

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 23/09/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30173-o-estado-de-legalidade-e-a-realidade-brasileira-demagogia-ou-ideologia>

Autore: Adhemar Della Torre Netto

O estado de legalidade e a realidade brasileira: demagogia ou ideologia?

O ESTADO DE LEGALIDADE E A REALIDADE BRASILEIRA: DEMAGOGIA OU IDEOLOGIA?

ADHEMAR DELLA TORRE NETTO

Professor de Direito Penal e Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da

Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Mestrando em Direito pela Universidade

Metodista de Piracicaba

Advogado

adhemarnetto@puc-campinas.edu.br

RESUMO: Para que seja efetivada a justiça social, as decisões do Poder Judiciário devem se valer dos preceitos norteadores do Estado de Direito, deixando, por vezes, a aplicação da lei ao léu em consagração do caráter justo do pronunciamento a ser dado no caso concreto. Tomando-se por base alguns aspectos da realidade brasileira, o presente estudo nos remete às lições de Raymond Carré de Malberg e sua importante contribuição no que tange à diferenciação e, também, aos pontos comuns presentes nos regimes jurídicos de mera legalidade e nos Estados Democráticos de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: ESTADO DE LEGALIDADE – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – JUSTIÇA SOCIAL – EFETIVIDADE.

ABSTRACT: Searching the effectively of the social justice, the decisions of the judiciary should avail themselves of the guiding precepts of the rule of law, leaving, sometimes, the positivised law enforcement beside for the consecution of the righteous character of the decision to be given in each case. The main study takes some aspects of Brazilian reality to build, which the lessons of Raymond Carré de Malberg and his important contribution to the differentiation and also to the common points found in the legal systems of the Legality State and in the Rule of Law State.

KEYWORDS: LEGALITY STATE – RULE OF LAW – SOCIAL JUSTICE – EFFECTIVENESS.

SUMÁRIO

1. Introdução	03
2. Breves Anotações Acerca Da Origem Do Constitucionalismo	04
3. Contribuição de Raymond Carré de Malberg à Temática “Estado de Legalidade vs. Estado de Direito”	05
3.1. Estado de Legalidade	05
3.2. O Estado de Legalidade e o Estado de Direito	08
3.3. O Sistema do Estado de Direito	13
4. O Brasil sob a Ótica do Estado de Direito	10
5. Considerações Finais	20
Referências bibliográficas	21

1. Introdução

O presente trabalho visa levar o exegeta a refletir sobre o papel do Estado Democrático de Direito à luz do princípio da legalidade. Através de uma análise crítica, buscará um estudo sintético – sem a pretensão de esgotar a rica temática que envolve a matéria – sobre as tortuosas vias da garantia do puro e simples Estado de Legalidade.

Partindo da visão histórica acerca do tema e tendo como pano de fundo a comparação realizada por Raymond Carré de Malberg, em sua obra *Contribution à la théorie générale de l'état*, publicada na França em 1920, onde o autor – após comparar o Estado francês ao Estado alemão – inicia um profundo estudo acerca das diferenças substanciais existentes entre o Estado de Legalidade (*État Legal*) e o Estado de Direito (*Rechtsstaat*), busca-se aferir o atual estágio de desenvolvimento judicial de nosso Estado Democrático de Direito, analisando-se singulares decisões de nossos tribunais acerca de temas que envolvem a aplicação da letra fria da lei ou, como defende o autor francês, a aplicação sistemática dos fundamentos e princípios constitucionais, a fim de se garantir o efetivo Estado de Direito.

Por fim, visa o presente estudo contribuir para a formação crítica do intérprete, a fim de que ele possa identificar em determinados casos concretos a riqueza acadêmica que envolve a temática para, portanto, optar pela aplicação – e, assim, para a efetividade – do constitucionalmente previsto Estado Democrático de Direito, lembrando que, no plano ideal, a lei deve revestir-se de justiça, sem, porém, ser tal requisito uma obrigatoriedade legislativa.

2. Breves Anotações Acerca da Origem do Constitucionalismo

A origem formal do constitucionalismo está ligada às constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791), apresentando dois traços marcantes: de um lado, a organização do Estado, com sua competente divisão de Poderes e distribuição de competências; e, de outro, a limitação do poder estatal, através da atribuição de direitos e garantias fundamentais aos indivíduos.

Os movimentos federalista norte-americano e liberal-burguês francês romperam com o antigo regime absolutista de governo e, através de revoluções, impuseram aos governos sua *Bill of Rights*, ou Declaração de Direitos. Através dela, houve a limitação ao poder do rei que, a partir de então, passou a subordinar-se aos direitos e garantias constantes desse importante instrumento normativo.

Nos Estados Unidos da América, a Guerra de Secessão (ou Movimento Confederado) visava o rompimento com o regime da coroa britânica e a independência da colônia. Através da revolta armada, as treze colônias sulistas se uniram em uma confederação – forma de Estado onde seus componentes não abrem mão de sua soberania (independência, no plano externo, e supremacia, no plano interno) e do direito de secessão.

Com a vitória das colônias, os Estados – agora soberanos – enviaram representantes para a Filadélfia, a fim de que fosse redigida a Constituição da nova Confederação. Porém, através de uma manobra política encabeçada por Thomas Jefferson, o ideal federalista sobrepôs-se ao confederalista. Assim, em 1787, aprovaram a Constituição dos Estados Unidos da América, adotando o regime federalista. Os Estados, então, abriram mão do direito de secessão e de sua soberania, garantindo-se a eles a autonomia em relação aos demais Estados.

Na França, a Revolução Liberal Burguesa foi um movimento liberalista contra o arbítrio do rei, que impunha suas vontades de forma indiscriminada, onerando excessivamente o chamado Terceiro Estado – composto por camponeses, operários e a alta e baixa burguesia (jacobinos e girondinos).

Norteadas pelos ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade, a Revolução Francesa impôs uma Assembléia Constituinte que, inspirada pela então nova Constituição dos Estados Unidos da América – redigiu a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), que até hoje é a carta inicial da Constituição Francesa.

Assim, o movimento constitucionalista, portanto, visava a limitação do poder daquele que titularizava a chefia do Estado, a fim de que a população não suportasse suas arbitrariedades.

O Brasil, por sua vez, adota o regime inspirado nos ideais franceses, onde o Estado de Legalidade, no campo formal, acaba por se confundir com o Estado de Direito.

3. Contribuição de Raymond Carré de Malberg à Temática “Estado de Legalidade vs. Estado de Direito”

3.1. O Estado de Legalidade

Raymond Carré de Malberg inicia sua crítica ao Estado de Liberdade tendo por escopo um estudo realizado, que tinha por objeto o Estado Alemão.

Sua obra, intitulada *Contribution à la Théorie Générale de L'État*, publicada na França em 1920, consiste em uma comparação entre os Estados francês e alemão. Num primeiro momento, Carré de Malberg analisou a

estrutura do Estado de Direito alemão (*Rechtstaat*) e seu confronto com o Estado de Legalidade francês.

Em um primeiro momento, sua denúncia restringiu-se à administração pública, focada no Estado francês. Sua denúncia é, portanto, limitada à França e à administração, estando desvinculada do campo ideológico e encontrando limitação somente em relação às condições históricas.

Comparando o regime do ato administrativo à lei, Malberg elucida que o primeiro nutre caráter de subalternidade em relação ao segundo, uma vez que pode ser alterado de acordo com a vontade do órgão (ou autoridade) prolator, ao passo que o segundo possui natureza vinculante – vincula o Poder Legislativo e os demais poderes do Estado.

Atualmente, sua crítica mostra-se contemporânea: os princípios que regem a administração pública denotam que os atos administrativos possuem regime próprio. Além de suscitarem seus específicos elementos (competência, motivo, forma, finalidade e objeto), são dotados de atributos que garantem sua obediência pelos subordinados (presunção de legalidade, auto-executoriedade, coercibilidade e exigibilidade).

Além disso, os atos administrativos podem ser revogados pela autoridade que os editou – caso apresentem vícios ou lhes falem interesse público –, além de sujeitarem-se à anulação pelo controle que sofrem do Poder Judiciário (denominado *princípio da autotutela*). Esse regime denota serem os atos administrativos de presunção relativa de legalidade (*júris tantum*). As leis, por sua vez, apresentam disciplina diversa.

Em primeiro lugar, somente o Poder Legislativo é competente para a edição de leis. O artigo 59 da Constituição Federal brasileira elenca as espécies legislativas, divididas em emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos e resoluções. A ressalva que se faz diz respeito à medida provisória: apesar de constar do rol

do artigo 59, não constitui uma espécie legislativa, mas normativa, uma vez que se origina no Poder Executivo.

As leis, para inovarem o ordenamento jurídico, devem passar por um processo legislativo constitucional específico e, após serem sancionadas, promulgadas e publicadas, gozam de presunção relativa de constitucionalidade. Porém, após sua publicação, servem de parâmetro para a edição de atos administrativos, uma vez que estes devem obediência à lei, e não podem ser anuladas, sofrendo somente revogação (por exemplo, quando lei posterior passa a tratar de matéria idêntica) e podendo ser retiradas do ordenamento jurídico através da competente ação constitucional, quando com a Constituição Federal não forem compatíveis.

Portanto, conforme observou Carré de Malberg no início do século XX, a administração subordina-se à lei, que é emanada do Poder Legislativo. Pode-se dizer, contudo, que a administração é constitucionalmente vinculada, ao passo em que a legislação é livre¹, desde que obedecido o devido processo legislativo constitucional. O grande diferencial é que a administração subordina-se às leis, ao passo que as leis não estão subordinadas à atuação do Poder Executivo.

Como bem assevera Carré de Malberg,

Resulta daí que a função administrativa tem por missão primária pôr em execução, seja as regras abstratas, seja as decisões particulares, quer dizer, de maneira geral, todas as prescrições ou quaisquer medidas decretadas pelas leis. Está aqui a parte estritamente executiva dessa função. Entre as medidas que são administrativamente colocadas em execução para a realização dos fins estatais, devem figurar em primeiro lugar aquelas que foram decretadas pela própria lei.

Pois, se as leis não fixaram por si mesmas as medidas a tomar, a ação administrativa não poderá – secundariamente – exercer-se senão sob a condição de não desprezar a legislação existente; ela deverá manter-se

¹ Cf. O. MAYER, **Droit administrative allemande**, ed. Francesa, t. I, p. 97; JELLINEK, **L'État moderne**, ed. Francesa, t. II, p. 327 e ss.

*intra legem, quer dizer, nos limites que resultam, seja da ordem jurídica geral estabelecida pela legislação, seja das decisões particulares emitidas pela via legislativa. Isso implica, especialmente, que a autoridade investida do poder administrativo não poderá em nenhum caso derogar por ato individual as regras gerais contidas nas leis.*²

Conclui Malberg que o Estado francês não é outro senão um verdadeiro Estado de Legalidade – em suas palavras, *État Legal* –, uma vez que a preocupação central circunda a necessidade de respeitar a lei e garantir sua efetividade: se protege o Estado através da edição de leis; se protege as leis através das próprias leis.

3.2. O Estado de Legalidade e o Estado de Direito

Ao contrário do ideal de Estado de Legalidade, onde as leis estão voltadas para a proteção das próprias leis e os Poderes do Estado estão a elas subordinados, o Estado de Direito busca a efetividade dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, de forma que a própria essência do direito sobrepõe-se à essência legalista: enquanto esta subordina e engessa o atuar dos Poderes no plano abstrato e concreto, aquele implica em métodos interpretativos para que seja garantida a efetiva justiça, que deve ser levada em conta a partir da análise de cada caso concreto.

Carré de Malberg assim conceitua o Estado de Direito, a partir de sua observação ao Estado alemão do início do século XX:

Por Estado de direito é preciso entender um Estado que, em suas relações com seus súditos e para garantia dos estatutos individuais deles, submete-se a si próprio a um regime de direito, e isso na proporção em que ele acorrenta sua ação sobre eles por regras, das quais umas determinam os direitos reservados aos cidadãos e outras fixam previamente as vias e meios que podem ser

² MALBERG, Raymond Carré de. **Contribution à la théorie générale de l'état**, t. I, item 163. Tradução de Sérgio Resende de Barros.

empregados em função de realizar os fins estatais: duas espécies de regras que têm por efeito comum limitar o poder do Estado, subordinando-o à ordem jurídica que elas consagram. Um dos traços característicos do regime do Estado de direito consiste precisamente em que, face a face com os administrados, a autoridade administrativa não pode usar senão dos meios autorizados pela ordem jurídica em vigor e, especialmente, pelas leis. Isso implica duas coisas: de uma, parte a autoridade administrativa, no momento em que ela entra em relações com os administrados, não pode, nem ir de encontro às leis existentes, nem se desviar delas: ela está vinculada ao respeito à lei; de outra parte, no Estado de direito que alcançou seu completo desenvolvimento, a autoridade administrativa nada pode impor aos administrados senão em virtude de uma lei: ela não pode por em execução, em relação a eles, senão medidas previstas explicitamente pelas leis ou, pelo menos, autorizadas implicitamente por elas. O administrador, que exige de um cidadão um fato ou uma abstenção, deve começar por mostrar-lhe o texto de lei do qual ele retira o poder de lhe dirigir esse comando. Por conseguinte, nas suas relações com os administrados, a autoridade administrativa não deve somente se abster de agir contra a lei, mas ela é obrigada ainda a não agir secundum legem, quer dizer, em virtude das habilitações legais. Enfim, o regime do Estado de direito implica essencialmente que as regras limitativas que o Estado se impõe no interesse de seus súditos poderão ser invocadas por estes da maneira como se invoca o direito: porque não é senão sob essa condição que elas gerarão, para seus súditos, o verdadeiro direito. O Estado de direito é, pois, aquele que – ao mesmo tempo que formula prescrições relativas ao exercício de seu poder administrativo – assegura aos administrados, como sanção dessas regras, um poder jurídico de agir ante uma autoridade jurisdicional para o fim de obter a anulação, a reforma ou, em todo caso, a não aplicação dos atos administrativos que os hajam violentado.³

Dessa forma, pode-se concluir – baseando-se na observação realizada por Malberg – que o regime do Estado de Direito é concebido no interesse de ninguém menos que os próprios cidadãos – titulares da soberania do Estado⁴.

³ Idem, item 164.

⁴ De acordo com a sistemática adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, demonstrada no texto do parágrafo único de seu artigo 1º – que trata dos fundamentos da República e apresenta a seguinte redação: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Sua finalidade consiste em oferecer a eles subsídios e ferramentas para a defesa contra o arbítrio das autoridades estatais.

No Estado francês, outro foi o regime adotado. A Constituição francesa subordina a atuação do Poder administrativo à legislação, e não aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. A este Estado, Carré de Malberg atribui o nome de “Estado Legal”: se atrela a uma concepção política voltada para a organização fundamental dos poderes, subordinando a atuação administrativa ao Poder Legislativo, de forma que se encontra o Executivo acorrentado à lei, visto que só poderá atuar por permissão ou em execução de uma lei⁵. A autoridade administrativa não pode, portanto, agir de outra forma senão para assegurar a execução das leis, sendo o texto legislativo a fonte primária da legitimação de sua atividade.

Portanto, o Estado de Legalidade visa assegurar a supremacia da vontade da lei, subordinando o atuar administrativo aos seus ditames. De uma forma ilustrativa, pode-se dizer que – comparando a sistemática do Estado de Legalidade com o ideal iluminista que norteou a Revolução Liberal Burguesa francesa – houve a substituição do rei – *le roi* – pela lei – *le loi*. Vale dizer que vontade imperativa que, antes, era do rei, passou, a partir de 1789, a ser da lei.

3.3. O Sistema do Estado de Direito

A norma jurídica goza, no Estado de Direito, de uma amplitude específica. Aqui, os cidadãos não poderão suportar medidas administrativas que não sejam autorizadas pela legislação em vigor. Porém, a administração está subordinada a suas normas regulamentares e, também, às leis, sem, contudo, afastar-se do ideal de justiça. Portanto, o próprio legislador fica impedido, quando do exercício da atividade legiferante, de desconsiderar as regras gerais consagradas pela legislação existente⁶.

⁵ Cf. MALBERG, Raymond Carré de. *Op. Cit.*, item 164.

⁶ Cf. Idem, item 164, § 3º.

Traduzindo os ensinamentos de Raymond Carré de Malberg para uma perspectiva atual do direito, pode-se dizer que o Estado de Direito consagra o princípio da vedação ao retrocesso.

De acordo com o princípio supracitado, deve-se conferir à Constituição Federal a eficácia máxima, interpretando-se todo o ordenamento infraconstitucional conforme seus ditames. Canotilho explica que “deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência⁷”.

Desta feita, não pode haver colidência entre uma norma de elevada categoria – como são os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos – e outra norma de mesma categoria ou inferior. Tratando-se de normas hierarquicamente idênticas, sua interpretação deverá ser complementar, sistemática, a fim de que seja preservado o ideal Constituinte e a declaração de direitos dos cidadãos; sendo normas hierarquicamente diversas, deve prevalecer aquela que se localiza acima no plano legislativo, salvo se os direitos envolvidos são fundamentais – hipótese em que se deve considerar uma interpretação complementar e sistemática, buscando a efetividade e amplitude máximas do *Bill of Rights*. Canotilho assevera:

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reacionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. (...) O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa anulação pura e simples desse núcleo essencial.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2ªed. 1998.

*A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.*⁸

Portanto, o regime do Estado de Direito não funciona como fator que limita a atuação do Poder Executivo, quando edita atos e normas regulamentares. Constitui – e isso é o mais importante – barreira à atuação do próprio Poder Legislativo, responsável constitucional pela inovação do ordenamento jurídico. O ideal de justiça se faz presente, de forma que a própria lei, quando subsumida ao caso concreto, pode revelar-se injusta, devendo ser relativizada pelo aplicador – atividade constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário.

Dessa forma, não cabe dizer que o Estado de Legalidade contraria o Estado de Direito. Esta visa à consecução da estabilidade social e da segurança das relações jurídicas não através do enrigecimento da legislação, mas através da justiça das decisões, de forma que pode-se afirmar que não existe direito sem justiça, e não há justiça – por sua vez – sem justiça social. As normas jurídicas devem apresentar conteúdo justo. Porém, a dinamicidade das relações jurídicas intersubjetivas extrapolam o âmbito de aplicação da norma, de forma que sua aplicação deverá levar em conta os as condições específicas de cada caso concreto.

4. O Brasil sob a Ótica do Estado de Direito

Quando o cidadão brasileiro inicia a leitura do texto da *Magna Charta* de 1988, depara-se, de imediato, com a previsão de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito⁹. Porém, ao prosseguir na leitura do texto constitucional, encontrará, no inciso II do artigo 5º o princípio fundamental que dita “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em

⁸ Idem.

⁹ A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...). In BRASIL, Constituição Federal, 1988, artigo 1º.

virtude de lei”¹⁰. Adiante, nos incisos XXXV e XXXVI, deparar-se-á com o ensinamento de que, repectivamente, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”¹¹.

Ora, à primeira vista, uma interpretação pouco atenta da Constituição Federal pode levar o exegerta a conceituar o Estado Democrático de Direito como aquele que se funda no princípio da legalidade. E isso, no mais das vezes, não é diferente daquilo que os bacharéis em ciências jurídicas e sociais estão acostumados a ouvir de seus professores de graduação.

Exemplo dessa ótica se constata da leitura de artigo de autoria de Eugênio Couto Terra:

*No Estado Democrático de Direito a lei – em especial a Constituição -tem uma função transformadora. É da sua essência a instrumentalização da lei para que o vir-a-ser de uma sociedade justa, solidária, onde a promoção da dignidade humana seja a razão da própria existência do Estado, torne-se uma realidade.*¹²

Claro que não se pode dissociar o Estado de Direito do Estado de Legalidade. Afinal, a lei deve estar de acordo com o direito, a fim de que possa garantir a consecussão da almejada justiça. Porém, algumas relações jurídicas não podem se pautar exclusivamente nos ditames da lei, de forma que – porventura – injustiças possam vir a ser cometidas. Deve-se, portanto, dissociar – em algumas hipóteses – a lei da justiça, buscando o aplicador a solução mais justa a regular aquele determinado caso concreto.

No Brasil, alguns casos são emblemáticos. Por vezes, o Poder Judiciário fia-se ao estrito cumprimento do Estado de Legalidade, pugnando pela aplicação pura e simples da lei ao caso concreto, sem atentar-se aos princípios constitucionais centrais de Norma Fundamental. Agindo sob pretexto de

¹⁰ BRASIL, Constituição Federal, 1988, artigo 5º, II.

¹¹ Idem, artigo 5º, XXXV e XXXVI.

¹² TERRA, Eugênio Couto. **A idade penal mínima como cláusula pétrea**. Disponível em <http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/DOCTRINA/ARTIGO+EUG%CANIO++CL%C1USULA+P%C9TREA.HTM>. Acesso em 03 de dezembro de 2009.

garantir segurança jurídica, fazendo cumprir a lei, reduz a dignidade da pessoa humana, por vezes, a um fundamento secundário, e não como norma basilar de todo o sistema interpretativo constitucional.

Como primeiro exemplo consagrador do Estado de Legalidade aplicado à revelia do Estado de Direito, encontramos o instituto da usucapião especial urbana, presente no artigo 183 de nossa Constituição. Reza o dispositivo constitucional:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

É clara a presença de requisito objetivo fundamental no citado dispositivo legal: a aquisição do domínio de área urbana é limitado constitucionalmente a duzentos e cinquenta metros quadrados.

Porém, se, cumpridos os demais requisitos, a área objeto da pretensão usucapienda for infimamente superior à metragem constitucional? Deve o órgão judicial levar em consideração as particularidades de caso concreto, dando uma interpretação extensiva à norma da Lei Maior, ou aplicar indiscriminadamente a fria letra do dispositivo legal?

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao analisar litígio cujo objeto apresenta tal questão, manifestou-se no sentido de aplicar a estrita legalidade. A ementa do julgado é sintética:

USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL URBANO - MAIOR METRAGEM DA ÁREA USUCAPIENDA - ART. 183 DA CF QUE LIMITA A ÁREA DO IMÓVEL - IMPOSSIBILIDADE DE USUCAPIR APENAS PARTE DO BEM - AGRAVO RETIDO PROVIDO, EXTINTO O FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, PREJUDICADA A APELAÇÃO.¹³

¹³ Apelação com Revisão 3660684400. Relator: Francisco Casconi. Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado. Data de registro: 28/07/2005.

No caso acima colacionado, o magistrado de primeiro grau entendeu presentes os requisitos da usucapião constitucional urbana e julgou procedente o pedido.

Irresignado, o réu apelou da decisão, fundamentando seu recurso – dentre outros motivos – no fato de que houve desrespeito ao artigo 183 da Constituição Federal, uma vez que a metragem do imóvel objeto do litígio supera os duzentos e cinquenta metros quadrados, apresentando, no caso, trezentos e nove metros e sessenta centímetros quadrados.

O Sodalício bandeirante, por sua vez, reformou a sentença, fundamentando o *decisum* nos seguintes termos:

Equivocou-se o I. sentenciante posto que o artigo 183 da Constituição Federal é expresso ao impor requisito material para o deferimento da usucapião, verbis: “aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados...”
Observa-se da certidão juntada pelos próprios autores (fls. 20 e 20 vº), que o imóvel apresenta efetivamente área de trezentos e nove metros e sessenta centímetros quadrados, ou seja, superior ao limite constitucionalmente previsto. Inafastável a extinção do feito, sem julgamento do mérito, ante a carência de ação, por ausência de requisito essencial. (...)
*Sendo a área que os apelados pretendem usucapir maior que a exigida pelo artigo 183 da CF/88, inviável se torna a pretensão de obter o domínio de apenas duzentos e cinquenta metros quadrados a pretexto de atender exigência legal, pois seria o mesmo que referendar burla à referida disposição constitucional.*¹⁴

A posição de Benedito Silvério Ribeiro também é idêntica ao entendimento da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

O artigo 183 da Carta Maior fala em usucapião de área urbana de até duzentos e cinquenta metros. Essa extensão representa um tamanho máximo, fixado pelo legislador constitucional como suficiente à moradia do possuidor ou de sua família. (...)
Não fazendo o Diploma Constitucional distinção quanto à área usucapienda, se do solo urbano ou da construção, não sendo

¹⁴ Idem, voto nº 11.103.

*lícito ao intérprete distinguir, há entendimento de que não pode ser ultrapassado o limite de duzentos e cinquenta metros quadrados, seja para a área do solo, seja para a área construída, prevalecendo a que for maior dentro da limitação.*¹⁵

Ora, a Constituição não visa à proteção da propriedade daquele por ela desinteressado, que a abandona ou não cumpre com sua função social. Ademais, o Brasil apresenta relevantes índices de marginalidade e carência de moradia digna – outro direito social elevado à categoria de fundamental pela exegese do artigo 60, § 4º, IV, da Lei Maior¹⁶. Portanto, o aplicador do direito deve levar em conta as peculiaridades de cada caso, a fim de ampliar a abrangência da adequação típica da norma e garantir a efetividade do Estado de Direito.

A sensibilidade do julgador deve estar presente quando a sociedade o provoca em sua inércia para, de plano, decidir de forma justa. O desembargador Renato Nalini, também juiz do Sodalício paulista, ao confrontar-se com litígio envolvendo um bem público – constitucionalmente imprescritível, nos ditames do § 3º do artigo 183 da Constituição Federal¹⁷ – levou em consideração os mezinhos princípios e fundamentos constitucionais, relativizando o âmbito de abrangência da norma abstrata para garantir a consecussão do Estado de Direito. E assim decidiu:

¹⁵ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 3ª edição, vol. II. São Paulo: Saraiva. p. 908/909.

¹⁶ Decidiu o STF (grifos nossos a seguir): “O **inciso IV, do § 4º, do art. 60**, da Constituição do Brasil, veicula regra dirigida ao Poder Constituinte derivado, que é quem não deverá deliberar sobre proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais. (...) vale dizer não excluir do texto da Constituição qualquer dos direitos ou garantias individuais (...) mercê do que o Minsitro Carlos Ayres Brito chama de interpretação generosa ou ampliativa das cláusulas pétreas” (STF, Pleno, RE 3.105-8/DF, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. P/ acórdão Min. Cezar Peluso, voto do Ministro Eros Grau, decisão de 18-8-2004). O Ministro Marco Aurélio consignou que as garantias do **art. 60, § 4º**, aplicam-se aos direitos sociais: “Tivemos, Senhor Presidente, o estabelecimento de direitos e garantias de forma geral. Refiro-me àqueles previsto no rol, que não é exaustivo, do art. 5º da Carta, os que estão contidos, sob a nomenclatura ‘direitos sociais’, **no art. 7º** e, também, em outros dispositivos da Lei Básica Federal, isto sem considerar a regra do § 2º do art. 5º” (STF, Pleno, ADIn 937-7/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, decisão de 15-12-1993, DJ, 1, de 18-3-1994, p. 5165, trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, RTJ, 150:68). Disponível em < http://www.calvo.pro.br/artigos/jonatas_junqueira_mello/jonatas_mello_flexibilizacao_e_precarizacao.pdf>. Acesso em 04 de dezembro de 2009.

¹⁷ Constituição Federal, art. 183 (...). § 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PEDIDO LIMINAR C/C DEMOLITÓRIA E REPARAÇÃO DE DANOS CERCEAMENTO DE DEFESA POR AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DA DECISÃO QUE CONCEDEU A LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO NA POSSE E DEMOLIÇÃO DAS EDIFICAÇÕES - INOCORRÊNCIA - PRESENÇA, NO FEITO, DE MERA DETENÇÃO, A TORNAR DESNECESSÁRIA A NOTIFICAÇÃO - ALEGADA NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DOS OCUPANTES - DESCABIMENTO - PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL QUE FLEXIBILIZA O ART. 282, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - APELO DESPROVIDO NESTE PONTO AGRADO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PEDIDO LIMINAR C/C DEMOLITÓRIA E REPARAÇÃO DE DANOS - POSSE MANSA E PACÍFICA DO IMÓVEL POR MAIS DE 09 ANOS - INADMISSIBILIDADE INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 100 E 102 DO CÓDIGO CIVIL E 183, § 3º, DA CF/88 - O IMÓVEL EM LITÍGIO É BEM PÚBLICO AFETADO A USO ESPECIAL - GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - PRESENTE, NO FEITO, A MERA DETENÇÃO - AGRADO DESPROVIDO NESTE PONTO AGRADO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PEDIDO LIMINAR C/C DEMOLITÓRIA E REPARAÇÃO DE DANOS - AGRADO PARCIALMENTE PROVIDO APENAS PARA DILATAR O PRAZO PARA DESOCUPAÇÃO E DEMOLIÇÃO DAS EDIFICAÇÕES - INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ESTADO NÃO PODE, DE UM LADO, SER OMISSO NA PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE HABITAÇÃO A QUEM SE ENCONTRA EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL E, DE OUTRO, FAZER VALER SUA FORÇA ATRAVÉS DO CUMPRIMENTO QUASE IMEDIATO DE REINTEGRAÇÃO NA POSSE.¹⁸

Quando volta-se a temática a outro assunto polêmico – a união homoafetiva – se encontram decisões absolutamente contraditórias ao Estado de Direito.

Apesar de haver uma tendência de nossas Cortes Superiores em equiparar a união entre duas pessoas do mesmo sexo à entidade familiar prevista na Lei Maior – ante a ausência de previsão constitucional pelo Poder Constituinte Originário de 1988¹⁹ – não raro nos deparamos com opiniões

¹⁸ Agravo de Instrumento 9119025200. Relator: Renato Nalini. Comarca: Dois Córregos. Órgão julgador: Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Data do julgamento: 25/06/2009. Data de registro: 03/07/2009.

¹⁹ Constituição Federal, artigo 226: a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem

divergentes, amparadas no formalismo legislativo. Fecham os olhos aos fundamentos da República. Negam a dignidade humana aos semelhantes que, conviventes, buscam equiparação aos heterossexuais pelo simples fato de que a Constituição foi – em relação aos homossexuais – omissa e, como se isso fosse pretexto para tratar os iguais de forma desigual, surgem julgadores que discriminam sua condição humana e negam a efetividade do Estado de Direito.

A ilustrar o caso, colaciona-se a notícia abaixo:

*TJ-SP não reconhece união estável homossexual
Decisão contraria caso análogo julgado na Câmara
Na contramão do que a Procuradoria-Geral da República vem propondo ao Supremo Tribunal Federal, recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo negou recurso em que se pretendia o reconhecimento de união estável de dois homossexuais, quando "ambos tinham vivido como verdadeiro casal ao longo de nada menos do que vinte e um anos".²⁰
Como um deles havia falecido, não tendo ascendentes e descendentes, o companheiro sobrevivente requereu o reconhecimento da união estável e o direito à herança, com lavratura de escritura de imóvel em seu nome.
Por maioria, o recurso foi negado no último dia 17/6, em julgamento da Oitava Câmara de Direito Privado, contra o voto do relator sorteado, desembargador Caetano Lagrasta (que declarou voto). Da sessão também participou o desembargador Salles Rossi.
Do relator designado, Luiz Ambra: (...) "Entre pessoas do mesmo sexo, todavia, tenho para mim que a união estável não pode vir a ser reconhecida. Ao menos no atual estágio do ordenamento jurídico no país: em outras civilizações já se admite casamento -- mero desdobramento da estável união-- entre homossexuais. Décadas, aqui, levou para se admitir o divórcio".
"A Constituição Federal, ao tratar da união estável no artigo 226 § 2º, foi absolutamente clara no reconhecê-la 'entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'.
"Casamento, evidentemente, só se permite entre homem e mulher, bem por isso a união estável há que ter lugar 'entre o homem e a mulher, como entidade familiar'. Precede o casamento, que entre homossexuais simplesmente não poderá ser realizado".*

e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

²⁰ TJSP, Apelação Cível nº 643.179-4/0-00.

Em declaração de voto vencido, Caetano Lagastra lembrou que a Câmara "já apreciou caso análogo, admitindo a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável entre homossexuais, no julgamento unânime da Apelação Cível nº 552.574-4/4-00", da qual foi relator.

Ele afirmou que "no sentir da nova interpretação constitucional, furtar-se ao julgamento da questão proposta pelo autor afronta cláusulas pétreas da Constituição Federal, afastando-se o Poder Judiciário dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito".

Segundo o relator vencido, "é premissa do neoconstitucionalismo e do ativismo jurisdicional a aplicação imediata dos princípios constitucionais aos casos concretos, servindo-se o magistrado, dentre outros, do critério da Razoabilidade".

"Ressalte-se que o preâmbulo da Constituição Federal traz como princípios norteadores do Estado Democrático a liberdade e igualdade como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Estabelece no art. 3º, IV, como objetivo fundamental promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação".

"O interesse da questão se amplia, diante do crescente número de países estrangeiros --hoje, mais de 30-- que adotaram legislação reconhecendo as uniões homossexuais, dentre outros como Dinamarca, Suécia, Noruega, Islândia, Espanha, Grã-Bretanha e Alemanha".

"Em respeito aos princípios fundamentais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, não se pode negar o reconhecimento da união estável em razão da orientação sexual da pessoa", concluiu o relator vencido.²¹

Dessa forma, para a efetiva consecução do Estado de Direito, é necessária a realização de uma reforma judicial na medida em que os julgadores devem ser instruídos acerca da necessidade de se garantir a segurança jurídica resultante da aplicação das leis, porém, sem negar a justiça das decisões, uma vez que a legalidade nem sempre se reveste deste atributo. Só haverá Estado de Direito quando à lei aplicada for dada uma interpretação justa. E a interpretação somente estará impregnada de justiça quando, através da aplicação do direito ao caso concreto, o julgador for capaz de garantir a justiça social.

²¹ Disponível em <<http://www.intelectocampinas.com.br/noticia-detalhes.aspx?id=29>>. Acesso em 04 de dezembro de 2009.

5. Considerações finais

O Estado de Legalidade está previsto em nossa Constituição Federal, de forma que nossa Assembleia Constituinte consagrou a justiça como princípio basilar da estrutura da Federação brasileira.

O grande problema que envolve a temática consiste na aplicação indiscriminada da lei – que nem sempre se reveste de justiça – sem que se atente às peculiaridades de cada caso.

Ao subsumir a lei ao caso concreto, o aplicador do direito deve buscar a solução justa do litígio, sem focar-se exclusivamente nos ditames legais. Deve lembrar sempre que a lei, por vezes, está destituída do caráter de justiça, de forma que exige uma interpretação ampliativa e conforme a Constituição Federal, para que se enquadre no sistema legislativo e garanta a efetividade da justiça das decisões.

Nosso ordenamento nos brinda com vários métodos interpretativos – histórico, sistemático, lógico, teleológico e gramatical. Por vezes, devemos ousar interpretar o real sentido da lei, de forma que seja garantida a consecução dos ditames do Estado Democrático de Direito, que preza pelo caráter justo das decisões – e não pela norma gramatical que consta do dispositivo legal, carente de sensibilidade e justiça.

Com a preocupação do intérprete com a efetiva justiça das decisões, certamente estará assegurada a existência do Estado de Direito, de forma que o Estado de Legalidade servirá de elemento regulador e complementar de sua efetividade, elencando parâmetros mínimos de adequação típica, a fim de que possa o exegeta valer-se de todo o sistema jurídico, normativo e legislativo para garantir a efetividade da decisão justa como forma de obtenção da justiça social.

Referências Bibliográficas

BARROS, Sergio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas: Millenium, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 16 de novembro de 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2ª ed. 1998.

MALBERG, Raymond Carré de. **Contribution à la théorie générale de l'état**, t. I. Tradução de Sérgio Resende de Barros.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 3ª edição, vol. II. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TERRA, Eugênio Couto. **A idade penal mínima como cláusula pétrea**. Disponível em <http://jjj.tj.rs.gov.br/jjj_site/docs/DOCTRINA/ARTIGO+EUG%C3%A2NIO+-+CL%C3%A1USULA+P%C3%A9TREA.HTM>. Acesso em 03 de dezembro de 2009.