 2018a).

Ressalta-se que estruturação da política montesclarence colaborou para um grande desenvolvimento da cidade em todos os aspectos. Dentre eles, o econômico, já que em 1897 os comerciantes da praça Dr. Carlos fizeram um ofício pedindo ao então presidente da Câmara, Dr. Honorato Alves, solicitando a construção de um mercado moderno que satisfizesse as necessidades da cidade (GRAÇA, 2007).

Tão logo atendido, o “mercado velho”, como ficou conhecido o primeiro mercado municipal, foi edificado no lado leste da praça Dr. Carlos no centro de Montes Claros, e se tornou um ícone da cidade por longas décadas, pois abarcava todos os mercadores da cidade e região, sendo ponto de encontro e local para eventos durante todo o tempo em que existiu (MONTES CLAROS, 2018b).

Este espetáculo durou anos. A cidade cresceu e, aos poucos, tudo foi se modificando por causa da civilização. Estas lembranças simples ficaram guardadas em nossa mente e em nossos corações. O Mercado Municipal, anos depois, foi demolido. A Praça Dr. Carlos perdeu seu companheiro. A cidade assistiu, tristemente, aquele espetáculo como se fosse o enterro de um amigo. E com isto, a cidade vai se descaracterizando, perdendo seu encanto natural, os casarões e sobrados, que nos lembram histórias do passado, estão desaparecendo. (GRAÇA, 2007, p. 65).

O setor terciário, por sua vez, é destaque em Montes Claros desde o início do século XVIII, de modo que o comércio foi

a mola real do pequeno Arraial, sendo a razão principal de seu desenvolvimento extraordinário em relação às povoações vizinhas, sendo conhecida, inclusive, desde o século XIX como a capital do sertão mineiro (SANTOS; THEÓPHILO, 2007).

Outro grande avanço foi a chegada da linha férrea em Montes Claros em 1926, onde houve um desenvolvimento ainda maior do setor comercial da cidade, já que facilitou a comunicação com várias localidades, além de ser um meio de transporte tanto para pessoas como para mercadorias, impulsionando o desenvolvimento da região. Aliás, o trem de ferro constituiu um marco na expansão, pois Montes Claros tornou-se um ponto de passagem obrigatório entre a Região Nordeste e Sudeste do país (SANTOS; THEÓPHILO, 2007).

Todavia, o “mercado velho” foi demolido em 1967, durante o primeiro mandato de Antônio Lafeté Rabelo, dando lugar a outros dois mercados. O central, localizado na rua Coronel Joaquim Costa, e do sul, localizado na rua Melo Viana (CANAN, 2015).

O espaço que o “mercado velho” ocupava deu lugar uma grande praça central, conhecido como o cimentão. Então, o município de Montes Claros passou a utilizar desse local de diversas maneiras, procedendo da melhor forma que a administração e o interesse público permitiam, obviamente usando-o como fonte de renda do município (MONTES CLAROS, 2018b).

Os feirantes, por sua vez, passaram para o mercado construído na rua Coronel Joaquim Costa, onde se

agregaram à vários estabelecimentos comerciais, permanecendo ali por quase quatro décadas. Tendo se desfeito apenas em 1992, quando o Mercado Central Christo Raeff foi instituído na Avenida Deputado Esteves Rodrigues, no centro da cidade (MONTES CLAROS, 2018a).

Com os avanços da cidade de Montes Claros, esta se tornou um grande polo comercial, industrial e educacional em todo o estado de Minas Gerais, sendo carinhosamente chamada de capital do norte de minas, a cidade passou a receber nas últimas décadas grande migração de pessoas de várias cidades e regiões. (MONTES CLAROS, 2018a).

Além disso, devido à sua localização geográfica e o crescimento do sistema viário, Montes Claros é hoje considerado um dos principais entroncamentos rodoviários do país, o que lhe propicia uma posição de destaque no espaço regional e nacional (SANTOS; THEÓPHILO, 2007).

O Shopping Popular Mário Ribeiro da Silveira

Como retratado anteriormente, em razão da tamanha referência, o município de Montes Claros passou a receber pessoas de todo o país, principalmente pessoas de classes sociais menos favorecidas, de modo que a oferta de mão-de-obra passou a ser maior que a de empregos, o que contribuiu para que o fenômeno da informalidade estivesse presente em todos os pontos da cidade, configurando-se como uma oportunidade de emprego e até mesmo de subsistência para uma grande maioria (FRANÇA; SOARES, 2007).

Esses migrantes se deslocam para Montes Claros à procura de melhores condições de vida, o que inclui principalmente conseguir um emprego, mas muitas dessas pessoas não são absorvidas pelo mercado de trabalho. Assim é possível verificar em Montes Claros um aumento significativo da informalidade. (SANTOS; THEÓPHILO, 2007, p. 50).

Quanto aos processos de exclusão social, ressalta-se que refletiram na elevação do número de ambulantes que se instalaram no centro da cidade, ocupando locais destinados a outros fins. A modalidade de comércio que se efetivou no centro “tem origem na compra clandestina de produtos de origem asiática que, dentro da concepção globalizadora, atendem de imediato às condições financeiras da população carente” (SANTOS; THEÓPHILO, 2007, p.52).

Ademais, a saída encontrada foi o comércio informal. Por essa razão, pontos de grande movimentação de pessoas se tornou atrativos aos chamados “camelôs”, tais como a praça Doutor Carlos Versiane e o Mercado da rua Joaquim Costa (MONTES CLAROS, 2018b).

A disseminação do comércio/trabalho informal na área central de Montes Claros através dos camelôs e ambulantes começou em meados da década de 1980, considerada a década perdida pelos altos índices de inflação e baixo crescimento econômico. Esse comércio informal territorializou-se em duas grandes áreas: praça Doutor Carlos Versiane e a Avenida Coronel Joaquim Costa. A praça Doutor Carlos, por ser a área de convergência do centro principal, e a ocupação da Avenida Coronel Joaquim Costa ocorreu depois da mudança do Mercado Municipal, que antes funcionava naquela área, para a Avenida Deputado Esteves Rodrigues; alguns comerciantes sob o pretexto de que teriam prejuízos nas vendas no novo mercado preferiram ali se estabelecerem, comercializando diversos tipos de produtos. Dessa forma, a região central começou a apresentar um aumento desmesurado da geração de resíduos sólidos, oriundos principalmente do comércio ambulante, dado a sua

expansão, não acompanhado pelas políticas públicas municipais até então, culminando na destruição quase total da praça Dr. Carlos Versiane, que ocupa posição de destaque por se localizar na porção central onde polariza todo o comércio. (SANTOS; THEÓPHILO, 2007, p. 52).

No entanto, com o grande desenvolvimento da cidade, tornou-se inconcebível que o município tivesse espaços públicos ociosos, tendo, também, problemas sociais gritantes na sua região central. Por essa razão, buscando a melhor utilidade pública, o poder executivo municipal decidiu construir o Shopping Popular Mário Ribeiro da Silveira durante o mandato do prefeito Jairo Ataíde Vieira (2000 a 2004) (MONTES CLAROS, 2018b).

Inaugurado em Março de 2003, o shopping popular Mário Ribeiro da Silveira foi construído sobre o antigo estacionamento do cimentão, localizado na rua São Franciso, nº 233, no centro da cidade. A construção contou com centenas de lojas distribuídas em 4 pisos, além de contar com um elevador panorâmico e ambiente verde (MONTES CLAROS, 2018a).

Instituído pela lei municipal nº 3.076 de 27 de Dezembro de 2002, o shopping popular passou a ser gerido pelo Instituto Municipal de Previdência dos Servidores Públicos de Montes Claros – PREVMOC, onde o ente público autorizou a concessão das lojas do shopping a título oneroso, destinando tais lojas aos comerciantes ambulantes (MONTES CLAROS, 2002).

Entretanto, a mesma legislação que concedeu o uso das lojas, criou um outro problema. Isto porque, tanto o interesse público, quanto a letra da lei, deixaram nítido que é de interesse social e econômico do Município que o uso do

shopping popular se detine exclusivamente aos comerciantes ambulantes (MONTES CLAROS, 2002).

Nesse sentido, ressalta-se que, por toda uma questão histórica, os comerciantes ambulantes que foram mobilizados para o Shopping Popular não possuíam uma estruturação comercial necessária para a constituição de um estabelecimento empresarial na forma da lei. Aliás, a informalidade preponderante muito se justificava pela falta de recursos financeiros para gerir o empreendimento (SANTOS; THEÓPHILO, 2007).

Portanto, vislumbra-se que grande parte dos produtos comercializados por aqueles que integram ao Shopping Popular tem sua origem questionável tanto pela procedência, autenticação e qualidade. Dessa forma, verifica-se que a compra de produtos clandestinos e as reproduções ilegais são caminhos corriqueiramente utilizados pelos comerciantes para diminuir os gastos do empreendimento, o que torna viável a manutenção de seu negócio (SANTOS; THEÓPHILO, 2007).

SOBRE A PIRATARIA

Sobre os direitos autorais

Para uma melhor compreensão sobre o crime de pirataria, necessário se faz entender o bem jurídico no qual essa tipificação penal pretende proteger, qual seja os direitos autorais (LIMA, 2015).

Dessa feita, segundo grande parte dos estudiosos, os direitos autorais tem sua origem na Grécia antiga onde o plágio era

um ato condenável com a pena de morte. No entanto, só tivemos registros na legislação acerca dos direitos autorais com os romanos, uma vez que a produção intelectual se constituía um bem material através dos manuscritos, pinturas e esculturas, embora fosse extremamente complicado de cometer o plágio, em razão da própria forma de se “copiar” (AFONSO, 2009).

Aliás, ressalta-se que os direitos autorais possuíam uma concepção muito mais ligado aos direitos à propriedade do que da criação de obra intelectual propriamente dita, tendo em vista que o artista que criava um obra intelectual também se utilizava dela como fonte de renda (CAVALHEIRO, 2001).

Durante a Idade Média, as dificuldades com as reproduções de obras intelectuais permaneceram até o surgimento da imprensa na Europa, oportunidade em que os manuscritos começaram a se difundir com maior facilidade. Entretanto, a reprodução foi drasticamente restringida em razão dos controle que o clero e a nobreza exerciam sobre os intelectuais e os impressores, de modo que as autoridades centrais começaram a conceder direitos exclusivos de publicação sobre certas obras (AFONSO, 2009).

Essa situação se perdurou até a queda do regime monárquico no século XVIII, quando as ideias individuais começaram a surgir. Assim, as restrições que pensavam sobre a imprensa também se reduziram, passando a questionar os monopólios de impressão, o que levou a um início de uma anarquia, tendo os livreiros e editores que defender seus privilégios invocando a teoria da propriedade intelectual. Por essa razão, na Inglaterra surge as primeiras formas de proteção da

propriedade intelectual através de uma lei que fomentava o saber atribuindo à propriedade dos exemplares de livros impressos aos autores ou compradores destes exemplares, durante os prazos estabelecidos pela lei, o que reconheceu pela primeira vez a existência de um direito individual de proteção sobre uma obra impressa (AFONSO, 2009).

No Brasil, os direitos autorais vieram a ser debatidos muito depois à toda a discussão internacional. Enquanto países europeus e os Estados Unidos debatiam sobre os direitos à propriedade intelectual, inclusive, legislando domesticamente e fazendo convenções internacionais, o Brasil, mesmo independente, manteve o sistema de privilégios até a proclamação da República (AFONSO, 2009).

A primeira manifestação relacionada ao direito autoral surgiu com a promulgação da Lei de 11.08.1827, que criou os primeiros cursos jurídico-sociais nas cidades de Olinda (PE) e São Paulo (SP) e que enuncia em seu art. 1º "o Governo os fará imprimir (os compêndios) e fornecer às escolas, compêndios aos seus autores o privilégio exclusivo da obra por dez anos". Convém ressaltar que a referida lei não aboliu o sistema de privilégios, uma vez que atingia apenas os professores acadêmicos daquelas instituições e pelo prazo de dez anos, porém tornou-se marco inicial na história do direito de autor no Brasil. (AFONSO, 2009, p. 7).

Posteriormente, o Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890 trouxeram dispositivos para a proteção de alguns aspectos dos direitos autorais, no que tange aos herdeiros e o uso das cópias. Todavia, a primeira lei brasileira que tratou estritamente dos direitos autorais foi a lei nº 496 de 1898, conhecida como a lei Medeiros e Alburquerque, em homenagem ao mentor do projeto de lei. Tal legislação estabeleceu importantes e modernos

dispositivos, muitos dos quais se encontra na nossa legislação atual (CAVALHEIRO, 2001).

Atualmente, os direitos autorais já se encontram protegidos desde a Carta Máxima do nosso Estado, através do artigo 5º da Constituição, no qual se protege os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Art. 5º.

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - E assegurada, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

(BRASIL, 1988).

Noutro lado, em se tratando de legislação infra-constitucional, os direitos autorais encontram guarida na lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998, onde se altera, atualiza e consolida a legislação sobre os direitos autorais e dá outros provimentos (BRASIL, 1998).

Na referida legislação encontra-se um conceito sobre como direitos autorais, senão vejamos, "Art. 1º - Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos." (BRASIL, 1998).

Contudo, a concepção trazida pela legislação está muito aquém do que de fato podemos entender como os direitos autorais (AFONSO, 2009).

Não existe uma, mas várias definições para o direito autoral. Quando se define o direito de autor, corre-se o risco, quase sempre, de pecar pelo excesso ou pela omissão. Entretanto, para efeito da presente obra, podemos afirmar que o direito de autor é o direito que o criador de obra intelectual tem de gozar dos produtos resultantes da reprodução, da execução ou da representação de suas criações. Portanto, de forma bastante primária, quando falamos de direito de autor, estamos nos referindo às leis que têm por objetivo garantir ao autor ter reconhecimento moral e uma participação financeira em troca da utilização da obra que ele criou. (AFONSO, 2009, p. 10).

Ademais, cumpre salientar que o direitos autorais são fundamentais para estimular e favorecer a atividade criadora/intelectual dos homens, vez que permite a divulgação de ideias e culturas, o que agrega valores ao público em geral. A propósito, é nesse sentido que surge o primeiro conflito de interesses dentro dos direitos autorais, quer seja adequação entre a necessidade da sociedade por matéria de conhecimento e os direitos do criador da obra intelectual (CAVALHEIRO, 2001).

No entanto, para que se chegue até tamanha discussão, é salutar que se vislumbre a abrangência do conceito de direitos autorais. Dessa forma, insta consignar que há uma impressão jurídica, uma vez que há diferenças nas várias denominações que se adota em relação aos direitos autorais (AFONSO, 2009).

Vale, entretanto, dois pequenos lembretes: primeiro, que o termo propriedade intelectual é o mais abrangente e engloba matérias relacionadas tanto com a propriedade industrial,

como marcas e patentes, quanto àquelas relacionadas com a proteção aos cultivares; o segundo, a lei que regula os direitos autorais no Brasil, a Lei n. 9.610/98, refere-se aos direitos de autor e aos direitos que a eles são conexos - são aqueles direitos inerentes aos artistas intérpretes ou executantes (atores, cantores, músicos executantes etc.), aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão. Portanto, quando a expressão é usada no plural, "direitos autorais", deve-se pressupor que esteja fazendo referência aos direitos de autor propriamente ditos e aos direitos conexos aos de autor. (AFONSO, 2009, p. 11).

Após a apresentação do conceito, percebe-se que são as obras que de fato são protegidas, e não os autores, de forma que eles são apenas beneficiários dessa proteção (AFONSO, 2009).

Logo, o direito do autor surge a partir da criação da obra intelectual, então o direito protege apenas as formas de expressão das ideias e não as ideias propriamente ditas. Assim, é necessário que a ideia tome um corpo físico ou tangível, que seja expressada para o mundo físico (LIMA, 2015).

Nesse sentido, a legislação não taxa, mas abre uma lista meramente exemplificativa de várias formas de exteriorização das criações do espírito que são amparadas por ela. Destaca-se o art.7º da lei 9.610/1998:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

- I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
- II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;
- III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

Portanto, pode-se conceber que o direito autoral ou direitos autorais são as denominações utilizadas em referência ao rol dos direitos dos autores de suas obras intelectuais que podem ser literárias, artísticas ou científicas. Pode, ainda, ser tido como parte integrante do conceito de propriedade intelectual de natureza *sui generis*, isto é, “de seu próprio gênero” (AFONSO, 2009).

Nesse ponto, insta consignar que para Abrão (2002, p.155), ao trazer a baila os direitos autorais, deve-se indicar que o autor e sua obra são titulares de dois feixes de direitos, quais sejam os direitos morais, que seriam uma “emanação da

personalidade do autor e que estão intimamente ligados à relação do autor com a elaboração, divulgação e titulação de sua própria obra”; e, os direitos patrimoniais, que é a exploração econômica das obras.

Ou seja, entre a doutrina tradicional, a posição mais aceita é de que os direitos de autor compõem um “direito dúplice de caráter real: pessoal-patrimonial”, sendo esta visão denominada de teoria dualista, que segundo Chaves, “é a doutrina predominante, incorporada na lei italiana de 1941 e que, aos poucos, inspira a maioria das legislações nacionais”. (ABRÃO, 2002, p. 157).

No ordenamento jurídico pátrio, a teoria dualista encontra respaldo na lei 9.610/1998, que estabelece em seu artigo 22 que “pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.”(BRASIL, 1998)

Aliás, a referida lei também traz um rol taxativo a cerca do que são os direitos morais e patrimoniais do autor. Taxados nos artigos 24 a 27, os direitos morais do autor possuem uma vinculação à relação subjetiva entre o autor e a obra, ligado à própria criação e sua concepção artística, literária ou filosófica. Noutro lado, os direitos patrimoniais do autor são taxados nos artigos 28 ao 45, estando ligados objetivamente à obra exteriorizada pelo autor, ligado à ideia do direito que o autor tem de utilizar, fruir e dispor da sua obra (ABRÃO, 2002).

O crime de pirataria

Partindo do acima exposto, vislumbrando salvaguardar os direitos autorais e, principalmente, os direitos do autor, o Estado promove sua proteção de várias formas dentro do

ordenamento jurídico pátrio. Dentre elas, há a tipificação penal da conduta de viola-los (LIMA, 2015).

As violações dos direitos do autor, popularmente conhecido como pirataria, é a conduta tipificada no art. 184 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1o Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2o Na mesma pena do § 1o incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3o Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 4o O disposto nos §§ 1o, 2o e 3o não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº

9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

Partindo para uma análise mais sistemática do crime, cumpre destacar que para Bitencourt (2011, p.411), o bem jurídico protegido por este tipo penal é “o direito autoral, que, na verdade, constitui um complexo de direitos - morais ou patrimoniais - nascidos com a criação da obra”. Disto conclui o doutrinador que “o objeto jurídico da proteção penal é a propriedade intelectual. Os direitos autorais abrangem os direitos de autor e os direitos que lhe são conexos.” (BITENCOURT, 2011, p. 411).

Dessa forma, denota-se que o sujeito passivo do crime é o criador da obra intelectual, e na sua falta, seus herdeiros ou sucessores, ressalvados os de caráter personalíssimos. Ademais, frisa-se que as pessoas jurídicas de direito público ou privado, também podem ser sujeitos passivos desse crime (BITENCOURT, 2011).

Quanto à adequação típica da conduta, para Bitencourt (2011), a violação dos direitos do autor pode se dar através da reprodução gráfica da obra original, ou comercialização de obras originais, sem autorização do autor ou representante legal. Aliás, o doutrinador destaca que do verbo violar do tipo penal consiste também na ideia de transgredir, falsificar ou ofender o direito do autor.

Contudo, surge um novo empecilho, qual seja o fato da lei penal não definir o que é o direito do autor, tão pouco o que seriam os direitos autorais. Dessa forma, para a adequação da conduta, o direito penal lança mão da definição trazida pela legislação cível, a lei nº 9.610/1998. Nesses termos, o

crime de pirataria é tido como uma norma penal em branco (BITENCOURT, 2011).

Para compreender a norma penal em branco, é necessário voltarmos a conceitos básicos sobre o tipo penal. Sabe-se que o tipo incriminador é formado por dois preceitos, quais sejam o preceito primário, que se refere à descrição da conduta delituosa; e o preceito secundário, que estabelece a pena (GRECO, 2015).

Diz-se em branco a norma penal porque seu preceito primário não é completo. Para que se consiga compreender o âmbito de sua aplicação, é preciso que ele seja complementado por outro diploma, ou, na definição de Assis Toledo, normas penais em branco “são aquelas que estabelecem a cominação penal, ou seja, a sanção penal, mas remetem a complementação da descrição da conduta proibida para outras normas legais, regulamentares ou administrativas”. (GRECO, 2015, p. 69).

Isso significa dizer que, embora haja uma descrição de uma conduta proibida, tal conduta necessita de um complemento que advém de qualquer outro diploma legal. Aliás, os limites e imposições feitas pela lei penal, só se tornam efetivas a partir da análise conjunta com a norma complementadora (GRECO, 2015).

Vale ressaltar que a norma penal em branco se subdivide em duas espécies, em razão da natureza da norma complementadora. A norma penal em branco homogênea, quando o complemento é oriundo da mesma fonte legislativa que editou a norma a ser complementada; e a norma penal heterogênea, quando o complemento é oriundo de fonte diversa daquela que editou a norma a ser complementada (GRECO, 2015).

Após os apontamentos sobre a norma penal em branco, retorna-se ao raciocínio quanto à aplicação da mesma ao crime tipificado no art. 184 do Código Penal.

Logo, denota-se que o crime de violação do direito do autor é uma norma penal em branco, vez que o dispositivo faz menção aos direitos do autor como bem jurídico protegido. Porquanto, necessário se faz a complementação da norma penal através da lei cível nº 9.610/1998 que conceitua os direitos autorais e os direitos do autor, bem como os que lhe são conexos (BITENCOURT, 2011).

Nesse ponto levantam-se críticas que parte da doutrina civilista ressalta acerca do crime ora estudado. Conforme Amaral (2008), parte da doutrina cível argumenta que o âmbito cível seria suficiente para a resolução dos conflitos decorrentes de violações de direitos do autor, sobretudo fosse analisada a amplitude da matéria e sua complexidade, de modo que se vislumbraria a íntima ligação entre os direitos autorais e a seara cível, principalmente no que tange às reformas trazidas em razão das transformações sócias e tecnológicas das últimas décadas.

Amaral (2008) ainda completa afirmando que a tutela penal reservada aos direitos autorais, ao invés de progredir para uma legislação mais democrática e menos punitiva, tem se expandido para a majoração da pena, do que se extrai nas qualificadoras dos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 184, incluídas ao código penal pela lei 10.695/2003. Dessa forma, caracterizaria uma flagrante afronta ao princípio da intervenção mínima, também chamado de princípio da *ultima ratio*, pelo qual o direito penal deve ser o último recurso a ser empregado na proteção de um bem jurídico.

Nesse sentido, merece ser ressaltada também a jurisprudência sedimentada na súmula 502 do Superior Tribunal de Justiça que, subsumindo o fato à norma, interpreta que o crime previsto no art. 184, § 2º, do CP está configurado na hipótese de estar presente a materialidade e da autoria na conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas (BRASIL, 2013).

Entretanto, insta consignar que, embora se trate de um crime tão combatido pela legislação e pela jurisprudência pátria, trata-se também de uma conduta que não atinge grandes proporções de repulsa pela sociedade, de modo que se questiona: apesar da proteção aos direitos autorais, pode a conduta ser socialmente aceita? (MOREIRA; MOREIRA, 2016).

Logo, se a população não reconhece mais que determinada conduta é ilícita, ela passa a ser uma conduta aceita socialmente, tendo em vista a ineficácia da lei. O exposto atrela-se à Teoria Social da Ação, que aduz que com o passar dos anos uma conduta típica poderá se transformar em atípica se for socialmente aceita pela coletividade. (MOREIRA; MOREIRA, 2016, p. 155).

Relevância jurídica do crime de pirataria para a sociedade

Partindo do acima exposto, necessário salientar que o crime tipificado no art 184 do código penal permanece em vigor, embora não haja uma grande constatação de sua ocorrência (MOREIRA; MOREIRA, 2016).

Tal circunstância é perceptível em razão da aplicação de princípios do direito penal, quais sejam os princípios da

insignificância e da adequação social (PIRES; REIS, 2010).

Segundo o princípio da insignificância, o direito penal possui diretriz voltadas às ofensas relevantes que lesionam um bem jurídico tutelado, sendo irrelevante as ofensas mínimas. Isto é, o direito penal não há de ser provocado por motivo de ínfima repercussão ao bem tutelado, porquanto deveria atuar quando ocorre concretamente a ofensa (TOLEDO, 2002).

Ademais, a aplicação do princípio da insignificância provoca a atipicidade da conduta, vez que é impensável a demonstração da significativa lesividade da conduta praticada para se aferir a tipicidade da mesma (TOLEDO, 2002).

No que tange o princípio da adequação social, pode-se compreender que se trata sobre os atos considerados inofensivos pela sociedade, de modo que não devem sofrer punição, pois o direito penal só deve punir condutas delituosas relevantes à sociedade (PRADO, 2007).

A teoria da adequação social, concebida por Hanz Welzel, significa que, apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não será considerada *típica* se for socialmente adequada ou reconhecida(...) Convém observar que “as condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, senão condutas que se mantêm dentro dos marcos da liberdade de ação social”. Noutro dizer: a ação adequada socialmente é toda atividade desenvolvida no exercício da vida comunitária segundo uma ordem condicionada historicamente. É ela portadora de um determinado *significado social*, sendo expressada *funcionalmente* no contexto histórico-social da vida de um povo. (PRADO, 2007, p. 149).

Semelhante ao princípio da insignificância, a insidência da adequação social sobre uma conduta que seria típica, a torna atípica, pelos mesmos motivos. Ou seja, a adequação social retira a tipicidade material da conduta, uma vez que não são alvos de reprovação social (TOLEDO, 2002).

Retornando a análise do crime de pirataria, tipificado no artigo 184 do código penal, verifica-se que comumente incide sobre ele os princípios ora aludidos. Tal incidência se justifica pela proximidade da conduta ao cotidiano da população brasileira (BEZERRA, 2012).

Noutro diapasão, há de se diferenciar uma grande confusão que comumente ocorre entre os homens médios, qual seja a diferença entre os produtos falsificados e os produtos piratas (MEDEIROS, 2005).

A concepção de produtos falsificados é um tanto quanto simplista. Para Medeiros (2005), os produtos falsificados são aqueles que não condizem com o original, isto é, um produto semelhante, que guarda características do principal, entretanto, possui distinções quer seja no seu exterior, quer seja no conteúdo do produto. Aqui, não há que se falar em uma cópia exata que tenta se passar pela original, tão pouco, levar a marca ou o modelo falsamente.

Já os produtos pirateados, conforme conceitua Medeiros (2005), são aqueles produtos que imitam os originais, e que tentam se passar como fossem originais, de modo que constituem uma ofensa aos direitos do autor titular da obra, marca, modelo ou da característica que determinam a autenticidade do produto.

Destaca-se que atualmente tem-se vislumbrado uma divulgação exacerbada de cópias de obras intelectuais sem expressa autorização do titular, o que caracterizaria a pirataria (PIRES; REIS, 2010).

Entretanto, cumpre frisar que para a caracterização do crime de pirataria quanto a conduta de promover a reprodução ou cópia não autorizada da obra, é necessário o *animus* de enriquecimento através dessa prática, isto é, visar o lucro através das obras de outros (conforme estabelece os §§ 1º, 2º e 3º do artigo 184 do código penal) (PIRES; REIS, 2010).

Logo, para Pires e Reis (2010, p. 33), “não pode ser pautado como ‘pirata’ quem simplesmente faz o download de uma música para seu IPOD, copia um CD ou um filme para uso particular e sem fins lucrativos, muito menos com criminoso”.

Noutro lado, outra situação extremamente corriqueira na sociedade é a presença dos comerciantes ambulantes, conhecidos também como camelôs. Ligados à ideia do comércio informal, os camelôs estão presentes nos grandes pólos comerciais, principalmente nas cidades de médio e grande porte do nosso país. Promovem o comércio de vários produtos, principalmente os produtos de mídias pirateados, vez que são caracterizados pela informalidade e pelo baixo custo dos seus produtos em função da origem dos mesmos (BEZERRA, 2012).

Embora se tenha caracterizado o crime de pirataria, porquanto os camelôs se utilizam da reprodução indevida da obra com o claro intuito de lucrar, verifica-se que a reprodução não ocorre em larga escala, o que obsta qualquer

fiscalização. Aliás, a própria tipificação da condutas se torna complexa, em razão do princípio da insignificância (BEZERRA, 2012).

Ademais, segundo Bezerra (2012), a pirataria não é apenas consentida, mas também protegida pela sociedade. Segundo o autor, verifica-se que os camelôs são figuras que a sociedade aceita com demasiada naturalidade, por entender que o serviço dos mesmos é a venda dos produtos típicos que violam os direitos do autor. Logo, ele conclui que a sociedade se compadece do camelô, de modo que contribui ativamente para a ocorrência do delito.

Nesse interim, torna-se necessário questionar as ações do Estado sobre a perseguição e fiscalização quanto à prática da pirataria, visto que esta já se faz presente na sociedade, não como um crime, mas como um costume já aceito (MOREIRA; MOREIRA, 2016).

Diante do exposto, das situações mostradas e dos pontos de vista citados acredita-se que o crime de “pirataria”, seguindo os princípios norteadores da norma penal, não se considera, diante da atual sociedade, uma conduta socialmente reprovável, cabendo ao Estado se adequar e sanar tal problemática dentro do corpo legislativo do país (MOREIRA; MOREIRA, 2016).

O SHOPPING POPULAR MÁRIO RIBEIRO DA SILVEIRA E A PIRATARIA

Apresentação da legislação que institui e regula o shopping popular Mário Ribeiro da Silveira

Após todo o exposto, torna-se necessário desenvolver um estudo específico e direcionado ao objeto do presente trabalho, o shopping popular Mário Ribeiro da Silveira.

A priori, por se tratar de uma edificação pública, vinculada ao PREVMOC (ente público ligado à administração pública indireta do município de Montes Claros/MG), vislumbra-se que é imprescindível se iniciar pela análise da legislação relacionada à edificação.

Logo, insta consignar que o edifício localizado a rua São Franciso, nº 233, no centro da cidade, foi instituído pela lei municipal nº 3.076 de 27 de Dezembro de 2002, na qual se estabeleceu que a edificação, denominada como shopping popular Mário Ribeiro da Silveira, regular-se-ia por provimentos legislativos emanados do município, porquanto a renda arrecadada na exploração do mesmo se destinaria ao município de Montes Claros, que o redistribuiria proporcionalmente, nos limites da lei, ao PREVMOC – Instituto de Previdência dos Servidores Públicos de Montes Claros (MONTES CLAROS, 2002).

Outro ponto que a legislação mencionada abarcou foi a autorização concedida ao PREVMOC, para celebrar contrato de concessão de uso de todas as lojas do shopping popular, obedecidos os critérios trazidos nos incisos do artigo 1º da lei municipal 3.076/2002 (MONTES CLAROS, 2002).

Art. 1º (...)

I – A concessão será onerosa e o valor a ser pago, mensalmente, pelo Executivo Municipal ao PREVMOC, resultará da avaliação prévia feita por três imobiliárias de reconhecida idoneidade;

II – A escolha das imobiliárias competirá ao PREVMOC que dará ciência de sua decisão a avaliação em todos os seus termos. (MONTES CLAROS, 2002).

Ademais, a legislação que instituiu o shopping popular estabeleceu a destinação que se daria à edificação. Nesse sentido, insta ressaltar o artigo 3º da lei 3.076/2002:

Art. 3º - Fica definido como sendo de interesse social e econômico do Município de Montes Claros a utilização, mediante permissão de uso de bem público, das lojas do Shopping Popular pelos comerciantes ambulantes que atendam aos seguinte requisitos:

I – Exercícios de atividades comerciais nos logradouros públicos localizados no Centro Comercial de Montes Claros;

II – Estar cadastrado na Secretaria Municipal de Serviços e Atividades Urbanas e na Associação dos Ambulantes e Camelôs de Montes Claros;

III – Não ser proprietário ou sócio-proprietário de qualquer outro estabelecimento comercial;

IV – Possuir autorização concedida pelo Poder Público Municipal.

Ainda sobre a destinação dada ao shopping popular, a legislação instituidora afirma que o sujeito e o poder executivo municipal firmarão um contrato de permissão de uso das lojas obedecidas os itens firmados no artigo 4º da referida lei, quais sejam: a exclusividade dos comerciantes ambulantes que atendam aos requisitos do artigo 3º, para a sujeição ao contrato como permissionários; a prioridade aos comerciantes ambulantes localizados nos logradouros públicos; o impedimento dos comerciantes que atuam no

mercado informal, para a sujeição ao contrato como permissionários; a definição da ocupação das lojas mediante prévio sorteio; e, a permissão onerosa, na qual também incide a taxa condominial (MONTES CLAROS, 2002).

Noutro lado, no que tange aos demais provimentos legislativos sucitados pela lei municipal 3.076/2002, ressalta-se que o poder executivo municipal editou o decreto número 1984 de 10 de janeiro de 2003, onde estabeleceu normas para a permissão de uso das lojas do shopping popular pelos comerciantes ambulantes do município (MONTES CLAROS, 2003a).

O poder executivo municipal ainda editou o decreto número 1985 de 28 de janeiro de 2003, onde autorizou aos camelôs/comerciantes habilitados e sorteados, a permissão onerosa à título precário de uso das lojas do shopping popular. Isto é, por meio dos decretos, o poder público inaugurou a utilização das lojas do shopping popular, de modo que a partir de então os comerciantes informais passaram a desenvolver suas atividades dentro das dependências do estabelecimento público (MONTES CLAROS, 2003b).

No que tange ao poder legislativo municipal, este só veio a editar lei alguns meses após a inauguração da lojas do shopping popular. A segunda legislação foi a lei 3.096 de 02 de abril de 2003, que autorizou a abertura de crédito adicional especial ao orçamento vigente do Município e deu outras providências do shopping popular (MONTES CLAROS, 2003c).

Acerca das outras providências do shopping popular, a lei municipal 3.096/2003 estabeleceu que as relações entre os lojistas e os clientes prevalecerão sob a forma do livre pacto, de modo que a relação comercial se caracteriza pela sua informalidade nos limites do código de defesa do consumidor (MONTES CLAROS, 2003c).

Ademais, o poder legislativo também sancionou a lei nº 3.639 de 25 de agosto de 2006 que confirmou os valores dos aluguéis estabelecidos pela lei 3.076/2002, e ainda estabeleceu (MONTES CLAROS, 2006):

Art. 3º (...)

IV - Os ocupantes dos espaços destinados a: lojas, estandes ou outros espaços livres, desde a data de 31/12/2004 e que ainda se encontram instalados terão preferência de permissão de uso, desde que atendida as condições definidas nesta Lei.

O inciso IV ainda corrobora que a permissão de uso será onerosa, conforme o preço de avaliação de mercado, submetido a uma comissão denominada de “Comissão Shopping Popular” que será formada pelos seguintes membros: o secretário municipal de indústria, comércio e turismo; o secretário municipal de desenvolvimento e assistência social; 03 (três) representantes do grupo de lojistas; 03 (três) representantes do conselho municipal de previdência; o diretor executivo do PREVMOC; e 01 (um) representante do poder legislativo (MONTES CLAROS, 2006).

Além disso, os artigos 4º e 5º da referida lei afirmam que a comissão do shopping popular poderá estabelecer critérios de valoração do condomínio, sopesando os reflexos

econômicos, localização do espaço e o consumo de energia elétrica do lojista (MONTES CLAROS, 2006).

Portanto, partindo da análise da legislação mencionada, afere-se que o shopping popular, embora seja uma obra pública gerida por um ente público municipal da administração pública indireta, abarcou um grande centro comercial não apenas pelos fins lucrativos, mas também por toda uma questão social, na tentativa de retirar da informalidade grande parte dos comerciantes que existiam no centro de Montes Claros.

Análise da pirataria no shopping popular Mário Ribeiro da Silveira e o consentimento da sociedade

Apresentada a legislação que constitui o shopping popular Mário Ribeiro da Silveira, passa-se a ponderar a ocorrência do crime de pirataria em suas dependências, com fulcro nos temas ora percorridos no teor do presente trabalho.

Para tanto, a primeira observação a ser feita é quanto aos produtos comercializados no shopping popular. Todavia, para tal avaliação, é necessário regressar à questão histórica e analisar os comerciantes que ali estão.

Quanto ao desenvolvimento do município de Montes Claros, este muito se deu por conta do setor terciário, principalmente pelo comércio informal. Aliás, o comércio informal tomou grandes proporções na região central de Montes Claros através dos “camelôs”, o que causou transtornos à infra estrutura da cidade, o que levou a administração pública a instituir o shopping popular Mário Ribeiro da Silveira (MONTES CLAROS, 2018b).

Ademais, conforme se verifica da própria legislação que instituiu o shopping popular, a sua iniciativa foi motivada na concessão de lojas aos camelôs que utilizavam de espaços públicos para seu comércio, como as ruas Coronel Joaquim Costa e Carlos Versiane (MONTES CLAROS, 2003b).

Dessa forma, depreende-se que os produtos comercializados nas dependências do shopping popular tem as mais diversas origens, por causa da diversidade e da informalidade características do comércio ali é constatado.

Tem-se, portanto, produtos provenientes dos mercados atacadistas e varejistas, legalmente estabelecidos ou não, das mais variadas formas de fabricação, oriundos de contrabando e também pirateados. Logo, averigua-se que existem interações entre o comércio praticado no shopping popular e vários outros segmentos da economia municipal.

Outrossim, afere-se a pirataria no shopping popular a partir da análise dos próprios comerciantes, vez que, como a legislação preferenciou os camelôs na concessão da lojas, de modo que os produtos comercializados seguem a sorte do vendedor, aliás é cedo o baixo investimento dessa categoria de comerciante em relação aos seus produtos, porquanto a pirataria torna-se uma saída acessível (MONTES CLAROS, 2003a)

Conquanto se perceba a evidente pirataria que ocorre nas dependências do shopping popular, é gritante a falta de interesse do poder público municipal em fiscalizar e coibir a prática delituosa. Aliás, são incompreensíveis os motivos pelos quais o poder público estabelece uma edificação com o

objetivo de fomentar a o comércio informal e acaba criando um grande reduto de pirataria.

Embora a inércia do município, órgãos da segurança pública (Polícias Civil e Militar) e do ministério da economia (Receita Federal), veem ao longo do tempo tentando, dentro do possível, fiscalizar o comércio ocorrido nas dependências do shopping. Tais órgãos já combinaram forças na fiscalização, inclusive com fato notório noticiado por jornais de circulação nacional, como o Jornal O Norte de Minas, onde foi noticiada a Operação do Caribe.

Tristeza e desmotivação, esses são os dois sentimentos que tomam conta dos lojistas do shopping popular de Montes Claros, depois da operação Piratas do Caribe, realizada na manhã da última segunda-feira, onde policiais cumpriram 32 mandatos de busca e apreensão, expedidos pelo juiz Frederico do Espírito Santo, em 25 das 267 lojas do shopping (NUNES, 2007).

Noutro lado, denota-se a permissividade do legislador municipal e o conformismo do executivo municipal no consentimento das práticas.

- Além do prejuízo financeiro, contabilizo o constrangimento que um lojista passa no momento da apreensão. Trabalho dia e noite para pagar o 13º do funcionário da minha loja que não é registrada, no entanto, pago todos os direitos trabalhistas como a lei determina – afirma o lojista.

Segundo ele a operação é válida, porém, aconteceu no momento inoportuno, o período que antecede o natal. O lojista frisa que mediante uma conversa com a prefeitura a situação dos lojistas seria regularizada, entretanto, nada de concreto foi feito e as vendas de final de ano ficaram comprometidas (NUNES, 2007).

Outrossim, tal situação está arraigada à uma questão muito mais histórico-cultural, do que legal sobre o assunto.

Isso porque a sociedade montesclarence advém do sertão mineiro, local de poucos recursos, marcada pelo sofrimento e pela luta. Aliás, o comércio informal é um costume muito presente na sociedade montesclarence (CANAN, 2015)

Nesse sentido, cumpre destacar que historicamente o município de Montes Claros teve grande importância no comércio da região, haja vista que era um ponto entre a cidade de Porto Seguro/BA e Vila Rica (Diamantina/MG). Ademais, Montes Claros sempre teve sua importância no comércio de produtos agrícolas e pecuários, tanto que a construção do antigo mercado foi uma obra extremamente arrojada para a época (MONTES CLAROS, 2011).

Em se tratando do comércio informal, ressalta-se que o desenvolvimento do município de foi marcado pelo êxodo rural ocorrido na década de 1980, de maneira que o inchaço populacional levou muitas pessoas a buscar o seu sustento nos empregos informais, sendo o carro-chefe o comércio informal (SANTOS; THEÓPHILO, 2007).

No tocante à pirataria, deve-se analisar se a sociedade montesclarence não visualiza a ocorrência do ilícito penal. Aliás, há de salientar que a prática da pirataria pode ser entendida como o cotidiano do comerciante informal.

Nesse cerne, há de se ressaltar a entrevista do Senhor Armando Cristino concedida ao jornalista Samuel Neves do jornal O Norte, onde ele fez denúncias quanto às possíveis irregularidades que estariam acontecendo no Shopping Popular Mario Ribeiro da Silveira. De onde se destaca.

Depois da Operação Piratas do Caribe, como está a situação dos lojistas?

- Sem sombras de dúvidas que a nossa situação ficou ruim. Não estamos vendendo absolutamente nada, o período que antecede o natal e ano novo, onde as vendas geralmente são melhores, para nós que vendemos CDs e DVDs, as vendas foram péssimas. No meu caso específico, vou voltar a vender abacaxi e melancia na praça, pois, do jeito que está, não dá para continuar. Estou com 50 anos de idade, que dia que você ouviu falar que a Polícia entrou no mercado para tomar cachaça do povo (NUNES, 2008).

Nessa perspectiva, quando a lei municipal concentra o comércio informal no shopping popular Mario Ribeiro da Silveira, é notório que se concentre a ocorrência da pirataria.

No entanto, caso a sociedade montesclarence não reconheça a prática da pirataria nas dependências do shopping popular como uma conduta criminosa, mas a reconheça como uma conduta socialmente aceita, deveria se aplicar a tal conduta o fenômeno da adequação social, por entender que a sociedade não visualiza um dano capaz de gerar a reprovação a conduta delituosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime de violação dos direitos do autor, popularmente conhecido como o crime de pirataria, está taxado no artigo 184 do Código Penal. No entanto, trata-se de uma norma penal em branco, por ser um crime que, embora haja a descrição da conduta típica no código penal, torna-se necessário outra norma complementar para delimitar a abrangência do crime. Desse modo, o crime de pirataria exige a violação dos direitos do autor e os que lhe são conexos, justificando-se assim a imprescindibilidade da lei 9.610/1998, que trata sobre os direitos autorais.

No que tange à ocorrência da pirataria, verifica-se que esta está intimamente ligada ao comércio informal, em suas mais variadas formas, por exemplo, os camelôs. Aliás, a pirataria é a grande saída usada pelos comerciantes informais, haja vista a informalidade e os baixos custos na produção da mercadoria a ser vendida.

Em razão desse constante contato da sociedade com a pirataria, torna-se cada vez mais corriqueiro a aceitação da sociedade em relação a essa prática dentro dos mercados informais. Ademais, o direito penal traz institutos que tornam a conduta atípica a partir da aceitação e dos costumes sociais.

Desse modo, a pirataria vem se tornando uma conduta socialmente aceita, o que faz incidir o fenômeno da adequação social, que, via de regra, gera a atipicidade da conduta, porquanto o crime não oferece uma lesividade capaz de motivar a tutela estatal.

Noutra perspectiva, quanto ao objeto do presente trabalho, o shopping popular Mário Ribeiro da Silveira é um estabelecimento público, dirigido pelo PREVMOC – Instituto Municipal de Previdência dos Servidores Públicos de Montes Claros, instituído pela lei municipal nº 3.076/2002, no qual foi dirigido aos comerciantes informais (ambulantes e camelôs) que se utilizavam dos espaços públicos no centro de Montes Claros para realizar o seu comércio.

Bem verdade que, após a construção do shopping popular, verificou-se uma grande concentração do mercado informal em suas dependências, principalmente os camelôs e os

ambulantes, conforme a lei instituidora apregoou. De modo que afere-se a recorrente incidência da pirataria, muito em razão da natureza dos produtos ali comercializados, bem como pela sua origem, aliás, os próprios comerciantes.

Destarte, por toda uma construção histórica e jurídica do município de Montes Claros, torna-se salutar que a sociedade montesclarence pode não reconhecer como uma conduta criminosa a prática da pirataria no shopping popular Mário Ribeiro da Silveira. Dessa forma, a aplicação do princípio da adequação social seria uma grande saída, de modo que configurar-se-ia a atipicidade da conduta.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil S/A, 2002

AFONSO, Otávio. **Direito autoral: conceitos essenciais**. 1. ed. Barueri: Manole, 2009.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BEZERRA, Arthur Coelho. Mercados ilegais da pirataria: o comércio de mídias no Centro do Rio de Janeiro. **Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**. Rio de Janeiro: Dilemas, v. 5, n. 4, p. 627-652, out/dez. 2012.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte especial**. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 set. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, Código Penal Brasileiro**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 13 set. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 9.610**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 10.695**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º de julho de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.695.htm. Acesso em: 13 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 502**. Revista do Superior Tribunal de Justiça. Brasília. v. 232, p. 750. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=502&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 21 fev. 2018.

CANAN, Luciana. Toponímia, o significado das ruas dentro da história de Montes Claros. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico de Montes Claros**, Montes Claros, v. 14. 2015.

CAVALHEIRO, Rodrigo da Costa Ratto. História dos direitos autorais no Brasil e no mundo. **Cadernos do curso de mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba**. Piracicaba: editora UNIMEP. v. 1, n. 1, p. 209-220. 2001.

FRANÇA, Iara Soares de; SOARES, Beatriz Ribeiro. Expansão urbana em cidades médias: uma reflexão a partir do núcleo e da área central de Montes Claros no norte de Minas Gerais. **Revista Geo UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 17, p. 47-63, jul./dez. 2007.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAÇA, Ruth Tupinambá. **Montes claros era assim**. 1. ed. Montes Claros: Gráfica Cultura Ltda., 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LIMA, Ana Luzia de Sousa. O crime de violação de direito autoral e os princípios. **Revista da Escola de Magistrados do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**. Rio de Janeiro. v. 18, n. 69, p. 172-198, jun./ago. 2015.

MARTINS, Lucas Silveira; COIMBRA, Mário. Relação entre a pirataria e o Estado. In: Encontro de Iniciação Científica das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente. **Anais de Encontro de Iniciação Científica das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo**. Presidente Prudente: Toledo, v. 7, n. 7, 2011. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/view/4219>. Acesso em: 12 set. 2017.

MEDEIROS, Luiz Antônio de. **A CPI da pirataria: os segredos do contrabando e da falsificação no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

MONTES CLAROS. **Lei nº 3.076**, autoriza concessão de uso de lojas do shopping popular. Câmara municipal de Montes Claros, MG, 27 de dezembro de 2002.

MONTES CLAROS. **Decreto nº 1984**, estabelece normas para permissão de uso das lojas do shopping popular pelos comerciantes ambulantes do Município. Prefeitura Municipal de Montes Claros, MG, 10 de janeiro de 2003a.

MONTES CLAROS. **Decreto nº 1985**, autoriza aos camelôs/comerciante habilitados e sorteados, a permissão onerosa à título precário de uso das lojas do shopping popular. Prefeitura Municipal de Montes Claros, MG, 28 de janeiro de 2003b.

MONTES CLAROS. **Lei nº 3.096**, autoriza a abertura de crédito adicional especial ao orçamento vigente do município e dá outras providências shopping popular. Câmara Municipal de Montes Claros, MG, 02 de abril de 2003c.

MONTES CLAROS. **Lei nº 3.639**, reorganiza e atualiza os valores dos aluguéis estabelecidos pela lei 3.076/2002 e da outros provimentos. Câmara municipal de Montes Claros, MG, 25 de agosto de 2006.

MONTES CLAROS. **Histórico do Município. Dossiê de tombamento. Sobrado da Escola Normal – Fafil**. Prefeitura de Montes Claros, mai. 2011.

MONTES CLAROS. Prefeitura de Montes Claros – MG – Brasil. **Aspectos gerais**. Disponível em:

http://www.montesclaros.mg.gov.br/cidade/aspectos_gerais.htm. Acesso em: mar. 2018a.

MONTES CLAROS. **Mercado velho**: a velha saudade, o velho sonho. Movimento de ação cultural. Secretaria de Cultura de Montes Claros. Acesso em: mar. 2018b.

MOREIRA, Amanda Oliveira da Câmara; MOREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. A pirataria como uma conduta socialmente aceita: um estudo do caso megafilmes hd. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, Natal, v. 8, n. 1, p. 149-157, jan/jun. 2016.

NUNES, Samuel. Depois da Operação do Caribe, lojistas contabilizam prejuízos. **O Norte de Minas**, Montes Claros, 20 de dezembro de 2007. Seção: segurança. Disponível em: <https://onorte.net/montes-claros/lojista-denuncia-poss%C3%ADveis-irregularidades-no-shopping-popular-1.515280>. Acesso em: 19 set. 2019.

NUNES, Samuel. Lojista denuncia possíveis irregularidades no shopping popular. **O Norte de Minas**, Montes Claros, 02 de janeiro de 2008. Seção: segurança. Disponível em: <https://onorte.net/seguranca/depois-da-operacao-do-caribe-lojistas-contabilizam-prejuizos-1.527777>. Acesso em: 19 set. 2019.

PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. A utilização das obras intelectuais autorais frente às novas tecnologias: função social ou pirataria?. **Revista do direito UNISC**, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, n. 34, p. 27-40, jul./dez. 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 7. Ed. São Paulo: RT, 2007.

SANTOS, Dulce Pereira dos; THEÓPHILO, Carlos Renato. O comércio informal na área central de uma cidade média: uma análise de Montes Claros (MG). **Revista Cerrados**, Montes Claros: editora Unimontes, v. 5, n. 1, p. 47-62. 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL SOB A ÓPTICA DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA INFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Arlindo Cardoso Da Silva Filho
Advogado. Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE).

Jessica Albuquerque Vieira Oliveira
Especialista em Gestão Pública com ênfase em Políticas Públicas e em Direito Penal. Professora e Pesquisadora das Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE).

Resumo

A usucapião extrajudicial foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 1.071 do Código de Processo Civil de 2015. Tal inovação é de suma relevância para a regularização da aquisição da propriedade usucapienda de forma célere e simplificada, sem a necessidade de passar pelo trâmite judicial. No entanto, o dispositivo é omissivo no que diz respeito à contestação do título da propriedade adquirida através da usucapião extrajudicial. Assim, o presente trabalho tem como objetivo geral avaliar sob a óptica dos princípios da segurança jurídica e da inafastabilidade da jurisdição, se o título da propriedade decorrente da usucapião extrajudicial pode ser contestado judicialmente. Para tanto foi adotada metodologia de natureza qualitativa, com característica explicativa. Com base nas pesquisas realizadas apurou-se que a usucapião é um importante instrumento de pacificação social voltado para efetivação da dignidade humana. Nesse

passo, o procedimento extrajudicial apresenta-se de suma relevância para efetivação dessa garantia, pois, torna o procedimento mais célere, menos oneroso e menos burocrático que o realizado pela via judicial, entretanto, para a sua validade devem ser observados todos os requisitos da usucapião pleiteada, bem como, os procedimentos legais. Assim sendo, uma vez cumpridos todos os requisitos da espécie da usucapião pleiteada e observados todos os procedimentos trazidos pelo provimento n. 65, de 14 de dezembro de 2017, o título da usucapião não poderá ser questionado judicialmente.

Palavras-chave: Usucapião Extrajudicial. Princípio da Segurança Jurídica. Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

Abstract

Extrajudicial usucapião was introduced into the Brazilian legal system by Article 1,071 of the Code of Civil Procedure of 2015. This innovation is of great importance for the regularization of the acquisition of the usucapienda property in a fast and simplified way without need of lawsuit. However, the Civil Procedure Code itself is silent regarding contestation of title acquired through extrajudicial usucapião. In this way, this dissertation has the general objective of evaluating, from the point of view of the principles of legal certainty and the inafasability of the jurisdiction, if the title of the property resulting from the extrajudicial usucapião can be challenged judicially. For

that, a methodology of qualitative nature was adopted, with explanatory characteristics. Based on the researches carried out, it was verified that the usucapião is an important instrument of social pacification and directed to the accomplishment of the human dignity. In this step, the extrajudicial process is extremely relevant to the effectiveness of this guarantee, since it makes the process faster, less costly and less bureaucratic than the judicial process. However, for its validity, all the requirements of the usucapião pleiteada must be observed, as well as all legal proceedings. Therefore, once all the requirements of the species of usucapião pleiteada have been fulfilled and all the process of the provision n. 65, dated December 14, 2017, the title of usucapião can't be questioned judicially.

Keywords: Usucapião Extrajudicial. Principle of Legal Security. Principle of Inafasability of Jurisdiction.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral avaliar sob a óptica dos princípios da segurança jurídica e da inafastabilidade da jurisdição, se o título da propriedade decorrente da regular usucapião extrajudicial pode ser contestado judicialmente.

Nesse sentido, o estudo do aludido tema é de grande importância, tendo em vista a relevância da usucapião como instrumento de garantia da função social da propriedade, um direito fundamental, previsto no artigo XXIII da CRFB/1988.

Desse modo, mediante a necessidade de solucionar questões ligadas à regularização da propriedade de forma mais célere e econômica e da possibilidade de desjudicialização do procedimento da usucapião, o artigo 1.071 da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), acrescentou o Artigo 216-A ao texto da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) que passou a regulamentar a usucapião extrajudicial.

Importante salientar que antes do advento da alteração trazida pelo Código de Processo Civil (CPC/2015), já existia a Lei nº 11.977/2009 que tratava da usucapião administrativa, porém era restrita ao contexto de projetos de regularização fundiária de interesse social, ao passo que, o instituto da usucapião extrajudicial tem aspecto bem mais abrangente que a retro mencionada Lei, uma vez que contempla os procedimentos aplicáveis a concessão das diversas espécies de usucapião.

Não obstante o tratamento específico dado pelo artigo 1.071 do CPC/2015 à matéria da usucapião pelo procedimento extrajudicial, ainda, existem pontos a serem debatidos, em razão de omissão da lei, como é o caso da discussão sobre “a possibilidade ou impossibilidade de contestação da regular usucapião extrajudicial”, que é o caso do presente trabalho.

Para viabilizar a discussão do tema e em razão da busca por possíveis respostas com bases teóricas, a pesquisa tem como diretrizes os princípios da segurança jurídica e da inafastabilidade da jurisdição, além dos objetivos específicos, os quais orientam o desenvolvimento e organização da pesquisa.

Desse modo, destaca-se como parâmetros para a realização da pesquisa, os supracitados princípios e os seguintes objetivos específicos: Examinar a evolução, os requisitos e espécies da usucapião no ordenamento jurídico brasileiro com base na função social da propriedade; Demonstrar os requisitos e procedimentos necessários para o procedimento da usucapião extrajudicial, nos termos da Lei nº 13.105/2015 e Lei nº 6.015/1973; Avaliar sob a óptica dos princípios da segurança jurídica e da inafastabilidade da jurisdição, se o título da propriedade decorrente da regular usucapião extrajudicial pode ser contestado judicialmente. Assim, o trabalho é dividido em três seções.

A primeira seção discorre sobre a evolução histórica da usucapião, seus requisitos caracterizadores e espécies legislativas, sob a óptica da função social da propriedade. A segunda seção aborda os requisitos e procedimentos necessários para o procedimento da usucapião extrajudicial, nos termos da Lei nº 13.105/2015 e Lei nº 6.015/1973. Na terceira e última seção avaliar sob a óptica dos princípios da segurança jurídica e da inafastabilidade da jurisdição, se o título da propriedade decorrente da regular usucapião extrajudicial pode ser contestado judicialmente.

Nesse passo, a metodologia adotada para o desenvolvimento da pesquisa é de natureza qualitativa, com característica explicativa, baseado em doutrinas, legislações, artigos científicos e jurisprudências pertinentes ao tema, com a finalidade de compreender o assunto abordado,

Para o desenvolvimento do presente artigo utiliza-se base científica obras doutrinárias dos autores: Carlos Roberto Gonçalves e Silvio de Salvo Venosa, Clèmerson Merlin

Clève e Gilmar Mendes, dentre outros. Além disso, utiliza-se de legislações positivadas tais como a CRFB/1988, CPC/2015, e Lei dos Registros públicos (nº 6.015/1973).

Por fim, são elaboradas as conclusões finais em que se apresentam os possíveis resultados alcançados na pesquisa realizada para o presente Trabalho de Conclusão de Curso.

SEÇÃO PRIMÁRIA: a usucapião no ordenamento jurídico brasileiro sob a óptica da função social da propriedade

De acordo com Araújo (2010), durante muito tempo, a má divisão das terras, no Brasil, tem prejudicado a garantia da subsistência de muitas pessoas, seja pelo fato de não poderem cultivar a terra e retirar dela o seu sustento, ou pelo fato de privá-las de uma casa onde possa se abrigar, impondo ao indivíduo a condição de miserabilidade, o que fere, inclusive, fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da CRFB/1988.

Em razão disso, o Brasil adotou o instituto da usucapião ou prescrição aquisitiva, que, no dizer de Gonçalves (2017), é um modo de aquisição da propriedade através da posse prolongada no tempo, observados os requisitos legais, cujo fundamento é a utilidade social.

No entanto, não merece ser vista apenas por esse ângulo, mas, também, como um instrumento de garantia da função social da propriedade, um direito fundamental, previsto no artigo XXIII da CRFB/1988.

Evolução Histórica Da Usucapião

Desde os primórdios da sociedade existem conflitos pela aquisição de bens, principalmente, imóveis. Tal se justifica pelo fato de as famílias, na maioria das vezes, dependerem da terra para prover seu sustento e construir moradias.

Nesse sentido, o instituto da usucapião surgiu como um meio de dirimir conflitos envolvendo titulares de domínio da propriedade de bens móveis ou imóveis, promovendo, assim, a pacificação e o desenvolvimento social.

De acordo com Gonçalves (2017, p.253),

O fundamento da usucapião está assentado, assim, no princípio da utilidade social, na conveniência de se dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como de se consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio. Tal instituto segundo consagrada doutrina, repousa na paz social e estabelece a firmeza da propriedade, libertando-a de reivindicações inesperadas, corta pela raiz um grande número de pleitos, planta a paz e tranquilidade na vida social: tem a aprovação dos séculos e o consenso unânime dos povos antigos e modernos.

Não obstante a complexa discussão sobre a origem e evolução histórica do instituto da usucapião, a unanimidade dos doutrinadores aponta que tenha surgido no antigo direito romano, com a finalidade de promover a pacificação social, por meio da distribuição e regularização das terras.

Nesse sentido, Rodrigues (2014, p. 17), assevera que,

A narrativa sobre o surgimento e evolução histórica da Usucapião é vasta e complexa. [...], estudiosos, pesquisadores e historiadores registram menções sobre aquisição da propriedade pela posse na civilização grega e até mesmo entre os hebreus; mas todos são unânimes, quanto à procedência da palavra “usucapião”, às raízes romanas,

disciplinando o Instituto e o seu sucessivo aprimoramento para sanar graves problemas fundiários e sociais advindos pelo crescimento e expansão do Império Romano.

No mesmo sentido, Rodrigues (2014), assevera que, o ordenamento jurídico brasileiro importou o instituto da usucapião do direito romano, com a mesma finalidade de dirimir conflitos quanto ao titular do domínio de bens, tal como, assegurar a paz social, pelo reconhecimento de um direito, nos casos legalmente possíveis.

No que tange a forma de grafia da palavra, de acordo com Gonçalves (2017, p. 253), em toda a legislação romana, a palavra usucapião aparece no feminino, “ligando-se à *capio* ou *caponis*, que é feminina e quer dizer tomada, ocupação, e aquisição, antecedida de uso (através do uso)”.

No ordenamento jurídico brasileiro, algumas legislações adotaram a grafia da palavra usucapião no gênero feminino, tal como as Leis 6.969/1981 (trata da usucapião especial de imóveis rurais), 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), bem como o Código Civil de 2002. No que tange aos doutrinadores, alguns empregam a terminologia no gênero feminino, outros no masculino.

Espécies de Usucapião

Tanto os bens móveis quanto os imóveis podem ser usucapidos, mas a usucapião de bens imóveis é a mais frequente em nosso ordenamento jurídico.

Desse modo, serão feitos, apenas, breves apontamentos sobre a usucapião de bens imóveis, que é objeto do presente

trabalho, de modo mais específico no que se refere a usucapião extraordinária, ordinária e extrajudicial.

A usucapião de bens móveis está prevista nos artigos 1.260 a 1.262 do Código Civil de 2002. O artigo 1.260 traz os requisitos necessários para a configuração da usucapião ordinária, que são: a posse contínua e incontestada pelo prazo de 03 (três) anos, com justo título e boa-fé. O artigo 1.261, por sua vez, trata da usucapião extraordinária, cujo requisito é a posse por 05 (cinco) anos, independentemente de justo título e boa-fé.

No que diz respeito à usucapião de bens imóveis, o direito brasileiro a divide em quatro espécies, quais sejam: a extraordinária, e a ordinária, previstas no Código Civil de 2002, a especial Constitucional que se divide em rural (*pró labore*) e urbana (*pró-moradia* ou *pró misero* e familiar), e a especial indígena, prevista no estatuto do índio (Lei nº 6001/73), porém o trabalho se delimita a usucapião extraordinária, ordinária e extrajudicial.

Usucapião extraordinária

A usucapião extraordinária encontra previsão no artigo 1.238 do Código Civil de 2002, cujos requisitos são: a posse de 15 (quinze) anos, exercida com ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacífica, sendo dispensável o justo título e a boa-fé.

Além disso, o parágrafo único do supramencionado artigo, prevê que o prazo de 15 anos pode ser reduzido para 10 (dez) anos se o possuidor estiver estabelecido no imóvel a

sua moradia habitual ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Nesse sentido, Gonçalves (2017), aduz que para a redução do prazo da prescrição aquisitiva para 10 (dez) anos, é necessária a demonstração da posse-trabalho, representada pela construção de uma residência, ou em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Desse modo, não basta, apenas, a comprovação de pagamentos de tributos.

Desse modo, caracterizados os pressupostos para a usucapião extraordinária, o usucapiente terá direito a aquisição da propriedade e todos os seus atributos componentes, previstos no artigo 1.231 do Código Civil de 2002, bem como, às parcelas que dela se destacam, tais como a servidão, a enfiteuse, o usufruto, o uso, a habitação e a anticrese, dentre outros.

Usucapião ordinária

A usucapião ordinária encontra previsão legal no artigo 1.242 do Código Civil de 2002, cujos requisitos são: a posse de 10 (dez) anos, exercida com ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacífica, além de justo título e boa-fé.

O parágrafo único do supramencionado artigo, prevê a redução do prazo da prescrição aquisitiva para 05 (cinco) anos em casos de aquisição, onerosa, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Usucapião extrajudicial

O artigo 1.071 do Código de Processo Civil de 2015 modificou a lei 6.015/73 (Lei dos registros públicos) adicionando ao seu texto o artigo 216-A, que trata do procedimento extrajudicial da usucapião, apontando os requisitos e procedimentos a serem adotados.

Nesse sentido, o procedimento da usucapião extrajudicial é de grande relevância, pois se apresenta como alternativa ao procedimento da usucapião judicial, marcado pela morosidade e burocracia, mesmo nos casos em que não exista lide.

Nessa esteira, o procedimento extrajudicial pode atender a pretensão de qualquer das espécies de usucapião, contanto que haja a possibilidade de cumprimento dos requisitos estabelecidos pelo provimento N. 65, de 14 de dezembro de 2017 do Conselho Nacional de Justiça.

Nos casos em que não for possível a usucapião pela via extrajudicial, o Requerente poderá pleitear a usucapião judicialmente.

SEÇÃO SECUNDÁRIA: dos requisitos e procedimentos necessários para o procedimento da usucapião extrajudicial

Como já apresentado acima existem diversas espécies de usucapião, e no presente trabalho serão apresentados, quais sejam extraordinária, ordinária e extrajudicial cujos requisitos e procedimentos são elencados na norma regulamentadora específica.

Nesse sentido, antes da inovação trazida pelo artigo 1.071 do Código de Processo Civil de 2015, existiam duas vias para pleitear a usucapião do bem imóvel, quais sejam: a judicial e a administrativa.

No entanto, a via judicial é marcada pela morosidade e pela burocracia do sistema judiciário, mesmo nas situações que não houver litígio. Por outro lado, a via administrativa restringe-se, apenas, as situações previstas na Lei 12.424/2011, sendo necessário o cadastramento do possuidor pelo poder público.

Desse modo, o poder legislativo inovou no ordenamento jurídico ao criar a modalidade de usucapião extrajudicial visando a aplicação dos princípios da celeridade e desburocratização do procedimento da usucapião.

Nesse passo, o artigo 1.071 do Código de Processo Civil de 2015 modificou a lei 6.015/73 (Lei dos registros públicos) adicionando ao seu texto o artigo 216-A, que prevê a possibilidade de usucapião extrajudicial, perante o Cartório de Registro de Imóveis da comarca onde estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, que deve estar acompanhado de advogado.

Ademais, o provimento nº 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, também regulamenta o procedimento da usucapião extrajudicial.

De acordo com seu artigo 3º do referido provimento o requerimento de reconhecimento extrajudicial da usucapião atenderá, no que couber, aos requisitos da petição inicial, previstos no artigo 319 do Código de Processo Civil de 2015, além disso, indicará: a modalidade da usucapião

pleiteada e a legislação específica, a origem e as características da posse, se possui edificação, benfeitoria ou de qualquer acessão no imóvel objeto da usucapião, com a referência às respectivas datas de ocorrência, o nome e estado civil de todos os possuidores anteriores, em caso de soma da posse, o número da matrícula ou transcrição da área onde se encontra inserido o imóvel objeto da usucapião ou a informação de que não se encontra matriculado ou transcrito e o valor atribuído ao imóvel usucapiendo.

O processo administrativo deve ser instruído com ata notarial lavrada por tabelião; planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado; certidões negativas dos distribuidores e certidões de órgãos Municipais e ou Federais que demonstrem a natureza urbana ou rural do imóvel usucapiendo; procuração ou declaração outorgando poderes ao advogado ou defensor público pelo requerente seu cônjuge ou companheiro, se for o caso; prova do justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, continuidade, natureza e tempo da posse e descrição georreferenciada nas hipóteses previstas na Lei n. 10.267/2001 e seus decretos regulamentadores (artigo 4º do provimento 65/2017 CNJ).

O oficial do cartório dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, para que se manifestem no prazo de 15 (quinze) dias, sobre o pedido, sendo que sua inércia não impedirá a continuidade do procedimento, nem reconhecimento da usucapião (artigo 15§ 1º do provimento 65/2017 CNJ), além disso, promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para dar ciência a terceiros, eventualmente, interessados que poderão

manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias como aduz o artigo 16 do provimento 65/2017 CNJ.

Encontrando-se em ordem a documentação e não havendo impugnação, o oficial do registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas. Caso haja impugnação oficial de registro de imóveis tentará promover a conciliação ou a mediação entre as partes interessadas, sendo infrutífera e persistindo a impugnação entregará os autos ao requerente acompanhado do relatório circunstanciado, mediante recibo, e o requerente poderá emendar a petição inicial e apresentá-la ao juiz competente da comarca de localização do imóvel usucapiendo.

Assim sendo, se houver a rejeição do pedido extrajudicial, a parte interessada poderá propor ação judicial de usucapião. Desse modo, é importante frisar que a via extrajudicial é alternativa.

Nesse caminhar, não obstante, a usucapião administrativa tenha surgido como alternativa a morosidade e burocratização do sistema judiciário, a implementação de seus requisitos, as vezes, torna o procedimento inviável, por isso, far-se-á a análise desses requisitos e dos procedimentos exigidos para sua configuração.

Da ata notarial

O legislador teve uma preocupação em dá a ata notarial o valor que de fato a institui, qual seja o de prova documental, conforme prevista no Capítulo XII das provas, sessão III, artigo 384 do CPC/2015 que dispõe. O artigo 216- A, I, da Lei de Registros Públicos de 1973 traz a ata notarial como

sendo o primeiro requisito essencial para o procedimento da usucapião extrajudicial.

Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial. (BRASIL, 2015).

Desse modo, a ata notarial tem a finalidade de registrar a existência ou modo de existir de algum fato, ou dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos, deve ser lavrada por tabelião do Cartório de Ofício de Notas, a requerimento do interessado.

De acordo com o artigo 4º do provimento nº 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça, ata notarial deverá conter,

Art. 4º[...]I – ata notarial com a qualificação, endereço eletrônico, domicílio e residência do requerente e respectivo cônjuge ou companheiro, se houver, e do titular do imóvel lançado na matrícula objeto da usucapião que ateste:

- a) a descrição do imóvel conforme consta na matrícula do registro em caso de bem individualizado ou a descrição da área em caso de não individualização, devendo ainda constar as características do imóvel, tais como a existência de edificação, de benfeitoria ou de qualquer acessão no imóvel usucapiendo;
- b) o tempo e as características da posse do requerente e de seus antecessores;
- c) a forma de aquisição da posse do imóvel usucapiendo pela parte requerente;
- d) a modalidade de usucapião pretendida e sua base legal ou constitucional;

e) o número de imóveis atingidos pela pretensão aquisitiva e a localização: se estão situados em uma ou em mais circunscrições;

f) o valor do imóvel;

g) outras informações que o tabelião de notas considere necessárias à instrução do procedimento, tais como depoimentos de testemunhas ou partes confrontantes; (BRASIL, 2017).

Conforme explica Assumpção (2016), na ata notarial o notário não narra o fato de acordo com a vontade do requerente, ao contrário, deve ser absolutamente imparcial, sendo fiel ao que presencia, limitando-se a descrever o que é percebido pelos seus sentidos, de modo que, a ausência de assinatura do requerente não é condição de validade do documento, pois contém o depoimento do tabelião e não a manifestação de vontade do requerente, como é no caso da escritura em sentido estrito.

Planta e memorial descritivo do imóvel

De acordo com Cyrino (2016), a principal dificuldade para a efetivação da usucapião extrajudicial é a necessidade de o proprietário anterior e dos confrontantes assinarem a planta do imóvel, pois podem estarem em lugar incerto ou não sabido, ou até mesmo, já terem falecido.

Para solucionar esse problema o artigo 10 do provimento nº 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça, prevê a possibilidade de notificação dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel objeto da usucapião, dos confinantes ou ocupantes a qualquer título, para manifestação do seu consentimento no prazo de 15

(quinze) dias, sendo que sua inércia será considerada como concordância, bem como, poderão manifestar o consentimento expresso a qualquer tempo, através de documento particular com firma reconhecida ou por meio de instrumento público, sendo dispensável a assistência de advogado.

Se as notificações forem infrutíferas, em razão de estar o notificando em lugar incerto, não sabido ou inacessível, a notificação será feita por edital, sendo o silêncio do notificando interpretado como concordância (artigo 11 do provimento 65/2017), Por outro lado, se o notificando (antigo possuidor ou proprietário confrontante) tiver falecido, os herdeiros legais poderão assinar a planta e memorial descritivo, desde que, seja apresentada escritura pública declaratória de únicos herdeiros e nomeação do inventariante (artigo 12 do provimento 65/2017).

Por fim, de acordo com o artigo 13 do mesmo provimento, considera-se outorgado o consentimento e dispensada a notificação se o usucapiante apresentar justo título ou instrumento que demonstre a existência de relação jurídica com o titular registral, acompanhado de prova da quitação das obrigações e de certidão negativa do distribuidor cível.

Da prova do justo título ou documentos que demonstrem a origem, continuidade, natureza e tempo da posse

De acordo com o artigo 216-A da Lei de Registros Públicos de 1973, o procedimento da usucapião extrajudicial deve ser instruído com provas do justo título, ou outros documentos

que demonstrem a origem, continuidade, natureza e tempo da posse.

Nesse sentido, não existe rol taxativo de documentos para a demonstração do justo título, tampouco que demonstrem a origem, continuidade, natureza ou tempo da posse, mas o inciso I do artigo 13 do provimento 65/2017 do CNJ apresenta como exemplos de documentos aptos a comprovação do justo título: o compromisso ou recibo de compra e venda; a cessão de direitos e promessa de cessão; pré-contrato; proposta de compra; reserva de lote ou outro instrumento no qual conste a manifestação de vontade das partes, contendo a indicação da fração ideal, do lote ou unidade, o preço, o modo de pagamento e a promessa de contratar; procuração pública com poderes de alienação para si ou para outrem, especificando o imóvel; escritura de cessão de direitos hereditários, especificando o imóvel; documentos judiciais de partilha, arrematação ou adjudicação.

Da apresentação de certidões

O procedimento da usucapião extrajudicial deve ser instruído, também, com a certidões negativas de distribuidores da Justiça Estadual e da Justiça Federal do local da situação do imóvel usucapiendo expedidas nos últimos trinta dias, demonstrando a inexistência de ações que caracterizem oposição à posse do imóvel, em nome do requerente e do proprietário do imóvel usucapiante e de todos os demais possuidores (em caso de soma de posse) e

seus respectivos cônjuge ou companheiro, se houver (artigo 4º, IV do Provimento 65/2017 do CNJ).

Além disso, é necessária a apresentação de certidão de órgãos municipais e/ou federais que demonstre a natureza urbana ou rural do imóvel usucapiendo, expedida até trinta dias antes do requerimento da usucapião extrajudicial (artigo 4º, VIII do Provimento 65/2017 do CNJ).

Pelo exposto, tem-se que a usucapião extrajudicial é um importante instrumento de pacificação social, uma vez que se apresenta mais célere e menos burocrático que a usucapião judicial e mais ampla que a usucapião administrativa.

SEÇÃO TERCIÁRIA: avaliar sob a óptica dos princípios da segurança jurídica e da inafastabilidade da jurisdição, se o título da propriedade decorrente da regular usucapião extrajudicial pode ser contestado judicialmente

Ao estudar as possibilidades de usucapião já elencadas, necessário se faz o estudo da possibilidade de contestação do título da propriedade decorrente da usucapião pela via extrajudicial.

A possibilidade de contestação do título da propriedade decorrente do procedimento da usucapião extrajudicial deve ser analisada com base nos princípios da inafastabilidade da jurisdição ou direito de ação e no princípio da segurança jurídica.

Nessa esteira, o procedimento da inafastabilidade da jurisdição assegura a prestação jurisdicional em caso de lesão ou ameaça a direito, observada as condições da ação, pressupostos processuais e o prazo prescricional ou decadencial.

Por outro lado, o princípio da segurança jurídica assegura a inviolabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

Assim sendo, vislumbra-se a possibilidade de contestação do título da propriedade decorrente do procedimento da usucapião extrajudicial quando não forem observados os pressupostos e requisitos necessários para a espécie da usucapião pretendida, ou não cumprir os atos e procedimentos determinados pela lei da específica e pelo CNJ para o processamento da usucapião perante o Cartório de Ofício de Registro de Imóveis.

Desse modo, verificada a hipótese de não atendimento aos pressupostos e requisitos para a espécie da usucapião pretendida ou na hipótese de descumprimento de quaisquer dos procedimentos o interessado poderá propor a ação judicial para anulação do título da usucapião.

Isto porque, a decisão administrativa que conceda a usucapião extrajudicial não possui força de coisa julgada, por essa razão, não haveria óbice à propositura de ação judicial para anulação do título da propriedade.

Por outro lado, pelo princípio da segurança jurídica, não se pode admitir a anulação do título da propriedade decorrente do regular procedimento extrajudicial da usucapião, uma vez

que, tal decisão, embora não possua força de coisa julgada, possui fé pública.

Nesse sentido, a discussão terá como base os princípios da segurança jurídica e o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica encontra previsão legal no artigo 5º, XXXVI da CRFB/1988 e no artigo 6º da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro, que assegura “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

De acordo com Silva (2004, p. 436)

A segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das condições diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.

Nesse sentido, o princípio da segurança jurídica visa assegurar as relações jurídicas já consolidadas, de modo a impossibilitar a desconstituição injustificada de situações ou atos jurídicos já concretizados.

Nesse sentido Clève (2014) aduz que, na Constituição está o núcleo da segurança jurídica como princípio objetivo, de modo que, se a lei não poderá retroagir para desconstituir ou afetar direitos, relações, situações ou decisões formadas e consolidadas em normas vigentes, os atos administrativos e

as decisões judiciais também não poderão, tendo em vista o princípio da proteção à confiança como dimensão subjetiva da segurança jurídica.

Carvalho (2015) assevera que os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, há muito tempo, eram considerados como elementos constitutivos do Estado de direito.

O mesmo autor continua explicando que, a segurança jurídica está conectada com os elementos objetivos do ordenamento jurídico, assegurando a garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito, enquanto a proteção da segurança se volta para os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos, de modo que os postulados da segurança jurídica e da proteção a confiança são exigíveis perante qualquer ato do judiciário.

Assim, o princípio geral da segurança jurídica, em sentido amplo, assegura ao indivíduo o direito poder de confiar que seus atos ou as decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essa mesma norma.

De acordo com Carvalho (2015, p. 137), ao preceituar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, a Constituição procura tutelar situações consolidadas pelo tempo, dando segurança e certeza às relações jurídicas”.

Nesse passo, o artigo 6º, §1º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro consideram-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, não podendo lei posterior desconstituí-lo e nem ser anulado por decisão administrativa ou judicial, salvo se estiver eivado de algum vício.

Desse modo, pode-se dizer que o ato jurídico perfeito é negócio jurídico fundado na lei, que enseja o nascimento imediato de efeitos jurídicos aptos a adquirir, resguardar, modificar, extinguir ou transferir direitos.

Nesse sentido, o ato jurídico perfeito pode ser considerado como o ato jurídico *stricto sensu*, por exemplo, os negócios jurídicos bilaterais, reclamações, cominações, constituição de domicílio, dentre outros atos jurídicos.

No caso de o ato jurídico estar eivado de vícios, seus efeitos somente serão considerados válidos depois de sanadas as irregularidades. Por outro lado, sendo válido o ato jurídico este passa a integrar o patrimônio jurídico de quem dele se beneficia, tornando-se um direito definitivo. Desse modo, o ato jurídico perfeito é insuscetível de qualquer mudança, sob pena de ferir o preceito constitucional.

Carvalho (2015) explica que, são perfeitos os atos jurídicos que reúna todos os elementos substanciais previstos na lei civil, quais sejam: indivíduo capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não vedada por lei e mesmo que não consumado o ato jurídico perfeito que se encontra apto a produzir seus efeitos continuam a serem regidos pela lei de seu tempo.

No tocante ao direito adquirido, de acordo com o artigo 6º, § 2º da Lei de Introdução das Normas Brasileiras são os

direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Assim, o direito alcançado na vigência de uma determinada Lei integra ao patrimônio jurídico de seu titular, mesmo que não o exercite, sendo que o advento de uma nova lei não poderá modificá-lo.

Mendes (2013) assevera que, a referência ao ato jurídico perfeito permite definir com maior clareza a lei aplicável à dadas situações jurídicas, que somente produzirão efeitos no futuro, eventualmente no caso de uma lei nova, sendo que a alteração posterior não afeta o ato jurídico perfeito já efetivado.

Carvalho (2015) explica com base nos ensinamentos de Plácido e Silva, que o direito adquirido é o direito que já incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua propriedade e constitui um bem que deve ser protegido de qualquer ataque exterior que ouse ofendê-lo ou turbá-lo.

A respeito da coisa julgada, artigo 6º, § 3º da Lei de Introdução das Normas Brasileiras considera como sendo a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Nessa esteira a coisa julgada torna a decisão imutável, sendo decidido o mérito da questão, esta não pode ser discutida nem mesmo em outro processo.

Princípio da inafastabilidade da jurisdição

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, também denominado de direito de ação é uma garantia fundamental prevista no artigo 5º, XXXV da CRFB/1988, assegurando que, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Nessa perspectiva, Neves (2018, p.24) dispõe:

(...) O princípio tem dois aspectos: a relação entre a jurisdição e a solução administrativa de conflitos e o acesso à ordem jurídica justa, que dá novos contornos ao princípio, firme no entendimento de que a inafastabilidade somente existirá concretamente por meio do oferecimento de um processo que efetivamente tutele o interesse da parte titular do direito material. No primeiro aspecto, é entendimento tranquilo que o interessado em provocar o Poder Judiciário em razão de lesão ou ameaça de lesão a direito não é obrigado a procurar antes disso os possíveis mecanismos administrativos de solução de conflito. Ainda que seja possível a instauração de um processo administrativo, isso não será impedimento para a procura do Poder Judiciário. E mais: o interessado também não precisa esgotar a via administrativa de solução de conflitos, podendo perfeitamente procurá-la e, a qualquer momento, buscar o Poder Judiciário (Súmula 89/STJ: “A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa”). No segundo aspecto, numa visão moderna do princípio, a inafastabilidade da jurisdição deve ser compreendida à luz do “acesso à ordem jurídica justa”, (ou “acesso à tutela jurisdicional adequada”). Trata-se de um sistema processual fundado em quatro vigas mestras voltado a tornar concreta a promessa constitucional que também está prevista no art. 3º, caput, do Novo CPC: (a) amplo acesso ao processo, em especial para os hipossuficientes econômicos e para os direitos transindividuais; (b) ampla participação e efetiva influência no convencimento do juiz, que serão obtidas com a adoção do contraditório real e do princípio da cooperação; (c) decisão com justiça, com aplicação da lei sempre levando-se em consideração os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais; e (d) LEI 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015 Art. 3º eficácia da decisão, o que

se obtém com um processo mais célere, com a tutela de urgência, com sanções pelo descumprimento e com a adoção de formas executivas indiretas e de sub-rogação, inclusive atípicas.

O que se vê é que o direito de ação, no seu sentido mais abrangente, qual seja o direito de conseguir um retorno do Poder Judiciário às peças a ele direcionadas. Trata-se de um direito amplo e incondicional, uma vez que o Judiciário não poderá se exonerar de apreciar e responder os pedidos que a ele forem direcionados. É importante ressaltar que, existe a possibilidade da resposta do Judiciário, se limitar a informar a parte autora que sua pretensão não poderá ser atendida, por faltarem condições essenciais para tal.

Nesse sentido, Didier (2004) explica que, nenhuma matéria pode ser excluída da apreciação do poder judiciário, salvo raras exceções previstas na própria CRFB/1988, como, por exemplo, o processamento e julgamento de certas autoridades em certas hipóteses estabelecidas no artigo 52, I e II da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, Câmara (2014) afirma que, qualquer norma jurídica que impeça aquele que se considera titular de uma posição jurídica de vantagem, e que sinta tal posição lesada ou ameaçada, de pleitear junto aos órgãos jurisdicionais a posição de que se sinta merecedor deve ser considerada inconstitucional.

De acordo com Silva (2004, p. 434)

a primeira garantia que o texto constitucional revela é a de que cabe ao poder judiciário o monopólio da jurisdição, pois se quer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional

sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado, um direito individual ou não.

Nessa esteira, vale ressaltar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição encontra fundamento no princípio da separação dos poderes, conforme explica Araújo (2009, p. 5).

Este inciso assegura o monopólio da jurisdição, impondo ao judiciário o dever de prestar a tutela jurisdicional, desde que regularmente invocada pelo interessado. Evita-se as chamadas autotutelas, permitidas, excepcionalmente etc; de nos casos de legítima defesa, estado de necessidade etc; de igual forma, garantindo o acesso à justiça, já que assegura o exercício do direito de ação judicial independentemente de processo administrativo, salvo as questões relacionadas à justiça desportiva. A expressão “ameaça” permite a tutela preventiva de direitos, ensejando o habeas corpus preventivo, o mandado de segurança preventivo, entre outros.

De acordo com Martins (2017, p. 91), jurisdição pode ser conceituada como “o poder que o Juiz tem de dizer o direito nos casos concretos a ele submetidos, pois está investido desse poder pelo Estado”.

Uma das características da jurisdição é a substitutividade da vontade das partes litigantes, pois a partir do momento o poder judiciário é provocado, passará a ser o órgão competente para decidir a lide.

Nesse sentido, a ação é um direito subjetivo do cidadão, pois independentemente da existência do direito material é assegurado o direito de movimentar a máquina judiciária, sendo que, apenas, o Poder Judiciário possui autoridade para dizer o direito com força de coisa julgada, conforme explica Didier (2004, p. 1-2)

Quando a Constituição fala de exclusão de lesão ou ameaça de lesão do Poder Judiciário quer referir-se, na verdade, à impossibilidade de exclusão de alegação de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado; ele existe independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia; é direito abstrato. O direito de ação é o direito à decisão judicial.

Não obstante a isso, o direito de ação não é absoluto pois, conforme leciona Didier (2004), sofre limitações naturais e legítimas, sendo necessário para a sua efetivação a observância de certos requisitos, tais como o interesse processual e legitimidade, além dos pressupostos processuais, prazos e regularidade formal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como dito anteriormente, a usucapião é tida como um instrumento de garantia da função social da propriedade, um direito fundamental previsto no artigo 5º, XXIII da CRFB/1988.

Desse modo, o instituto da usucapião surgiu, como um meio de dirimir conflitos envolvendo titulares de domínio da propriedade de bens móveis ou imóveis, promovendo, assim, a pacificação e o desenvolvimento social.

Não obstante a inexistência de lide na maioria dos requerimentos da usucapião, o Requerente precisava ingressar em juízo para requerer o título da propriedade usucapienda, tendo que enfrentar a morosidade e burocracia do sistema judiciário já superlotado de demandas.

Sensível a essa realidade, o legislador inseriu o artigo 1.071 ao texto do Código de Processo Civil de 2015, que modificou a lei 6.015/73 (Lei dos registros públicos) adicionando ao seu texto o artigo 216-A, que trata do procedimento extrajudicial da usucapião, apontando os requisitos e procedimentos a serem adotados.

Com isso, possibilitou-se ao interessado requerer a usucapião de bens imóveis extrajudicialmente, perante o cartório de Registro de Imóveis da Comarca onde o bem estiver situado. Uma alternativa à morosidade e burocracia do procedimento judicial.

Nesse passo, todas as espécies de usucapião podem ser pleiteadas pela via extrajudicial, contanto, que sejam cumpridos os requisitos da espécie da usucapião pretendida e observados os procedimentos da usucapião extrajudicial.

O Conselho Nacional de Justiça, por meio do provimento 65/2017 passou a regulamentar, de forma mais detida, o procedimento da usucapião extrajudicial e determina dentre outros requisitos que, o requerente deve estar acompanhado de advogado e que a petição inicial seja instruída com ata notarial lavrada por tabelião; planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado; certidões negativas dos distribuidores e certidões de órgãos Municipais e ou Federais que demonstrem a natureza urbana ou rural do imóvel usucapiendo; instrumento de mandato assinado pelo requerente e cônjuge, se for o caso; prova do justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, continuidade, natureza e tempo da posse e descrição georeferenciada nas hipóteses previstas na Lei n. 10.267/2001 e seus decretos regulamentadores.

Ademais, o indeferimento da usucapião extrajudicialmente não obsta a propositura de ação judicial, sendo que, o requerente pode, inclusive, emendar a petição inicial e utilizar os documentos produzidos na via extrajudicial como meio de prova.

No entanto, o ordenamento jurídico não deixa claro a possibilidade, ou não, de contestação do título da propriedade adquirido pela usucapião extrajudicial, desse modo, necessário se faz analisar a problemática sob a óptica dos princípios da segurança jurídica e da inafastabilidade da jurisdição.

Nesse sentido, a decisão administrativa que concede a usucapião extrajudicial não possui força de coisa julgada, de sorte que, aquele que se sentir lesado, em tese, pode propor ação judicial pleiteando a nulidade da decisão.

Por outro lado, pelo princípio da segurança jurídica, não se pode admitir a anulação do título da propriedade decorrente do regular procedimento extrajudicial da usucapião, uma vez que, tal decisão, embora não possua força de coisa julgada, possui fé pública.

Nesse passo, enquanto o princípio da segurança jurídica tende a resguardar a observância do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, o princípio da inafastabilidade da jurisdição assegura a qualquer pessoa que tenha o seu direito lesado ou ameaçado a possibilidade de defendê-lo perante o poder judiciário.

Assim, devem-se pesar ambos os princípios para resguardar a ordem jurídica e proceder a interpretação da norma de forma a não violar nenhum dos valores.

Partindo dessas premissas, pode-se concluir que, em regra, não é possível a contestação do título decorrente da usucapião extrajudicial, desde que estejam presentes os requisitos e pressupostos da espécie da usucapião pretendida e que sejam observados todos os procedimentos determinados pela Lei, uma vez que este título deveria ser contestado no prazo legal do seu processamento no Cartório de Ofício de Registro de Imóveis.

Entretanto, não obstante ao exposto, salienta-se que, em razão do curto período de vigência das normas supramencionadas, ainda, não foi possível acompanhar os posicionamentos dos tribunais acerca da matéria.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Cristina Figueiredo de. **Usucapião e a Função Social da Propriedade**. Trabalho Apresentado Ao Centro Universitário de Brasília Como Pré-Requisito Para Conclusão do Curso de Direito. Brasília: 2010. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/145/3/20551891.pdf> Acesso em: 11 mar. 2018.

ARAÚJO, Thicianna da Costa Porto. Acesso à justiça e a efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Ciências**, v. 8, n. 12, 2009. Disponível em: <http://revistatema.facisa.edu.br/index.php/revistatema/index>. Acesso em: 07 abr. 2018.

ASSUMPTÃO, Leticia Franco Maculan. **A Ata Notarial e a Usucapião Extrajudicial – Considerações amadurecidas**. Colégio Notarial do Brasil, 2016. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=ODQwOQ==>. Acesso em: 24 mar. 2017.

BRASIL, **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm. Acesso em: 05 mar. 2018.

BRASIL, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL, Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 05 mar. 2018.

BRASIL, lei no 6.969, de 10 de dezembro de 1981. Dispõe Sobre a Aquisição, Por Usucapião Especial, de Imóveis Rurais, Altera a Redação do § 2º do art. 589 do Código Civil e dá outras providências. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6969.htm. Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL, lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm#art1243. Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo Civil. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 mar. 2018.

BRASIL, Provimento Nº 65 de 14/12/2017. Estabelece diretrizes para o procedimento da usucapião extrajudicial nos serviços notariais e de registro de imóveis. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3394>. Acesso em: 05 mar. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual civil. Vol. 1. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional positivo. Vol.2. 25 ed. Ver. atual. Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CYRINO, Rodrigo Reis. Usucapião Extrajudicial-Aspectos Práticos E Controvertidos. Colégio Notarial do Brasil, 2106. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NzIwNA=>. Acesso em: 25 mar. 2018.

DIDIER, Fredie Jr. Direito à inafastabilidade do poder judiciário. Unifacs, 2004. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?um=1&ie=UTF-8&lr&q=related:kGueuEvbi0PPSM:scholar.google.com/>. Acesso em: 09 abr. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito das coisas. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Sergio pinto. Teoria Geral do Processo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código De Processo Civil Comentado Artigo Por Artigo. 3ª Ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2018.

RODRIGUES, Rivaldo Jesus. Da usucapião: origens, evolução histórica e a sua função social no ordenamento jurídico brasileiro no Século XXI. Programa De Pós-Graduação Em Sociedade, Tecnologia E Meio Ambiente: Centro Universitário De Anápolis – UnievangélicaPró-Reitoria De Pós-Graduação, Pesquisa E Extensão E Ação Comunitária. Anápolis-GO, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Pepa/Desktop/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20RIVALDO.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23 ed. Rev. atual. Ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2017.

DIREITO REAL DE LAJE: uma análise da inovação nos direitos reais

Guilherme Silveira Dias Fiuza

Advogado. Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE).

Edilberto Nicanor Ferreira

Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU).
Professor e Pesquisador das Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE).

Resumo

O direito real de laje é apresentado com uma inovação dos direitos reais, disposta na Lei nº 13.465, de 2017. O direito real de laje visa regulamentar as edificações sobre outras já existentes no solo, considerando a então lacuna legal para tal finalidade. O presente artigo visa abordar os aspectos instituídos pela Lei nº 13.465, de 2017 no que tange as alterações e inovações do Código Civil 2002 referente ao direito real de laje. Por se tratar de um tema atual, há escassa fonte doutrinária e jurisprudencial, desta maneira a análise se dá nas inovações em face de institutos que se assemelham ao direito real de laje. Trata-se de uma pesquisa analítica e exploratória, desenvolvida sobre material teórico e referencial bibliográfico, bem como legislações vigentes, base de dados e doutrinas. O avanço jurídico de tal instituto busca retirar da informalidade inúmeras propriedades, visando também concretizar a positivação do direito de propriedade junto a Cartórios de Registros de Imóveis. A moradia é assegurada pela Constituição Federal do Brasil de

1988, e o legislador ao positivizar o instituto do direito real de laje visa não só assegurar o direito à moradia, mas também coloca em regularidade as edificações aéreas, com geração de encargos tributários.

Palavras-chaves: Direito Real de Laje. Direitos Reais. Direito das Coisas. Moradia.

Abstract

The real right of slab is presented with an innovation of the real rights, disposed in Law No. 13,465, of 2017. The real law of slab aims to regulate the buildings on others already existing in the soil, considering the then legal gap for this purpose. This article aims to address the aspects established by Law No. 13,465, of 2017 in relation to the changes and innovations of the Civil code 2002 referring to the real law of slab. Because it is a current theme, there is scarce doctrinal and jurisprudential source, in this way the analysis is given in the innovations in the face of institutes that resemble the real right of slab. This is an analytical and exploratory research, developed on theoretical material and bibliographical reference, as well as current legislation, database and doctrines. The legal advancement of such an institute seeks to withdraw from informality countless properties, aiming also to realize the positivation of the right of ownership together with the records of real estate. The housing is ensured by the Federal constitution of Brazil of 1988, and the legislator to establishing the Institute of the Royal Right of Slab aims not only ensures the right to

housing, but also regularly places air buildings, with the generation of charges Tributaries.

Keywords: Royal Law of Laje. Real rights. Right of things. Housing.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do direito real de laje como uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro. A inovação jurídica ora apresentada, ocorreu em 2017, dada a consagração de mais um direito real, ou seja, o direito real de laje, que anteriormente foi moldado pela medida provisória de nº 759, datada de 26 de dezembro de 2016.

Faria (2018, p. 20), define o que seria o direito real de laje:

A laje ou direito sobre a laje (ou, ainda, direito de laje), pode ser conceituada como a nova lâmina de propriedade criada através da cessão, onerosa ou gratuita, da superfície superior ou inferior de uma construção (seja ela sobre o solo ou já em laje) por parte do proprietário (ou lajeário) da mesma, para que o titular do novo direito possa manter unidade autônoma da edificação original. Buscando em doutrina outras conceituações, vê-se que a laje, em curtas palavras, seria a possibilidade de construir sobre edificação alheia, aproveitando-se da sobre do respectivo volume vertical acima do solo.

Segundo Matosinhos e Faria (2017), com base em estudos para a medida provisória, obteve-se a informação de que na maioria das cidades brasileiras se destaca a quantidade de moradias sem regularidade imobiliária. Tem fundamento em

um fruto histórico de crescimento desorganizado e mal elaborado, dando ênfase aos grandes centros.

Ainda nas lições de Matosinhos e Farias (2017), a moradia digna é um direito fundamental que deve o Estado garantir, de maneira que se faz necessário a criação de políticas e medidas que venham a tornar real a efetividade desse direito social, sem esquecer da função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana.

Para Santos e Almeida (2017), é muito comum que pais cedam parte de seu imóvel para que seus filhos possam edificar sobre o mesmo sua própria construção, de maneira que é perceptível que coexistam duas edificações em um mesmo terreno. Dessa forma, surgem alguns problemas, tais como a definição de quem é a propriedade construída sobre propriedade de outrem.

A instituição desse novo direito real, o direito real de laje, parece estar prestes a resolver esses conflitos e confusões patrimoniais. Sua previsão expressa no Código Civil Brasileiro de 2002 demonstram conflitos quanto a entendimentos entre juristas e doutrinadores, de maneira que é unânime a sua necessidade, mas há divergência quanto a forma de sua instituição, o qual alguns alegam inclusive já existir outra modalidade desse mesmo direito expressa no Código Civil 2002, como o direito de superfície (SANTOS; ALMEIDA, 2018).

Diante desse novo direito real nasce os debates, que por um lado se vê a solução de um problema social de moradia e consagração de preceitos fundamentais por meio de um novo direito real, e por outro lado, a falta de medidas que

possam regulamentar esses direitos por meio de mecanismos já existentes.

DIREITO REAL DE LAJE: análise sobre o novo instituto

O Código Civil 2002 estabelece em seu artigo 1510-A a seguinte redação:

Art. 1.510-A. O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.

§ 1o O direito real de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário da construção-base.

§ 2o O titular do direito real de laje responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre a sua unidade.

§ 3o Os titulares da laje, unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria, poderão dela usar, gozar e dispor.

§ 4o A instituição do direito real de laje não implica a atribuição de fração ideal de terreno ao titular da laje ou a participação proporcional em áreas já edificadas.

§ 5o Os Municípios e o Distrito Federal poderão dispor sobre posturas edilícias e urbanísticas associadas ao direito real de laje.

§ 6o O titular da laje poderá ceder a superfície de sua construção para a instituição de um sucessivo direito real de laje, desde que haja autorização expressa dos titulares da construção-base e das demais lajes, respeitadas as posturas edilícias e urbanísticas vigentes. (BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, 2017).

Dado o disposto no referido artigo, Fiuza e Couto (2017), já identificam a principal característica desse novo direito, o qual temos por eles a autonomia definitiva em face do solo e das edificações já existentes no terreno. Ainda em suas lições eles afastam o princípio da gravitação jurídica, não implicando a titularidade da nova construção ao proprietário do solo, e nem a titularidade instituída pelo direito real de laje a fração ideal do solo.

Como preceitua o § 1º do artigo 1.510-A, o lajeiro não contempla nenhuma parte no solo da edificação bem como também não participa de nenhuma área comum. Sua propriedade consiste estritamente a laje da construção base e ou ao seu respectivo subsolo como explicado no § 4º do mesmo artigo.

Quando se fala do direito real de laje, evidencia que seja apenas sobre a edificação já estabelecida no solo, em que tal direito deriva do direito de terceiro que já o tem concretizado (STOLZE, 2016).

Na visão de Stolze (2016, p. 4): “Melhor seria, em nosso sentir, que se utilizasse a expressão ‘direito sobre a laje’ ”. Tal nomenclatura seria para o aludido autor melhor esclarecedor, pois deixa claro que não há participação na propriedade do solo para com o adquirente da laje, deixando certo ser uma medida diversa do condomínio civil ou condomínio de prédios como o edifício.

Tem-se nessa mesma linha de pensamento Oliveira (2017 p. 5):

Em primeiro lugar, a nomenclatura “Laje” não foi a mais técnica, pois esse novo direito real retrata um direito real de

superfície de graus sucessivos (segundo, terceiro etc.), que também poderia ser chamado de direito real de sobrelevação.

Deve-se estabelecer uma diferenciação quanto ao direito real de laje e o condomínio. Arruda (2017) ensina acerca dos institutos que por sua vez não se misturam mas criam margem para equívocos. Em resumo, nota-se que quando estabelecido uma situação de condomínio, o proprietário tem uma fração ideal do terreno e das áreas comuns caso exista alguma. Porém, quando se fala do direito real de laje não se possui essa fração do terreno.

Ao detentor do direito real de laje, apenas lhe é conferido a parte sobre a laje ou o subsolo respectivo da construção base. Ademais, onde se confere a situação jurídica do condomínio não se fala de direito real de laje, ao passo que se configurado o direito real de laje não podemos ter a figura do condomínio por falta de elementos essenciais a este (ARRUDA, 2017).

O titular da laje, é detentor de todos os ônus e bônus que a este venha incidir. Para efeitos de tributação e encargos, a nova unidade é totalmente distinta. Por essa razão, cabe ao lajeiro o pagamento de todos tributos e encargos, não havendo qualquer tipo de fracionamento ou compensação com o titular da construção base ou de lajes sucessivas (ARRUDA, 2017).

Ao lajeiro, a lei confere poderes para poder ceder a superfície de sua construção, conforme preceitua o artigo 1.510-A § 6º. Para tal deve este obter autorização expressa dos titulares da construção base, e não deixando de observar também as questões de arquitetura e urbanismo da cidade.

Aos municípios e ao Distrito Federal é livre dispor sobre questões de zoneamento envolvendo o direito real de laje.

Para o detentor da laje é defeso a desarmonização de arranjos arquitetônicos, ou mesmo prejudicar com obras novas a construção base e ou sucessões de lajes.

Mesmo havendo distinção entre a situação de condomínio com o direito real de laje, há previsão legal pelo artigo 1.510-C sobre disposição referente a rateios entre os proprietário da construção base e da laje.

O direito real de laje, deve ser visto como um garantidor constitucional. Para Teshima e Pona (2011) o direito real de laje vai muito além do que se pode esperar, não se fala apenas de regulamentação imobiliária ou mesmo de propriedade no sentido jurídico, a idealização do direito real de laje é uma concretização do direito à moradia estabelecida pela Constituição Federal de 1988.

Teshima e Pona (2011, p 72) frisam que:

Opor-se ao direito de laje é cortejar um positivismo exacerbado que não coaduna com os atuais tempos em que o juiz, na aplicação da lei, deve buscar os fins sociais a que a lei se destina, bem como o atendimento do bem comum, tal como predisposto no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil. A exigência constitucional do cumprimento, pelo exercício do direito de propriedade, de uma função social e a previsão do direito fundamental de moradia realizam-se na adoção do direito de laje, vez que permite aos poucos agraciados de recursos financeiros adquirirem habitação que lhes garanta o mínimo de respeito à sua dignidade enquanto indivíduos e cidadãos.

Segundo Santos e Almeida (2017), o direito real de laje, ressalta sobretudo, interesse e preocupação com a sociedade menos favorecida, buscando resguardar e garantir o seu

direito de propriedade, não se esquecendo é claro da relação direta com os direitos fundamentais e também da função social da propriedade.

Com base nas informações já apresentadas pode-se notar que trata-se de um direito que não se pode exercer de forma totalmente absoluta, devendo observar as formas e regimentos. Nesse contexto ensina bem Tartuce (2017, p. 958):

A unidade imobiliária da laje, portanto, deverá, em perspectiva funcional, estar isolada da construção original, configurando célula habitacional distinta, havendo, neste ponto, uma similitude com o condomínio horizontal. Além disso, a via de acesso ou ingresso à unidade deverá ser independente, a exemplo de uma escada exclusiva para o segundo pavimento da construção. Em nosso sentir, diante da realidade urbanística brasileira, caracterizada pelo crescimento desordenado, o requisito do “acesso independente” deve ser interpretado com equilíbrio e cautela, na medida em que, utilizando o mesmo exemplo acima figurado, uma mesma escada poderá servir, simultaneamente, para o titular da laje e para o vizinho que habita unidade sobrelevada contígua. A finalidade da norma, certamente, é no sentido de que este acesso seja independente em face do proprietário da construção original do imóvel sotoposto (abaixo localizado).

Quando Tartuce faz a referida colocação, abre-se um espaço para questionamentos com os institutos de habitação em condomínio civil, o que claramente já foi apresentado também por Pablo Stolze.

Para Tartuce (2017) a existência do condomínio civil ocorrerá quando duas ou mais pessoas exercerem a propriedade de um bem. Essa propriedade é indivisível, conferindo a cada um dos proprietários uma fração ideal do bem. Tartuce, apresenta algumas classificações aos tipos de

condomínios que sejam pela sua origem: voluntário, incidental e necessário; quanto ao objeto: universal ou particular e quanto à forma: *pro diviso* e *pro indiviso*.

Tartuce (2017), entende que o direito real de laje seja uma espécie de direito de superfície, que para tal regulamentação necessário seria apenas modificações e construções de dispositivos que regulamentasse melhor o direito real de superfície presente no artigo 1.225, II do Código Civil. Contudo, nas lições de Santos e Almeida (2017, p.6), o direito de superfície tem características mais comerciais do que de moradia, dando a seguinte definição para o direito de superfície:

(...) é Direito que se perfaz por escritura pública com valor fixo pago à vista ou parcelado (podendo ser gratuito) por tempo determinado prorrogável somente com ajuste ou de comum acordo entre as partes e com possibilidade de cessão a terceiros, em que mesmo em caso de alienação do terreno, o direito de superfície subsistirá. Além disso, para qualquer negócio jurídico a ser realizado com o imóvel, o superficiário terá preferência (sob pena de responsabilização em perdas e danos) e que a construção fica para o proprietário do terreno, com ou sem indenização.

Para Santos e Almeida (2017), a inclusão do direito real de laje é um grande avanço, não somente olhando pelo prisma dos direitos reais mas também pela preocupação com a questão constitucional referente a moradia.

O direito real de laje chega a sociedade como solução para problemas sociais, inferindo a este não só questões registras ou meramente patrimoniais, mas reiterando seu caráter social, proporcionando tratamento jurídico a primazia dos fatos já existentes. Santos e Almeida (2017) deixam bem claro que o direito real de laje não se trata de gozo sobre

bem alheio, mas sim sobre um bem único, o que infere diretamente a este uma das características dos direitos reais qual seja oponibilidade “*erga omnes*”.

Tartuce (2015, p. 1029), talvez prevendo avanços na matéria do direito real de laje antes mesmo da medida provisória, informa que:

Ademais, amparou-se doutrinariamente o direito de sobrelevação, conhecido como direito da laje, situação muito comum em áreas favelizadas. Com isso, criou-se a superfície de segundo grau, verdadeiro direito real, que não está tratado no rol do art. 1225 do CC/2002. A hipótese parece ser de criação de direito real por exercício da autonomia privada, o que representa um grande avanço quanto ao tema. A justificativa do enunciado expressa que ‘a norma estabelecida no Código Civil e no Estatuto da Cidade deve ser interpretada de modo a conferir máxima eficácia ao direito de superfície, que contribui importante instrumento de aproveitamento da propriedade imobiliária.

Com tal explanação percebe-se mais uma vez que para o Doutrinador deveria ampliar a eficácia do direito de superfície e não a criação de novo direito real.

Pelo disposto no Estatuto da Cidade, em sua sessão VII, que trata do direito de superfície, pode-se notar a similaridade dos institutos. O Estatuto da cidade traz em seu artigo 22 a caracterização do direito de superfície e nos parágrafos subsequentes suas diretrizes e regulamentações:

Art. 22 - O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

§ 1o O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

§ 2o A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.

§ 3o O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo.

§ 4o O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo.

§ 5o Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros.

Com base na Lei 10.257/2001, comumente chamada de Estatuto da Cidade, fica claro o posicionamento de Tartuce no que tange as questões de similaridade entre o direito de superfície e ao direito real de laje. Assim define Tartuce (2015, p. 1029):

A superfície é um instituto real pelo qual o proprietário, por tempo determinado ou indeterminado, gratuita ou onerosamente, o direito de construir ou plantar em seu terreno. Tal direito real de gozo ou fruição recai sobre bens imóveis, mediante escritura pública, devidamente registrada em CRI (Cartório de Registro de Imóveis).

Nesse sentido, observa-se também a definição de Lira (1997, p. 9):

O Direito de superfície é um direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter a construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio, é a propriedade – separada do solo – dessa plantação ou construção, bem como é a propriedade decorrente da aquisição feita ao dono do solo de construção ou plantação nele já existente.

Por essas definições Santos e Almeida (2017) verificam que existe uma semelhança entre os dois institutos, dando um embasamento e razão para discussões sobre o tema. Assim

sendo, vê-se o direito real de laje como um instituto que busca muito mais que apenas assegurar a propriedade, garantir o direito à moradia digna tendo este status de direito real. Em outra face, nota-se o direito de superfície, com características gerais e mais abrangentes, dando um maior foco para as questões empresariais e contratuais.

A medida provisória 759/2016 que regulamentou o direito real de laje antes de sua positivação como lei, somente havia acrescentado ao Código Civil o artigo 1.510-A. Quando há a implementação da lei 13.465/2017, ocorre a criação de novos dispositivos para regulamentar o novo direito real, que se estende desde o artigo 1.510-A até o 1.510-E. Essa maior gama de dispositivos tenta sanar as lacunas que existem no novo direito, buscando trazer maior segurança jurídica.

Mesmo com a lei 13.465/2017 tendo ampliado os mecanismos que regulasse o direito real de laje, ainda restou lacunas e textos mal elaborados. O artigo 1.510-E que trata da ruína da construção base é um grande exemplo. O artigo diz em sua literalidade:

Art. 1.510-E. A ruína da construção-base implica extinção do direito real de laje, salvo:

I - se este tiver sido instituído sobre o subsolo;

II - se a construção-base não for reconstruída no prazo de cinco anos.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta o direito a eventual reparação civil contra o culpado pela ruína (BRASIL, Código Civil 2002).

Por esse dispositivo é informado que se extingue o direito real de laje com a ruína da construção base, salvo se acontecer as duas hipóteses dispostas no incisos seguintes.

Pela leitura do caput do artigo 1.510-E, entende-se que ao detentor da laje não lhe é conferido nenhuma fração do solo, mas sim somente a parte da laje edificada. A problemática ocorre com a disposição do inciso II, onde confunde-se a constituição de um direito.

Nota-se que mesmo após cinco anos, como informa o artigo, como poderia um lajeiro constituir seu direito se não houvesse a construção base? A característica de não lhe ser atribuída nenhuma fração do solo proporciona com que o direito ficasse um tanto adormecido. Contudo pela qualidade de direito real, sendo oponível a terceiros e tendo como característica a perpetuidade, o melhor a se fazer é deixar que o direito exista, suspenso na condição da construção da edificação base.

Para Faria (2018) o reconhecimento do direito real de laje da suporte para regularização de edificações por todo o país, conferindo a seus proprietário uma segurança jurídica, como também uma estabilização aos direitos sucessórios. Toda essa transformação contribui para uma pacificação social. Não são poucas as situações que estavam sem uma solução antes da lei 13.465/2017.

Anteriormente a sucessão da laje, apenas se tinha como elemento de amparo para o sucessor da laje, a sua posse no bem, pois não havia o que se falar em direitos reais do mesmo sem o registro pertinente. Quando muito se tentava solucionar esse problema, acabava por se usar institutos

semelhantes e entendimentos doutrinários, que a título de exemplo temos o condomínio civil.

Com a chegada do novo instituto nasce a possibilidade de inúmeros casos que se via sem amparo legal, possibilidade de formalização, quer seja esta mediante escritura pública ou particular, e posteriormente o devido registro. Tudo isso de forma autônoma, o que lhe concede poder e de exercer plenamente todos os seus direitos sobre o bem tutelado.

Em primeira análise tem-se a utilização e aplicação do direito real de laje voltado para os grandes centros, devido a quantidade exorbitante de população e forma desordenada de ocupação do solo. O maior impacto que se verá com esse novo instituto é nas grandes favelas e comunidades irregulares.

Para Santos e Coelho (2017) o direito real de laje visa aumentar a garantia de uma moradia digna, trazendo proteção e segurança jurídica que anteriormente não era alcançada. Isso sem deixar de mencionar o direito à propriedade, e a sua função social, em que esta tem relação direta com o direito real de laje.

Para Rangel e Silva (2009) o aspecto social do direito de propriedade se mostra um fator essencial. Isso vemos como fruto de uma constitucionalização do Direito Civil, orientados pelos princípios constitucionais, dignidade humana e a própria função da propriedade.

Pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, é assegurado direito social a moradia, garantindo a todos em território brasileiro uma moradia digna para que possam constituir e viver em família.

A literalidade do artigo expõe que:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Constituição Federal, 1988, 2017).

Na perspectiva de Rangel e Silva (2009)

O conceito do direito de propriedade evoluiu a ponto de ser tratado em caráter transdisciplinar, eis que encontra guarida e fundamento tanto no Direito privado quanto no Direito público. A propriedade deixou de ser um direito eminentemente privado e absoluto, para relativizar-se em prol de sua função social.

Percebe-se então que o direito à moradia transcende à simples ideia de posse e propriedade, visando dar dignidade para a pessoa humana, assegurando direitos Constitucionais.

Para Rangel e Silva (2009), ao inserir a função social da propriedade no texto constitucional, inclusive dentre os princípios da ordem econômica, foi lhe atribuído status de princípio jurídico fundamental, tendo efeitos vinculantes mais concretos e definidos. Isso mostra que a economia tem função de estruturar e constituir a propriedade, dando sentidos diversos a função social da propriedade.

DISTINÇÃO DO DIREITO REAL DE LAJE E O DIREITO DE SUPERFÍCIE

O direito de superfície encontra-se positivado no Código Civil no artigo 1.225, II; e também na Lei 10.257/2001 conhecida como Estatuto da Cidade.

Para Landin (2009), o direito de superfície tem origem na antiga Roma, em que consistem direito temporário exercido sobre propriedade de outrem. Por esse direito o superficiário pode exercer os direitos e prerrogativas de construir ou plantar na superfície, tendo poderes sobre o bem por prazo determinado por meio de escritura pública registrada em cartório de registro de imóveis.

Para Tartuce (2017) o direito real de laje nasce para a substituição da enfiteuse. Quando do surgimento do referido instituto, nota-se que seria melhor aproveitado do que a enfiteuse, isso pois, os mecanismos de constituições são diferentes, como exemplo: a enfiteuse era sempre onerosa, o direito de superfície pode ser gratuito ou oneroso, a superfície é temporária com base no Código Civil ou indeterminada pelo Estatuto da Cidade, enquanto a enfiteuse era perpétua.

Por essas razões o autor considera uma grande desvantagem, e inclusive, afirma que mesmo após a implementação do direito de superfície, este não teve o impacto que se esperava conseguir. Devido a propriedade de poder a concessão ser gratuita ou onerosa, quando da modalidade da segunda hipótese as partes podem pactuar quando ao pagamento ser feito integralmente de uma única vez ou de forma parcelada. Dar-se-á o nome de *solarium* ou *cânon superficiário* os frutos percebidos pelo direito de superfície.

Segundo o artigo 1.371 do Código Civil, o superficiário é responsável pelos tributos e encargos inerentes ao bem que possua o direito de superfície. Para Stolze e Filho (2017) o fato de ter que arcar com todos os tributos e encargos do bem, estaria por onerar muito o superficiário, vez que estaria

este pagando inclusive por áreas não utilizadas. Tal ato faz nascer a proposta de alteração do dispositivo de lei pelo projeto 699/2011 que estipula ao superficiário o pagamento dos tributos e encargos integralmente sobre a proporção de sua ocupação, dando ressalvas a disposições em contrário.

Ensina Tartuce (2017) que mesmo tendo a falta de mudança na redação legal, o superficiário e o proprietário do terreno podem por meio de pactuação previamente estabelecida dispor diversamente da legislação. Desta forma tem as partes livre deliberação no respectivo contrato, como também corrobora desse entendimento o Enunciado n. 94 da *I Jordana de Direito Civil (Conselho da Justiça Federal, 2003)*: “94 – Art. 1.371: *As partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície*”.

Com base nas lições de Tartuce e Sltoze, pode-se perceber que entre o direito real de laje e o de superfície está uma característica fundamental que é a questão temporal. No direito de superfície ele será transitório enquanto no direito real de laje ele é perpétuo.

Outro ponto que se nota é a questão da propriedade, em que no direito real de laje, o lajeiro exerce não só a posse, mas tem o exercício da propriedade direta sobre o bem, mesmo que este esteja edificado sobre outra. O superficiário, mesmo tendo direito real sobre a coisa não é detentor da propriedade, possuindo somente a posse e a possibilidade de praticar nesse os atos como se dono fosse. No que tange a destinação da concessão da superfície, não se pode ter

alteração no objeto ao qual foi destinada, em que por outro lado o direito real de laje não possui tal limitação.

Um ponto que deve ser considerado é a questão de registro de cada instituto no Cartório de Registro de Imóveis, em primeiro plano, para o direito de superfície é conferido uma averbação na própria matrícula do bem, assegurando ao superficiário o seu direito. Para o direito real de laje é necessário abertura de matrículas próprias para cada unidade autônoma distinta. Stolze (2017 p. 1076) diz que:

Devem ser abertos números de matrícula distintos para cada uma das unidades imobiliárias, que deverão ter isolamento funcional e acesso independente (a exemplo de escadas distintas para cada imóvel), o que reforça a autonomia dos direitos dos envolvidos 104, inclusive porque o titular da laje responderá pelos seus encargos e tributos respectivos.

Modaneze (2011) ensina que a matrícula do imóvel é comparada a certidão de nascimento de uma pessoa. Deverá ser aberto a matrícula de um imóvel após a primeira transação que o envolva. Na matrícula de um imóvel deve se conter dados essenciais para sua delimitação e identificação referentes ao imóvel e também sobre o seu proprietário. É na matrícula de um imóvel que se faz a gravação de algum ônus, como hipoteca, penhores e até os seus cancelamentos.

O Código Civil (2002) informa que para o direito real de laje pode-se usar tanto o espaço aéreo bem como o subsolo, o que pelo mesmo dispositivo legal não concede ao direito de superfície o uso do subsolo, com ressalva se estas obras forem inerentes ao objeto da concessão.

O Estatuto da Cidade (2001) difere informações acerca do uso do subsolo para o direito de superfície, em que informa em seu artigo 21, § 1º: “O direito de superfície abrange o

direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística”.

Resta mostrado que mesmo possuindo similaridades com o direito real de laje, o direito de superfície não pode conferir ao possuidor de tal direito as mesmas garantias e direitos. Esse pensamento vai de encontro com a ideia de Tartuce no que se refere ao direito real de laje ser um direito de superfície mais abrangente.

ANÁLISE DO DIREITO REAL DE LAJE E O CONDOMÍNIO EDILÍCIO

Camargo (2017) escreve que o direito real de laje é uma nova modalidade do direito de propriedade, que adentra o mundo jurídico pela lei 13.465/2017, optando assim o legislador por discipliná-lo em direito autônomo. Para o autor fica claro a vontade do legislador em diferenciar o direito real de laje de outros institutos, como a superfície e o condomínio edilício. O Código Civil brasileiro regulamenta o condomínio edilício nos artigos 1.311 a 1.358-A.

O condomínio consiste em duas pessoas possuindo um mesmo bem que é por alguma razão tido como indivisível juridicamente. Segundo o Código Civil de 2002 o condomínio edilício se firmara quando na mesma edificação existirem partes que são tidas como exclusivas e partes que são de propriedades comum aos condôminos.

Segundo o Código Civil 2002, as partes da edificação que se sujeitam a utilização independente, são tidas como exclusivas. A essas ficam reservados todos os direitos de

propriedade, podendo o condômino usar, gozar e dispor como bem lhe convier, respeitando desde logo as regras do Código Civil e as estipuladas na convenção de condomínio.

Também é informado pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 1.331 § 3º que a cada unidade autônoma lhe é estipulada uma fração ideal do terreno. Para o direito real de laje não é lhe atribuído essa fração, pois ao mesmo só é exercido o direito sobre a laje ou subsolo da edificação base.

Camargo (2017) esclarece que em uma situação de condomínio edilício, a estipulação de uma convenção é obrigatória, e para que essa tenha seus efeitos oponíveis a terceiros devem seguir as regras disposta no artigo 1.333 incluindo seu parágrafo único.

Art. 1.333. A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção.

Parágrafo único. Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

(BRASIL, Código Civil. 2002).

Para o Camargo (2017) existem características que aproximam o direito real de laje do condomínio edilício. Como exemplo elucida que ambos haverá áreas de propriedade exclusiva, no caso as unidades imobiliárias autônomas. Quando se fala do direito real de laje, mesmo tendo como requisito entrada funcional independente, retirando as áreas comuns que se pudesse ter, ainda persistira áreas que serão tidas como comuns a todos. São essas partes os alicerces, colunas, pilares, paredes-mestras e

toda a estrutura do prédio. Essas são tidas como partes comuns por natureza.

Desta forma, o autor continua afirmando que a várias semelhanças com os institutos. Nos dois casos os titulares terão a possibilidade de usar, gozar e dispor de suas unidades; devem contribuir com a conservação de todo o prédio nas partes que lhes são comuns, proporcionalmente na medida que couber a cada um; vedado a realização de obras que comprometam a estrutura e segurança do edifício.

No caso das obras, quando necessárias, essas podem ser realizadas independente de autorização pelo síndico ou tanto omissão ou impedimento deste por qualquer condômino. Tal maneira é que este dispositivo poderá se entender de forma análoga no direito real de laje, quando necessário for realizar manutenções e reparos urgentes na construção que tem por objeto o direito real de laje.

Ademais, uma última característica que se pode perceber é com a leitura dos artigos 1.343 e o § 6º do 1.510-A, ambos do Código Civil. Por meio destes fica claro que para qualquer obra de ampliação do prédio necessário é que se tenha autorização expressa dos titulares, no caso do condomínio edilício de unanimidade de todos ou titulares e no direito real de laje do titular da construção base e de lajes sucessivas de houver.

Não obstante todas essas semelhanças entre o direito real de laje e o condomínio edilício, eles muito se afastam quando diante de situações específicas e necessidades que competem a cada um. Camargo (2017) aponta que no caso de um condomínio edilício trata-se de construções mais imponentes

de maneira a dar azo a maiores investimentos e controles aplicados.

Ao direito real de laje, se observa na sociedade uma saída para constituição de moradia, tendo como recurso a realização de um “puxadinho”. Sempre que se pensar em um condomínio edilício estaremos projetando em nossas mentes um projeto grande, envolvendo uma maior organização, desde a elaboração do projeto até a sua constituição, sem deixar de mencionar os custos a ele inerente.

Conclui-se que de todas as diferenças, a que mais contrapõe os institutos é a existência ou não de fração ideal do solo. Tal situação ao contrário do que se possa entender e de uma importância sem igual, haja visto que havendo a ruína do edifício o titular do direito real de laje pode vir a ter seu direito extinto, ressalvado as hipóteses do artigo 1.510-E do Código Civil. A análise do mesmo fato observando o condomínio edilício, os condôminos podem deliberar sobre reconstrução ou mesmo venda do terreno. Desta forma teria esse direito aos frutos percebidos com a venda, o que o titular da laje não possuiria.

FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO REAL DE LAJE

O direito real de laje, mesmo tendo a proposta de regularizar a situação de inúmeras famílias brasileiras, ainda está distante de conseguir atingir seu principal objetivo.

A forma de constituição para o referido instituto é a concessão do espaço aéreo ou subsolo de uma construção base já edificada como já trabalhado anteriormente. Inúmeros obstáculos são encontrados, quando por exemplo,

não se têm as devidas averbações competentes da construção base. Ora pois, não há como se registrar um direito que deriva de outro que não existe juridicamente.

Entende-se que para o direito de laje se concretizar necessita-se, primeiramente, de dois requisitos essenciais: (i) uma edificação base devidamente constituída seguindo as leis urbanistas do município, (ii) e que esta edificação esteja já devidamente averbada no Cartório de Registro de Imóveis competente.

Para Fiuza e Couto (2017) tendo a matrícula a qual se fara a cessão da laje ausência de construção averbada, não seria possível constituir do direito real de laje, pois nesta constara um lote vago.

Carmona e Oliveira (2017, p.126) esclarece o que seria uma edificação:

Para os efeitos da lei, consideram-se que servem a toda a edificação: os alicerces, colunas, pilares, paredes-mestras e todas as partes restantes que constituam a estrutura do edifício, as instalações gerais de água, esgoto, eletricidade, aquecimento, gás, comunicações e semelhantes que sirvam a todo a construção; as coisas que sejam afetadas ao uso de todo o prédio; e, finalmente, os telhados ou os terraços, ainda que vinculados ao uso exclusivo do titular da laje.

Sendo assim, na visão de Fiuza e Couto (2017) só deveria existir o direito real de laje para imóveis que são devidamente constituídos e averbados em cartório, visto que em lógica o proprietário cede a superfície de sua construção afim de que outro edifique sobre ela.

Camargo (2017) lembra que um aspecto importante para que se consagre como direito real de laje é o acesso independe

da unidade base. Isso para que de maneira alguma possa se confundir com a instituição de condomínio.

Cabe, mais uma vez, ressaltar o posicionamento de Santos e Almeida (2017), afirmando que trata-se muito mais de um direito para garantias constitucionais do que cíveis. A forma como se moldam a regras para registro em cartório de imóvel competente acaba por afastar de muitos a garantia de poder exercer seu direito plenamente perante a terceiros, como por exemplo dar seu imóvel em garantia estando este apenas amparado por uma cessão particular de laje.

Torna-se imperioso apontar as questões urbanísticas da cidade. Na visão de Oliveira (2017) não há obstáculo em registrar o direito real de laje sem ato constitutivo de direito real de laje e previa autorização municipal, pois o registro de um direito real de laje não implica se haverá ou não uma construção.

Na visão de Camargo (2017) o direito de superfície não faz exigências que exista alguma coisa edificada sobre o solo e nem mesmo alguma averbação pertinente na matrícula do imóvel, entendendo que seria de modo obrigatório a existência de uma construção base assim como disposto no artigo 1.510-A

Sobre a efetivação do registro, elucida Oliveira (2017, p 8):

De qualquer forma, como a laje sucessiva pressupõe uma laje anterior (a de segundo grau presume, por exemplo, a laje de primeiro grau), é pressuposto inafastável que haja uma construção já realizada no caso de direitos reais de lajes no espaço aéreo. Em outras palavras, somente se poderá registrar um direito real de laje de segundo grau se, na matrícula da laje anterior, já tiver sido averbada alguma construção. Não se pode estabelecer direitos reais de lajes

sucessivos no espaço aéreo sem a existência material e concreta de uma construção. A propósito, uma prova de que a existência concreta de construção é requisito para o direito real de laje no espaço aéreo é a previsão expressa de extinção da laje no caso de ruína do prédio sem posterior reedificação (art. 1.510-E, CC).

Oliveira (2017), aponta a necessidade de existência de averbação do nível inferior para que se tenha uma nova laje. Isso faz com que o direito real de laje seja um mecanismo não muito eficiente para regularização, uma vez que grande parte de suas edificações se encontram em áreas irregulares e ou sobre imóveis que não são devidamente registrados e averbados. Imperioso apontar, o fato hipossuficiência, visto que a parte da população que enfrenta a demanda elucidada, não possui condições financeiras para regularização de sua situação imobiliária, por isso, a urgência do poder público desburocratizar o sistema de regularização imobiliária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito real de laje veio ao ordenamento jurídico como uma solução de problemas sociais e também jurídicos.

Nota-se a necessidade de regularização fundiária, como a própria ementa do projeto já mencionava sobre, tanto no âmbito rural como urbana. Percebe-se também a necessidade de garantia de direitos sociais, como por exemplo, moradia digna.

Nota-se que pela disposição da constituição do direito, o seu aspecto de regularização jurídico ainda terá um campo de efetividade baixo. Isso se dá em virtude da grande irregularidade de imóveis existentes no Brasil,

principalmente nas regiões mais populosas, que são predominantes as favelas; comunidade de baixa renda.

O direito real de laje, ocupa status de direito real, sendo inserido pelo legislador no rol taxativo do 1.225 do Código Civil. É inegável que para os doutrinadores e juristas, o direito real de laje se aproxima de muitos institutos, de maneira que sua distinção e confusão é corriqueira. Pequenos aspectos e regras a ele aplicados fazem sua distinção, contudo muitas regulamentações de outros institutos a ele se aplicam.

No que se refere a sua aplicação, nota-se que o legislador pode não ter previsto que para a regularização do novo instituto deveria a construção base estar em conformidade legal jurídica. Tal situação nasce pelo fato do direito real de laje ser exercido sobre o direito de propriedade de outrem. A construção base é um fator primordial para a instituição do novo direito. Se não há uma regularização na construção base, não tem o que se falar em um direito sobre outro que não existe.

Imperioso apontar a apresentação do direito real de laje como poder de conferir ao titular propriedade plena e perpétua, possibilitando ao detentor do direito uma maior autonomia.

O direito real de laje proporciona a sociedade uma maior segurança jurídica, mesmo que sua efetividade possa não se dar da melhor forma. O caráter social que ele emana é louvável, assegura preceitos fundamentais da Constituição Federal.

Aplicar o direito real de laje nos meios urbanos é para todos um ganho. Aumenta a possibilidade de giro da economia com a melhora dos negócios agora possíveis.

Conclui-se portando, que opor ao direito real de laje, é o mesmo que negar novas possibilidades aos cidadãos. Possibilidades de lhe ser assegurado um direito que a todos são inerentes. Ademais, cabe ao poder público averiguar a urgência temática e desburocratizar o sistema de regularização imobiliária.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Sande Nascimento de. Direito real de laje: um instrumento de inclusão urbana e de reconhecimento ao direito humano a moradia. **Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19628. Acessado em: 28 maio 2018.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 set. 2017.

CAMARGO, Marco Antonio de Oliveira. Direito de laje: explicando para quem quer entender. **Colégio Notarial do Brasil**, 2017. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=OTA2MQ==>. Acesso em: 29 maio 2018.

FIUZA, César Augusto de Castro; COUTO, Marcelo Rezende Campos Marinho. Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017. **Civilista.com**, a. 6, n. 2. 2017.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 5: direito das coisas**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de direito urbanísticas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Direitos Reais**: à luz do Código Civil e do Direito registral. São Paulo: Editora Método, 2004

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Direito real de laje à luz da lei 13.465/2017: nova lei, nova hermenêutica. **Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/ Senado**, jul./2017. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 13 set. 2017.

SANTOS, Victor Cebalho; ALMEIDA, Caio César Domingues. Direito real à laje: um novo direito ou um “direito de superfície de segundo grau”?. **Direito e Cidadania**, v. 2, 2018.

STOLZE, Pablo Stolze. **Manual de direito civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017

STOLZE, Pablo. Direito Real de Laje: Primeiras Impressões. **Revista Direito UNIFACS**, n. 192, dez. 2016.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método. 2017.

TESHIMA, Márcia; PONA, Everton Willian. Do direito de laje: uma visão mitigada do direito de propriedade ao direito à moradia. **Argumentum - Revista de Direito**, n. 12, p. 45-76, 2011.



Antonio Luiz Nunes Salgado



Maria Fernanda Soares Fonseca



Vilmária Cavalcante Araújo Mota

Por tratar-se de obra de construção coletiva, ressaltar as qualidades pessoais e profissionais dos organizadores individualmente retirar-lhe-á importância que se quer proporcionar a esse trabalho como uma produção significativa advinda da experiência profissional e docente de seus autores. Mas há que se ressaltar a brilhante trajetória das professoras Maria Fernanda Fonseca e Vilmária Cavalcante como pesquisadoras e autoras de vários artigos e livros no âmbito das Ciências Jurídicas. Não menos intensa é a trajetória acadêmica dos professores Antônio Luís Salgado e Árlen Almeida, pesquisadores, com longa carreira docente e várias publicações de livros e artigos científicos em várias áreas.

ISBN 978-65-5606-023-1



editora
Virtual Books 
www.virtualbooks.com.br