

AMAGIS JURÍDICA

Desembargadora Jane Ribeiro Silva
Juiz Gilson Soares Lemes
Diretores

AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

Ano 1 – Número 2 – jul./dez. de 2009



Belo Horizonte
2009

AMAGIS JURÍDICA

Diretoria Triênio 2007-2009

Juiz Nelson Missias de Moraes
Presidente

Desembargador José Antonino Baía Borges
Vice-presidente Administrativo

Desembargador Luiz Audebert Delage Filho
Vice-presidente Financeiro

Juiz Bruno Terra Dias
Vice-presidente de Saúde

Juiz Cláudio Manuel Barreto de Figueiredo
Vice-presidente de Aposentados e Pensionistas

Juíza Maria Luiza Santana Assunção
Vice-presidente do Interior

Juiz Maurício Torres Soares
Vice-presidente Sociocultural-Esportivo

Juíza Maria Aparecida de Oliveira Grossi Andrade
Diretora-secretária

Juíza Selma Maria de Oliveira Toledo
Subdiretora-secretária

Desembargador Herbert José de Almeida Carneiro
Diretor de Comunicação

Desembargadora Jane Ribeiro Silva
Diretora do Centro de Estudos da Magistratura

Juiz Luiz Guilherme Marques
Vice-diretor do Centro de Estudos da Magistratura

Diretores Culturais

Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes
Juíza Mariângela Meyer Pires Faleiro
Juiz Mauro Simonassi

Conselho Deliberativo

Desembargador Tibagy Salles Oliveira
Presidente

Desembargador J. Nepomuceno Silva
Vice-presidente

Juiz Michel Curi e Silva
Secretário

Assessores Especiais da Presidência

Desembargador Antônio Armando dos Anjos
Desembargador Tiago Pinto
Juiz Noelho Adelino Machado
Juiz Jayme Silvestre Corrêa Camargo

Conselho Editorial da Revista

Desembargadora Jane Ribeiro Silva
Diretora da Revista
Juiz Gilson Soares Lemes
Diretor da Revista
Desembargador Antônio Carlos Cruvinel
Desembargador Belizário Antônio de Lacerda
Desembargador Caetano Levi Lopes
Juiz Gilson Fonseca
Juiz Luiz Guilherme Marques
Juiz Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães
Juiz Maurício Torres Soares
Desembargador Wander Paulo Marotta Moreira

Coordenadora de Comunicação da Amagis

Lilian Bellotti – Mtb – MG: 7598

Jornalistas

Bruno Gontijo – Mtb-MG: 11008
Georgia Baçvaroff – Mtb-MG: 08441
Adriano Boaventura – Mtb-MG: 09181
Fernanda Marques – Mtb-MG: 12188

PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

CARLOS FREDERICO BRAGA DA SILVA

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Juiz de Direito de Belo Horizonte. Diretor de Cidadania e Direitos Humanos da Associação dos Magistrados Mineiros (Amagis)..... 1

CHRISTYANO LUCAS GENEROSO

Juiz de Direito em Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Fadivale/MG. Professor de Direito Penal no Curso de Direito da Universidade de Itaúna – campus Almenara9

DOORGAL GUSTAVO BORGES DE ANDRADA

Desembargador da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito – pela PUC Minas, “Jueces y Estado de Derecho” – Facultad de Derecho Universidad de Chile; Centro de Estudios de la Justicia Santiago / Chile; “Estudo Comparado sobre Previdência Social” LILLAS, University of Texas at Austin – Texas – EUA; “O Direito Norte-Americano” University of Florida (Levin College of Law) Gainesville / Flórida – EUA.21

ERNANE FIDELIS DOS SANTOS

Desembargador presidente da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Bacharel em Direito pela Uni-

versidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor titular aposentado de Direito Processual Civil da Universidade Federal de Uberlândia.....37

FERNANDO A. N. GALVÃO DA ROCHA

Juiz Civil do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG. Ex-Promotor de Justiça Especializado na Defesa do Meio Ambiente – Belo Horizonte.....45

FERNANDO HUMBERTO DOS SANTOS

Juiz de Direito em Minas e Mestre em Administração Pública pela UFSC.....77

HERBERT JOSÉ DE ALMEIDA CARNEIRO

Desembargador da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1985). Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especializado em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral e em Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Vice-presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça. Vice-presidente da Comissão Nacional de Penas e Medidas Alternativas do Ministério da Justiça..... 87

JANE RIBEIRO SILVA

Desembargadora da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e Direito Processual Civil e Penal e Processo Penal pelo Instituto de Direito do Rio de Janeiro. Professora na Faculdade de Direito do Sul de Minas e na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Minas Gerais97

LÚCIO URBANO SILVA MARTINS

Ex-presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Desembargador aposentado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Doutor em Setor de Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro efetivo do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais. Ouvidor-Geral do Estado de Minas Gerais..... 121

LUIZ AUDEBERT DELAGE FILHO

Desembargador da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Pós-graduado em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada / Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Ambiental pelo CAD – Universidade Gama Filho e curso “Formação de Formadores” – pela Escola Nacional da Magistratura Francesa – Paris e Bordeaux / França. Vice-presidente Financeiro da Associação dos Magistrados Mineiros (Amagis)..... 125

NEWTON TEIXEIRA CARVALHO

<http://lattes.cnpq.br/7135224852248500>

Mestre em Direito. Juiz de Direito da 1ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte. Professor de Direito de Família, Processo Civil e Coordenador de pesquisa da Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro do IBDFAM..... 157

NILSEU BUARQUE DE LIMA

Juiz da 14ª Vara Criminal de Belo Horizonte. Pós-graduado em Direito Público pela Fadivale/MG. Foi professor de Direito de Família e Direito Constitucional da Fadivale..... 171

NILSON REIS

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal

de Minas Gerais (UFMG). Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) 183

PAULO TADEU RODRIGUES ROSA

Juiz de Direito Titular da 2ª Auditoria Militar do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Público e Professor de IED na Academia de Polícia Militar de Minas Gerais 189

VITOR LUÍS DE ALMEIDA

Juiz de Direito do Estado de MG. Graduado e Especialista em Direito Público Municipal pela UNIMONTES. Professor Universitário e dos cursos de formação da PMMG 197

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	XI
EM BUSCA DA IGUALDADE MATERIAL ATRAVÉS DA ASSIMILAÇÃO DE PADRÕES DE ÉTICA NA APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS <i>Carlos Frederico Braga da Silva.....</i>	<i>1</i>
A ANÁLISE DA CULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL <i>Christyano Lucas Generoso.....</i>	<i>9</i>
A PRÁTICA DO “DIREITO PENAL DO AUTOR” NAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS DO MP DESAFIANDO AS GARANTIAS DEMOCRÁTICAS <i>Doorgal Gustavo Borges de Andrada.....</i>	<i>21</i>
CUMPRIMENTO DE SENTENÇA <i>Ernane Fidelis dos Santos.....</i>	<i>37</i>
PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL <i>Fernando A. N. Galvão da Rocha.....</i>	<i>45</i>
SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E PODER DE POLÍCIA <i>Fernando Humberto dos Santos.....</i>	<i>77</i>

PENAS ALTERNATIVAS: NOVOS HORIZONTES	
<i>Herbert José de Almeida Carneiro</i>	87
CONFLITO DE LEIS PENAIS NO TEMPO: LEI 11.343/06	
<i>Jane Ribeiro Silva</i>	97
ESTUDO DO DIREITO CANÔNICO	
<i>Lúcio Urbano Silva Martins</i>	121
O PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO AMBIENTAL	
<i>Luiz Audebert Delage Filho</i>	125
OS RECURSOS PROCESSUAIS EM DIREITO DE FAMÍLIA	
<i>Newton Teixeira Carvalho</i>	157
O FOCO DA LEI MARIA DA PENHA	
<i>Nilseu Buarque de Lima</i>	171
ÉTICA E MORAL	
<i>Nilson Reis</i>	183
PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA DO MILITAR ESTADUAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	
<i>Paulo Tadeu Rodrigues Rosa</i>	189
A VALIDADE DO INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA	
<i>Vitor Luís de Almeida</i>	197

APRESENTAÇÃO

Potencial reconhecido e valorizado

Ao final da nossa gestão, apresentamos, com a satisfação do dever cumprido, o segundo número desta Amagis Jurídica, confirmando sua inserção no debate técnico-jurídico pelo constante aperfeiçoamento intelectual e profissional e da prestação jurisdicional. Esta diretoria sempre apoiou e valorizou o potencial do magistrado mineiro, já reconhecido nacionalmente pela qualidade de suas decisões, razão pela qual registra, nesta revista, o pensamento e o elevado nível de uma formação construída na dedicação e vocação.

Mais do que um dever cumprido, temos a satisfação gratificante de uma conquista coletiva dos magistrados mineiros e da nossa Amagis, única e legítima representante da classe. A Amagis é dos magistrados, é construída pelos e para os magistrados, assim como esta publicação, que tem ultrapassado as fronteiras da classe, do tempo e do espaço, na busca permanente de uma Justiça mais humana e próxima da sociedade.

Sob a orientação de um qualificado conselho editorial, focamos nesta publicação temas que estão na órbita da agenda nacional como Direitos Humanos, Direito Penal, Penas Alternativas, Direito Canônico, Meio Ambiente, Videoconferência, entre outros.

Sem a pretensão de bater o martelo, estimulando a troca de ideias e a permanente formação dos magistrados e dos operadores do Direito, a Amagis Jurídica espera cumprir o seu papel ao apresentar esta contribuição.

Boa leitura!

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Nelson Missias de Moraes', with a stylized flourish at the end.

Nelson Missias de Moraes
Presidente da Amagis

1

EM BUSCA DA IGUALDADE MATERIAL ATRAVÉS DA ASSIMILAÇÃO DE PADRÕES DE ÉTICA NA APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Carlos Frederico Braga da Silva

1. INTRODUÇÃO

Este estudo propõe a assimilação racional de padrões éticos pela atividade estatal, e a sua conseqüente disseminação, utilizando-se a atividade de prestação jurisdicional como receptora e veículo de divulgação oficial de uma cultura da ética. Assim, ressalta-se a participação do Poder Judiciário no debate jurídico para concretizar os objetivos fundamentais da República. Tal abertura democrática exige dos juizes, no exame dos casos ligados aos direitos fundamentais, a observância de um raciocínio jurídico e de um padrão de linguagem que se pretenda universal, para que a jurisdição espraie os efeitos dela esperados na complexa, desigual e multifacetada sociedade liberal contemporânea.

Para tanto, abandone-se o apego formal a um sistema jurídico reconhecidamente patrimonialista, hermético, tendente à estagnação social e à concentração de privilégios. Lado outro, acrescente-se às decisões judiciais um raciocínio crítico orientado por um télos redutor das desigualdades.

2. DESENVOLVIMENTO

Os instrumentos jurídicos *realizadores e limitadores* do entendimento sugerido, que fornecem aos juízes as razões necessárias a fundamentar o método de trabalho proposto, são o texto da Constituição da República Federativa do Brasil, as normas da ONU listadas no decorrer do estudo, o Código de Conduta Judicial de Bangalore, também publicado pela ONU, e o Código de Ética da Magistratura Nacional.

No preâmbulo da Carta das Nações Unidas está afirmado que os povos das Nações Unidas reafirmam a sua fé *nos direitos fundamentais do homem*, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas. No art. 1, item 3, está escrito também que um dos propósitos das Nações Unidas é conseguir uma cooperação internacional para promover e estimular o respeito *aos direitos humanos e às liberdades fundamentais* para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos prescreve, no seu art. 10º que toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja *equitativa* e publicamente julgada por um *tribunal independente e imparcial*.

Lado outro, no que tange à ordem doméstica, o texto do art. 3º da Constituição estabelece que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – *construir* uma sociedade livre, justa e solidária; II – *garantir* o desenvolvimento nacional; III – *erradicar* a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – *promover* o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Registre-se que os objetivos se iniciam com um verbo transitivo, *de ação*, determinando aos Órgãos do Poder, dentre eles o Judiciário, a agir em prol da igualdade. Os dispositivos transcritos privilegiam a realização do *bem comum*, livrando-se do exacerbado individualismo do início do século XX, quando o direito privado atingiu o seu ápice no Brasil. Assim, reconhece-se a tendência constitucional de se incrementar a ordem pública, ambiente adequado ao pleno desenvolvimento da condição humana.

Aristóteles ensinou que a noção de estado é naturalmente anterior à de família ou à de indivíduo, uma vez que o todo deve necessariamente anteceder as partes. Por outro lado, a justiça é que aproxima os homens do Estado; pois a administração da justiça, que consiste em determinar o que é justo, é o princípio da ordem na sociedade política (*Política*, 1253a, 25-40).

Nada obstante, a evidência empírica incontrovertidamente revela que os direitos e garantias fundamentais constantes da Lei Maior, assim como os previstos nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos subscritos pelo Brasil, não têm se revelado capazes de alterar a excessiva desigualdade social: ainda não surtiram os efeitos que decorreriam da observância voluntária das regras jurídicas. O Brasil tem um longo caminho a percorrer no que tange a assegurar a dignidade do ser humano.

Além disso, os processos judiciais tradicionais, mesmo os coletivos, por imperativo legal somente produzem efeitos restritos aos sujeitos da relação processual. Conseqüentemente, não têm como ser os instrumentos viabilizadores da já constitucionalmente decidida necessidade de transformação nacional, uma vez que regularmente não detêm as propriedades imprescindíveis ao reconhecimento de ampla coercitibilidade às normas de direitos fundamentais. Acrescento, ainda, que na grande maioria das vezes o que está no mundo não está nos autos; dessa forma, fora do espectro da atuação rotineira do Poder Judiciário.

Assim, a proposta é que os Órgãos do Poder Judiciário, quando do oferecimento da prestação jurisdicional relacionada a direitos fundamentais, não se prendam a uma limitada análise atomista, mas insiram argumentos críticos sobre a necessidade de consecução dos objetivos fundamentais antes mencionados, consagrando-se uma visão holística na apreciação da lide e contribuindo para a formação de uma cultura ética oficial.

Isto porque as decisões judiciais, assim como os demais documentos oficiais do Estado, condensam e divulgam o conteúdo da cultura jurídica, bem como indutivamente revelam princípios aptos a solução das demandas.

Ressalte-se que as liberdades civis clássicas não se encontram mais tão ameaçadas no Brasil; porém, a precarização dos direitos econô-

micos e sociais passa a ser um motivo de procura do judiciário, o que significa que a litigação tem a ver com culturas jurídicas e políticas, mas tem a ver, também, com um nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentam essa aplicação¹. Boaventura de Sousa Santos também afirma que o Judiciário tem sempre um papel político. Mesmo, quando não quer assumir esse papel, sobretudo quando não quer assumir. É um papel altamente político desmoralizar o acesso ao direito. Ficar distante das populações². Ou seja, o Juiz que se abstém de enfrentar o debate e de contribuir ao discurso racional oficial, sob o argumento de que não ocupa cargo eletivo nem tem legitimidade democrática, em verdade, está assumindo a conservadora função de manutenção do modelo de dominação predominante em determinado momento histórico. Ora, se existe concentração de renda, de Poder ou de informação, não pode o Magistrado ficar insensível à agudeza da desigualdade. Os objetivos fundamentais da República têm de ser atingidos, pois não há opção válida diferente da constitucional.

Ainda, a omissão estatal no plano socioeconômico autoriza a responsabilização dos (ag)entes políticos, por omissão inconstitucional, porquanto eles têm o dever jurídico constitucional de agir. Assim, quando supre a omissão, o Juiz apenas atua supletivamente, agindo provisória e secundariamente onde não se agiu³. A ineficiência do Poder Judiciário, ao deixar de enfrentar a matéria e de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, é que poderia, ao menos em tese, contribuir para uma crise de legitimidade⁴. O eminente Ministro Celso de Mello, no voto proferido no RE 466.343, esclareceu:

(...) o Juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados no direito das gentes. Assiste, desse modo, ao Magistrado, o de-

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para Uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2. Edição, 2008, p. 16/17.

² Idem, p. 100.

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 334.

⁴ *Id*, p. 349.

ver de atuar como instrumento da Constituição – e garante de sua supremacia – na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular. É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.

A seriedade da restauração, pela Justiça, dos direitos fundamentais violados, está devidamente dimensionada nos Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, elaborados pelo Grupo de Integridade Judicial, constituído sob os auspícios da Organização das Nações Unidas. Conforme o anteprojeto⁵ sua elaboração teve por objetivo “debater o problema criado pela evidência de que, em vários países, em todos os continentes, muitas pessoas estavam perdendo a confiança em seus sistemas judiciais, por serem tidos como corruptos ou parciais em algumas circunstâncias”.

Afirmou-se, ainda, que se aos jurisdicionados lhes falta a confiança em sua Justiça, restará ferido o próprio Estado democrático de Direito, cujo fundamento é a aplicação, a todos os atos e atores sociais, de leis e regras preestabelecidas. Destaque-se o princípio que estabelece que competência e diligência são pré-requisitos da devida execução do ofício judicante⁶, bem como que o juiz deve manter-se informado sobre acontecimentos relevantes na lei internacional, incluindo convenções internacionais e outros instrumentos estabelecendo normas sobre direitos humanos⁷.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça exorta todos os juízes brasileiros à fiel observância do Código de Ética da Magistratura Na-

⁵ Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial/Escritório Contra Drogas e Crime; tradução de Marlon da Silva Maia, Ariane Emílio Kloth – Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

⁶ Princípio 6.

⁷ Princípio 6.4.

cional⁸. Nos seus considerandos foi afirmado que a adoção de Código de Ética da Magistratura é instrumento essencial para os juízes incrementarem a confiança da sociedade em sua autoridade moral, bem como que referido Código traduz compromisso institucional com a excelência na prestação do serviço público de distribuir Justiça e, assim, mecanismo para fortalecer a legitimidade do Poder Judiciário. Registre-se, ainda, a afirmação de que é fundamental para a magistratura brasileira cultivar princípios éticos, pois lhe cabe também função educativa e exemplar de cidadania em face dos demais grupos sociais. O art. 32 do Código estabelece que o conhecimento e a capacitação dos magistrados adquirem uma intensidade especial no que se relacionam com as matérias, as técnicas e as atitudes que levem à máxima proteção dos direitos humanos e ao desenvolvimento dos valores constitucionais.

3. CONCLUSÃO

No Brasil, há uma distância abissal entre a letra das normas constitucionais de direitos fundamentais e a realidade. O eminente ministro BRITO, citando LOURIVAL VILANOVA, explica que o Poder Judiciário cumpre uma função política, porém com necessária fundamentação técnica ou jurídica, ao interpretar e aplicar a Constituição, inclusive na perspectiva da demarcação dos espaços de legítima atuação dos Poderes⁹. Assim, é imprescindível um discurso judiciário de concretização dos direitos fundamentais, porque se trata de importante dever do corpo técnico criado pela Constituição para zelar pela observância do ordenamento jurídico.

Em se tratando da dignidade *das pessoas humanas*, a neutralidade do juiz é uma impossibilidade jurídico-antropológica e não equiva- le à imparcialidade. Ora, diante da quadra que se apresenta, impor a inação ao magistrado no debate político-cívico significa, em verdade, manter odiosos privilégios e condenar os menos favorecidos a não desfrutar dos direitos fundamentais, consagrando a omissão inconstitucional.

⁸ Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337; publicado no DJ, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008.

⁹ STF, MS 26.603-1 DF, 04/10/2007.

Por causa da generosidade da nossa Constituição, atente-se que o Poder Judiciário não deveria se furtar a apreciar os casos ligados às omissões inconstitucionais na concretização de direitos fundamentais. Para se guiar durante o processo decisório, basta ao Juiz mirar a luz das disposições da Lei Maior que afirmam, literalmente, quais são os fundamentos, os objetivos e as prioridades da República Federativa do Brasil.

Isto porque a força do poder de julgar reside na autoridade de sua prestação jurisdicional, que deve, sim, ser ativa e altiva, corajosa, independente e serena. Nesse sentido, quando chamado a decidir sobre direitos fundamentais, e percebendo a necessidade de entregar um raciocínio de convencimento, o juiz não pode fugir à responsabilidade de *construir, garantir, erradicar e promover*. Não é preciso grande investimento de raciocínio para concluir que todos esses verbos ao mesmo tempo, mais de um ou pelo menos um sempre se podem encontrar no ato judicial consciente. Se o juiz se esquivar de os aplicar, quando as circunstâncias os impõem, o que estará fazendo, sob o pretexto de não incorrer em ativismo, é fugir aos seus deveres de garante da justiça e agente de promoção do bem-comum (João Baptista Villela).

Assim, o debate judiciário contribuirá para a assimilação cultural e antropológica de uma decisão política fundamental já adotada constitucionalmente, mas não aplicada concretamente em toda a sua inteireza lógica. Quando a criação do novo está em jogo, resignar-se ao provável e ao exequível é condenar-se ao passado e à repetição. No universo das relações humanas, o futuro responde à força e à ousadia do nosso querer¹⁰. Dessa maneira, para exponencializar o efeito transformador dos direitos fundamentais, sugere-se à função jurisdicional assimilar o *discurso ético-constitucional*. Tal atitude deflagra o dever de modificação da realidade e reconhece à linguagem ética a condição de requisito indispensável à validade da política pública judiciária de concretização do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

¹⁰ GIANETTI, Eduardo. *O Valor do Amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 277.

2

A ANÁLISE DA CULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

Christyano Lucas Generoso

1. INTRODUÇÃO

Dentre as várias tarefas reservadas ao magistrado por ocasião da prolação da sentença penal condenatória, uma das que ensejam mais equívocos ou debates é a respeito da análise da culpabilidade, como circunstância judicial, por ocasião da dosimetria da pena.

O trabalho da dosimetria da pena é, de certo modo, complexo, sendo realizado em três fases, sempre obedecendo aos ditames legais e, principalmente, à determinação constitucional de fundamentação das decisões. Para tanto, o artigo 59 do Código Penal traz oito circunstâncias que devem ser analisadas pelo magistrado para a fixação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, levando sempre em consideração os fins da pena, quais sejam: a reprovação e prevenção do delito. Essas circunstâncias são a baliza a ser observada pelo magistrado para fazer a pena se fixar em certo ponto dentro do máximo e do mínimo da pena cominada em abstrato.

Sete dessas circunstâncias – antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima – quando não são autoexplicativas, são de fácil compreensão, não necessitando de grande aprofundamento jurídico.

Todavia, tal não acontece com a primeira circunstância, a culpabilidade, cujo conceito não é de imediata compreensão. O que enten-

der por culpabilidade nesta ocasião? O que analisar a este respeito, na primeira fase da dosimetria da pena?

O objetivo deste artigo é lançar luzes sobre o tema, contribuindo assim para sua elucidação e compreensão, o que acarreta no melhor manejo dessa circunstância e, conseqüentemente, a uma pena mais justa e que cumpra o seu fim.

2. A CULPABILIDADE – HISTÓRICO E FUNÇÕES

A culpabilidade é o juízo de reprovabilidade da conduta. É, como ensina Luiz Regis Prado¹, “um juízo de censura ou de reprovação pessoal endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo”. Referido mestre arremata a sua definição, explicando que “Trata-se de uma culpabilidade pelo fato individual, que repousa sobre a conduta do autor, e não uma culpabilidade pela conduta de vida – de caráter ou de autor”.

Quando se diz que tal pessoa é culpada por tal fato, o que se está fazendo é um juízo de desvalor, de reprovabilidade, a respeito da conduta da referida pessoa. Constitui-se em tema de grande debate do Direito Penal. Todavia, seu advento abriu uma nova era no campo penal, uma era em que passou a vigor o princípio *nullum crimen sine culpa*. Nos dizeres de Francisco de Assis Toledo²:

Não se pode apontar com exatidão o momento histórico em que tal fenômeno ocorreu, mesmo porque a história do direito penal está marcada de retrocessos. Fora de dúvida, porém, é que, a partir de então, se começa a construir a noção de culpabilidade, com a introdução, na ideia de crime, de alguns elementos psíquicos, ou anímicos – a previsibilidade e a voluntariedade – como condição da aplicação da pena criminal – ‘*nullum crimen sine culpa*’.

Na antiguidade, não havia indagação a respeito de culpa. Uma pessoa era responsabilizada pelo simples motivo de estar causalisticamente ligada ao fato lesivo. Com o decorrer dos tempos, percebeu-se a necessidade de se indagar se o autor queria ou aos menos poderia prever a ocorrência do evento. Assim, originou-se a *Teoria psicoló-*

¹ *Curso de direito penal brasileiro*. V.1. Parte Geral. 3. ed. Saraiva, p. 342.

² *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. Saraiva, 1994, p. 219.

gica da culpabilidade. Para ela, a culpabilidade era a ligação subjetiva entre o fato delituoso e seu autor. Essa teoria, não obstante trazer avanços, não explicava algumas questões, tais como a responsabilização em caso de culpa inconsciente ou a inexistência de punibilidade em caso de coação irresistível, dentre outros casos.

Surgiu posteriormente a *Teoria psicológico-normativa da culpabilidade*, também chamada de teoria normativa, decorrente do Neokantismo. Por essa teoria, a culpabilidade passou a ser um juízo de reprovação do autor da conduta. Para tanto, além do vínculo subjetivo entre o autor e o fato, passa a ser necessária a exigibilidade de uma conduta conforme o direito, ou seja, que, no caso específico, fosse exigido do autor do fato agir conforme determinam as normas.

Com o advento do finalismo, o dolo e a culpa passaram a integrar a própria conduta, que passou a ser entendida como a ação ou omissão sempre voltada a uma finalidade. Sendo assim, eles deixaram de integrar o conceito de culpabilidade, dando origem à *Teoria normativa pura da culpabilidade*, segundo a qual esta é o puro juízo de reprovabilidade da conduta praticada, que deve ser aferido de acordo com os elementos da culpabilidade: imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

A culpabilidade possui duas funções. A sua primeira função é servir como fundamento da pena. Como tal ela é pressuposto para que a pena seja aplicada ao autor de um fato típico e ilícito. É a possibilidade de o autor ser reprovado. Ela determina, assim, a possibilidade de atribuição de uma pena. É o terceiro elemento que complementa o conceito de crime. Portanto, como a tipicidade e a ilicitude, a culpabilidade é, nos dizeres de Cezar Roberto Bitencourt³ “um predicado cujo substantivo é a conduta humana”.

A segunda função da culpabilidade é a determinação, medição ou limitação da pena. Aqui, a culpabilidade não é o fundamento da pena, e sim o seu limite. Significa, portanto, que ninguém pode receber uma pena além de sua culpabilidade, além da censurabilidade de sua conduta. Fernando Capez⁴ a denomina como “grau de culpabilidade”, um

³ *Tratado de Direito Penal*, V. 1 – Parte Geral – 8. ed. p. 278.

⁴ *Curso de Direito Penal*. V.1 – Parte Geral. 12. ed. p. 451.

autêntico “critério de dosagem da quantidade da pena a ser aplicada”, um fator orientador da dosimetria da pena.

É justamente esta segunda função a exercida pela culpabilidade no art. 59 do Código Penal. Ao se analisar tal circunstância judicial, deve-se ter em mente que o fim de tal análise é a medição, a limitação da pena.

3. A CULPABILIDADE COMO LIMITE DA PENA: O QUE ANALISAR?

Como já mencionado, a culpabilidade, como fundamento e elemento do crime, não se confunde com a culpabilidade a ser examinada por ocasião da fixação da pena-base, conforme o comando do art. 59 do Código Penal.

Esta diferenciação deve ser levada em mente no momento da análise desta circunstância judicial. Nesta ocasião, a conclusão a respeito da existência do crime já terá ocorrido. Portanto, a existência da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade (como fundamento da pena) já terá sido feita.

No primeiro momento, o magistrado analisou se a culpabilidade ocorreu, através da existência de seus elementos. Com uma constatação positiva, juntamente com os demais elementos, constata-se a existência de um delito.

Posteriormente, já na fase de aplicação e dosagem da pena, o magistrado passa a verificar não a existência da culpabilidade, mas a sua graduação, para se chegar ao limite justo da pena. Cezar Roberto Bitencourt⁵ menciona que nesta fase, a culpabilidade, assim como as demais circunstâncias judiciais:

Não são efetivas ‘circunstâncias do crime’, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base.

Como tal, a culpabilidade deve ser aferida através da reprovabilidade da conduta do agente. É o grau de censura da ação ou omissão do mesmo. Esta função é clara no item 50 da exposição de motivos da

⁵ Ob. citada, p. 553.

Lei n. 7.209/84, que justificou a mudança dos termos “intensidade do dolo” ou “grau da culpa” por “culpabilidade”, uma vez que a censura é que é graduável. Ney Moura Teles⁶ leciona que:

A responsabilidade dos indivíduos pelos fatos da vida é mensurável, graduável, cada qual merecendo, de quem julga os seus comportamentos, maior ou menor grau de censura. Isto é culpabilidade.

Como fundamento da pena, a sua presença é imprescindível para a própria existência do crime. Já como limite da responsabilidade penal, a sua graduação é que se eleva como conceito de importância. Fernando Capez⁷ demonstra esta diferenciação, ao lecionar que:

(...) todos os culpáveis serão punidos, mas aqueles que tiverem um grau maior de culpabilidade receberão, por justiça, uma apenação mais severa.

Mas, o que analisar para se aferir esta graduação na reprovabilidade da conduta do agente? É de se lembrar que as circunstâncias judiciais são limites à discricionariedade jurisdicional, são balizas a serem utilizadas pelo magistrado para mover, objetivamente, a pena entre os limites máximo e mínimo da pena. Assim, não estão sob o livre subjetivismo judicial, devendo sua análise ser devidamente fundamentada, sob pena de infringência do princípio de fundamentação das decisões, determinado pelo art. 93, IV, da Constituição Federal.

Em primeiro lugar, a referida graduação pode ser aferida através da análise de dois dos elementos da culpabilidade: o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Não se fala aqui em imputabilidade, pois a sua existência é imprescindível para a própria existência do crime, sendo que, se for mitigada, acarretará não em uma menor pena-base, mas em uma diminuição da pena, já na terceira fase da dosimetria, como determina o art. 26, parágrafo único, do Código Penal.

A consciência ou potencial conhecimento da ilicitude pode ser graduada. Assim, será ela exarcebada ou mitigada de acordo com

⁶ *Direito Penal* – Parte Geral. V.1. 2. ed. Atlas, p. 362.

⁷ Ob. citada, p. 451.

o grau de escolaridade do autor, sua condição social ou ainda pelo grau de domínio ou conhecimento que possua sobre as consequências de sua conduta. Apenas se ressalva a possibilidade do agente ter cometido o delito por erro de proibição evitável, ocasião em que poderá receber diminuição da pena, o que será analisado por ocasião da terceira fase da dosimetria, como dispõe o art. 21, *in fine*, do Código Penal.

A exigibilidade de conduta diversa talvez seja o melhor elemento de aferição da censurabilidade da conduta do agente. Ela deve ser verificada levando-se em consideração, como ensina Juliana de Andrade Colle⁸, “as características pessoais do agente dentro do exato contexto de circunstâncias fáticas em que o crime ocorreu”. Quanto maior a exigibilidade de outra conduta, maior a reprovabilidade da conduta realizada pelo agente.

4. A CULPABILIDADE COMO LIMITE DA PENA E A ANÁLISE DO DOLO E DA CULPA

Uma questão interessante a ser esclarecida é a possibilidade ou não do uso dos elementos subjetivos para a análise da censurabilidade da conduta. Como já mencionado, com o advento do Finalismo, o dolo e a culpa passaram a integrar a conduta. Assim a culpabilidade, deixando de ser um liame subjetivo entre o autor e o resultado, passou a ser um mero juízo de reprovabilidade.

Em um primeiro momento, pode-se chegar à conclusão de que é defesa a análise dos elementos subjetivos nesta fase da dosimetria, uma vez que os mesmos são parte integrante do tipo. Este fato é ainda amparado pela própria substituição, na nova Parte Geral do Código Penal, dos conceitos de intensidade de dolo e grau de culpa pelo de culpabilidade.

No entanto, a mudança de termos não significa a impossibilidade de analisar-se a intensidade do dolo e o grau de culpa do autor. É de se ter em mente que a mudança se justificou, tal como descreve a exposição de motivos, pois é a censura que é graduável. No entanto, para

⁸ Artigo “Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena”. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 572, 30 jan. 2005.

se analisar o grau de censura, através da culpabilidade, a intensidade do dolo e o grau de culpa poderão ser utilizados, posto que estes, apresentando intensidades e graus diferentes a cada caso concreto, auxiliam no trabalho de graduação.

Não obstante alguns autores entendam que o dolo e a culpa, por serem elementos anímicos, não são graduáveis – ou estão presentes ou não – é certo que a vontade de realizar determinado fato ou de não observar o dever de cuidado pode ter intensidade e graus diferentes. Por exemplo, o dolo premeditado é diferente do dolo advindo de um delito passional. Estas diferenças são mensuráveis diante do caso concreto e, portanto, podem ser utilizadas para auxiliar na graduação da censurabilidade da conduta.

Este entendimento vem sendo citado por alguns autores, não obstante reconheça-se que existem entendimentos em contrário. Júlio Fabbrini Mirabete⁹ assim menciona a respeito da utilização da intensidade do dolo e do grau da culpa:

A expressão agora utilizada não afasta a consideração do elemento subjetivo do delito na fixação da pena. Um dolo mais intenso ou uma culpa mais grave são índices precisos de que a conduta é mais censurável. A intensidade do dolo refere-se à pertinácia ou, ao contrário, à pouca disposição em perseguir a intenção criminosa. (...) O grau da culpa (grave, leve ou levíssimo) funda-se na maior ou menor previsibilidade do resultado lesivo e nos cuidados objetivos exigíveis do agente, denunciando, por conseguinte, a maior ou menor censurabilidade da conduta culposa.

Da mesma forma Cezar Roberto Bitencourt¹⁰:

O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal – na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação – pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura.

⁹ *Manual de direito penal* – Parte Geral. V.1. 19. ed. Atlas, p. 293.

¹⁰ Ob. citada, p. 554.

E Fernando Capez¹¹:

Do mesmo modo, o dolo e a culpa integram o fato típico, sendo elementos inseparáveis da conduta. Não poderiam, por essa razão, jamais atuar na fase de fixação da pena, pois sua existência é pressuposto para que haja fato típico. No entanto, o grau de culpa e a intensidade do dolo importam na quantidade de pena que será atribuída ao acusado. Em outras palavras, todos que agem com dolo ou culpa cometem crime doloso ou culposo, mas, dependendo da intensidade dessa culpa ou desse dolo, a pena será mais ou menos branda.

Veja-se também um julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, entendendo pela possibilidade de análise da intensidade do dolo:

PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. CONDUTA SOCIAL. PROCESSO EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MORTE DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO PRÓPRIO TIPO. COMPORTAMENTO NEUTRO DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE DE AUMENTAR A SANÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Justifica-se o acréscimo da reprimenda em razão da culpabilidade se foi apontada concretamente a maior reprovabilidade da conduta do paciente, que agiu com dolo intenso, utilizando dois revólveres e disparando nove tiros contra a vítima.¹²

Portanto, na análise da culpabilidade, não se fala em dolo ou culpa, cuja existência é pressuposto para que haja o delito. Mas, o grau de culpa ou a intensidade do dolo influem na quantidade de pena que deve ser atribuída ao autor do fato delituoso, podendo ser utilizados para a graduação da culpabilidade. Aqui deve ser esclarecido o conhecimento, por parte do magistrado, de que o dolo e a culpa integram o tipo, e que a sua graduação é que está sendo utilizada como um dos critérios para a mensuração da censurabilidade da conduta.

¹¹ Ob. citada, p. 451.

¹² STJ – HC n. 83066/DF – Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 14.09.2009.

5. A CULPABILIDADE COMO LIMITE DA PENA: O QUE NÃO FAZER

Necessários são também alguns esclarecimentos a respeito de práticas comuns, mas que devem ser evitadas na análise da culpabilidade como circunstância judicial. Em primeiro lugar, não se pode, nesta fase, analisar a existência dos elementos da culpabilidade. Cezar Roberto Bitencourt¹³ menciona ser “rematado equívoco, frequentemente cometido no cotidiano forense”, a afirmação de que “o agente agiu com culpabilidade, pois tinha a consciência da ilicitude do que fazia”. Tal é uma autêntica análise da culpabilidade como fundamento da pena.

A existência dos elementos da culpabilidade já é certa por ocasião da dosimetria da pena, como já mencionado.

Também, dada importância da culpabilidade e à complexidade do trabalho, a mesma não pode ser fundamentada com expressões vazias e simplórias, que não analisam efetivamente a circunstância, tais como “culpabilidade mínima”, ou “grave”, ou “intensa”. Estas expressões devem ser acompanhadas dos motivos pelos quais elas são utilizadas. Vale dizer, o porquê a culpabilidade foi considerada dessa ou daquela intensidade.

Também não se pode analisar na culpabilidade elementos que fazem parte de outras circunstâncias que já foram ou serão analisadas, ou ainda que constituam ou qualifiquem o delito. Esta prática acarreta em dupla penalização pelo mesmo motivo, contrariando o princípio do *Nom bis in idem*, que proíbe a análise de uma mesma circunstância para agravar mais de uma vez a pena.

Ainda não se pode analisar a culpabilidade de forma desfavorável ao autor do delito, levando-se em consideração a reprovabilidade normal da conduta. Uma maior reprovabilidade só se justifica com um fundamento concreto que demonstra um fato anormalmente censurável. A simples prática da conduta não pode induzir a uma consideração desfavorável dessa circunstância, pois cada conduta delituosa já possui a sua própria censurabilidade normal.

¹³ Ob. citada, p. 553.

6. CONCLUSÃO

Conclui-se, assim, que a culpabilidade, como circunstância complexa que é, base do moderno direito penal e limite da pena, deve ser analisada com todo o cuidado e serenidade, para se garantir uma pena justa e dentro dos limites merecidos pelo autor do delito.

Para tanto, não se deve perder de vista que a culpabilidade significa reprovabilidade, censurabilidade da conduta do agente que, nas circunstâncias judiciais, deve ser analisada segundo o seu grau, para se concluir se o agente merece ou não maior reprovação pela sua conduta, o que ensejará ou não uma maior penalização.

Analisa-se, portanto, o grau da censurabilidade, a partir do grau da consciência ou do potencial conhecimento da ilicitude, pelo grau de exigibilidade de outra conduta, sempre levando-se em consideração não só elementos pessoais, mas fáticos da situação, inclusive intensidade do dolo ou grau da culpa.

Deve-se evitar a análise de tal circunstância com expressões vagas, equivocadas, sem fundamentação ou fundamentadas em fatos que já foram ou serão analisados para a dosimetria da pena.

Sobretudo, deve ser levado em consideração que o alvo da análise é uma vida humana, que merece o respeito e a imposição de uma pena justa, nos limites de sua culpabilidade, nem mais, nem menos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte geral*. V.1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – Parte geral*. V. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COLLE, Juliana de Andrade. *Crítérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 572, 30 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232>>. Acesso em: 13 out. 2009.

GRECO, Rogério Greco. *Curso de direito penal – Parte geral*. V. 1. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006.

JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Sentença Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – Parte geral*. V.1. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. V. 1 – Parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCHIMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2008.

TELES, Ney Moura. *Direito penal – Parte geral*. V. 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

3

A PRÁTICA DO “DIREITO PENAL DO AUTOR” NAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS DO MP DESAFIANDO AS GARANTIAS DEMOCRÁTICAS

Doorgal Gustavo Borges de Andrada

Longe se ser apenas uma controvérsia processual e constitucional, a duvidosa possibilidade legal do MP proceder investigações criminais, sem que percebamos, é matéria que nos obriga e remete ao estudo da evolução do direito penal e sua prática desde os regimes totalitários e que deve ser visto também sob a ótica humanista e ética.

Nos parece também desafiar um estudo maior dos Direitos e Garantias Fundamentais inscritos na Carta Magna de 1988, pois quase criam um modelo de processo penal/penal inexistente por legislação, ofendendo estrita previsão legal própria da área do direito criminal.

Vale ainda ressaltar que – no nosso modesto entendimento – a denominação de Procedimento Investigatório (adotado pelo MP) materialmente equivale ao Inquérito Policial, pois visam o mesmo objetivo. Portanto, legalmente são similares e sinônimos.

Diz a lei que, tão logo o Ministério Público (também o Juiz) tenha conhecimento de fatos, em tese criminoso, por força do artigo 129, da Constituição Federal (prevê as funções institucionais do *parquet*), deve requisitar à autoridade policial a instauração de inquérito, na forma do CPP.

Noutra linha, o nosso sistema judicial-criminal concentra toda a investigação criminal nos órgãos de segurança pública, como a polí-

cia civil e a polícia federal, tudo em conformidade com o artigo 144, incisos I e IV, da Carta Magna. Ou seja, somente o Poder Executivo, através de seus órgãos, tem autorização do constituinte para investigação penal no Brasil.

Assim, diz a Constituição Federal:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado (...) através dos seguintes órgãos:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

§ 4º – às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (grifamos)

Visto, portanto, que o poder de investigação penal com o Ministério Público usurpa a função exclusiva do Poder Executivo de exercer a segurança pública, furtando a investigação do controle do Poder Judiciário.

A Constituição Federal trouxe os limites de atuação do Ministério Público em seu artigo 129, VIII. *In verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

VIII – requerir diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; (grifamos).

Outra agravante é que o MP ao iniciar um Procedimento Administrativo Investigativo com força de Inquérito Policial sequer obedece às regras do Código de Processo Penal afetas ao Inquérito Policial, pois, via de regra, não interroga o réu e nem solicita ao juiz a prorrogação do prazo para a investigação, conforme artigo 10, parágrafo 3º, do CPP.

A DEMOCRÁTICA TRIPARTIÇÃO DE PODERES

O texto constitucional e a lei processual foram sábios ao não dar o poder de polícia e atribuições de investigação ao Ministério Público, pois, a tripartição de poderes no Brasil é muito clara, diferentemente dos países parlamentaristas, nos quais não há uma nítida divisão de poderes.

A centenária tradição constitucional brasileira, reafirmada na Assembleia Nacional Constituinte em 1988, sempre foi a de uma República Federativa Presidencialista, definindo bem a função dos três poderes, diferentemente do continente europeu onde em vários países o Ministério Público e a Magistratura são uma só carreira e é dada ao juízo de instrução a faculdade de investigar os crimes.

Cumprir dizer que, nos Estados Unidos da América, por exemplo, o Ministério Público ainda é órgão vinculado do Poder Executivo e, portanto, em diversas oportunidades a lei lhe concede autorização para proceder à investigação criminal, tal como as polícias.

Data venia, as interpretações que se fazem tendentes a atribuir ao MP o poder de polícia judiciária surgem da minoritária corrente chamada de “direito alternativo” ou, em decorrência também, da politização interna ou concentração de poderes, sendo que nenhuma das linhas de pensamentos entendemos que seja prudente o judiciário se curvar.

Convém lembrar que, no alto da hierarquia legislativa, predomina, soberana, a Lei Magna, a Constituição do Brasil, com domínio geográfico e domínio de competência sobrepostos aos domínios de todas as demais leis. Contra a Constituição Federal, nenhuma lei prevalece, nenhuma impera. (Telles Júnior, Godofredo. Iniciação na ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 2001, citado por Führer, Maximilianus Cláudio Américo. Manual de direito público e privado. – 16. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.)

O CÓDIGO DE PROCESSO

No mesmo sentido, o Código de Processo Penal, em seu artigo 4º, é claro e autoriza somente à autoridade judiciária presidir o inquérito policial sob o controle do Poder Judiciário, conforme o parágrafo primeiro do artigo 10.

Em nenhum momento, a Constituição Federal ou o CPP concedem autorização ao Ministério Público para investigar ilícitos penais. Aliás, esse trabalho de investigação técnica requer preparação, treinamento, criminalística, e estudos apropriados oferecidos somente nas academias das polícias civil e federal.

Alguns argumentam que, se o Órgão Ministerial pode denunciar, pode então fazer o “menos” que é investigar. Se fôssemos neste raciocínio desconexo e sem fundamento técnico-jurídico, também afirmaríamos que se o magistrado pode receber a denúncia (o “menos”), pode o “mais”, ou seja, denunciar, o que seria um absurdo sustentar.

Se o MP é autor do Inquérito Policial, podemos então imaginar um magistrado requisitando do Ministério Público a abertura de inquérito e investigações criminais tal qual determina o Código de Processo Penal em relação à autoridade policial?

Ademais, poderá o cidadão deixar de ir à delegacia de polícia para se dirigir às promotorias de justiça e requerer a abertura imediata da investigação pelo MP para todos os crimes, como fazem as autoridades policiais? Estará o Ministério Público obrigado a instaurar procedimento investigatório (Inquérito Policial) de ofício ante toda *notitia criminis*, como os delegados de carreira são obrigados?

A garantia do cidadão de ver respeitados os seus direitos determina os limites da investigação e é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Do contrário, continuaremos a assistir nos noticiários que entidades públicas e particulares, tais como a ABIN (Agência Nacional de Inteligência), a PM (Polícia Militar), detetives particulares, Ministério Público, Corregedorias, permanecerão exercendo funções de investigações criminais contra cidadãos comuns, autoridades, magistrados, governantes, etc. Portanto, o Poder Judiciário tem o dever e a obrigação de fazer prevalecer os limites estabelecidos na Constituição Federal e os preceitos do Código de Processo Penal.

Considerando-se, ainda que de forma aqui intencionalmente simplificada, o Estado de Direito não no sentido meramente formal, isto é, como “governo das leis”, mas, sim, como ‘ordenação integral e livre da comunidade política’ (esta a formulação de H.-P. Schneider, in: REP n. 7, 1979, p. 23.), expressão da concepção de

um Estado material de Direito, no qual, além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder e das competências dos órgão estatais, se encontram reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetro e limites da atividade estatal, certos valores, direitos e liberdades fundamentais, chega-se fatalmente à noção – umbilicalmente ligada à idéia de Estado de Direito – de legitimidade da ordem constitucional e do Estado. (Sarlet, Ingo Wolfgang – A eficácia dos direitos fundamentais. 7. ed. rev. atual e ampl. – Porto Alegre: Livraria do advogado ED., 2007.)

HIERARQUIA DAS LEIS

No mesmo sentido, reforçando todo o arcabouço jurídico nacional que não concede direito ao MP de presidir a investigação criminal, fora apresentado o Projeto de Decreto Legislativo n. 128/2007, de relatoria do Deputado Marcelo Itagiba, no sentido de sustar a aplicação do dispositivo constante na ilegal Resolução n. 20/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, CNMP, a qual prevê a instauração do procedimento investigatório referente a ilícito penal ocorrido no exercício da atividade policial, sendo que tal matéria deve, *data venia*, ser tratada em lei, jamais por Resolução.

Guardadas as devidas proporções, se entendermos como constitucional a Resolução n. 20/2007 do CNMP, que regulamentou a atuação do Ministério Público no Processo Penal, concedendo-lhe poderes que a Constituição Federal não previu, seria o mesmo que admitir uma Resolução do Comando da Polícia Militar regulamentando a participação dos policiais militares nas investigações criminais comuns.

Tal projeto pugna pelo afastamento do referido diploma, por entender que o Conselho Nacional do MP, ao editar atos normativos dispendo sobre o poder investigatório do Ministério Público, estaria usurpando funções dos demais poderes, em nítida afronta aos ditames constitucionais. *In verbis*:

No entanto, a despeito do limite claramente posto pelo constituinte, em grave ofensa ao regime jurídico vigente, mormente quanto às competências exclusivamente reservadas às polícias, extrapola-as avocando-as para si, por resolução de seu Conselho,

a competência para a instauração de inquéritos policiais e o controle interno das polícias. (...)

(...) Está clara, pois, no Texto Constitucional, a competência exclusivamente reservada à polícia para a instauração de inquéritos policiais, configurando excesso normativo, mormente por regramento de natureza secundária, estender esta competência aos órgãos do Ministério Público. Ainda mais em se tratando de ato normativo editado pelo próprio órgão ministerial. (...)

(...) O dispositivo questionado, fácil ver, inova a ordem jurídica, ilegitimamente, pois cria direito novo ao estabelecer prerrogativa inexistente na lei a membros do Ministério Público, em detrimento de competências constitucionais reservadas aos órgãos policiais, ofendendo vários dispositivos constitucionais, entre os quais – o Princípio da Separação dos Poderes.

Fere o princípio segundo o qual só a lei formal pode criar direitos e impor obrigações, positivas ou negativas (CF, art. 5º, inciso II), assim como, despreza o Princípio da Legalidade ao qual o Ministério Público também deve obediência (art. 37, caput), por se tratar de Princípio da Administração Pública. Ademais, usurpa a competência do Poder Legislativo (CF, art. 2º, caput), ao legislar mediante resolução, incorrendo em abuso do poder regulamentar pelo Executivo com graves implicações no plano jurídico-constitucional. (grifamos)

Acrescentamos que essa matéria em debate (investigação penal) é própria do CPP e não pode ser regulamentada fora desse diploma legal, sob pena de inconstitucionalidade. Assim como a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) não pode, por exemplo, tratar dos requisitos da sentença, pois é tema do CPP.

INQUÉRITO E AÇÃO PENAL

A ação penal não pode ser considerada prolongamento do inquérito. Outrossim, a Constituição Federal dá ao Ministério Público autorização apenas para dirigir a ação penal, conforme artigo 129, I, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Neste sentido, trazemos precedentes de julgados :

PCO – CRIME CONTRA PREFEITO – INSTAURAÇÃO DE PROCESSO CRIMINAL – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E INVESTIGAÇÕES PROMOVIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – ILEGITIMIDADE. Tendo em vista que não há no ordenamento jurídico norma expressa que atribua ao ‘Parquet’ competência para promover investigações preliminares na área criminal, e ante os inconvenientes que esse procedimento acarreta, impõe-se o reconhecimento da ilegitimidade do Ministério Público para deflagrar o processo criminal com base em expedientes produzidos pelo referido órgão no âmbito administrativo. (Data da publicação 15/02/2006, Relator Des. Paulo César Dias).

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA – DENÚNCIA OFERECIDA COM BASE EM INVESTIGAÇÃO PROCEDIDA PELO PRÓPRIO MINISTÉRIO PÚBLICO – ILEGITIMIDADE – ASSUNÇÃO DE ATIVIDADES POLICIAIS EM CRIMES PRATICADOS POR PREFEITOS MUNICIPAIS – VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL – DENÚNCIA REJEITADA. No texto da Carta Política nada há que possa ensejar premissa para que o “Parquet” assuma atribuições de natureza policial. Quando assim procede, assume o órgão de acusação postura que compromete sua isenção, até mesmo na perspectiva de fiscal da lei, porque estaria como que a avaliar sua própria conduta, prejudicando suas atribuições, notadamente as assentadas no art. 129 da Constituição Federal. (Data da publicação: 11/07/2006, Relator Erony da Silva).

Coadunando os entendimentos acima referidos, os julgados PCO n. 1.0000.06.435910-2/000, PCO n. 1.0000.03.402919-9/000, PCO n. 1.0000.08.475007-4/000, do Tribunal de Justiça de MG.

É até dado ao Ministério Público o direito de oferecer a denúncia dispensando o inquérito policial, mas desde que tenha elementos suficientes para isso. O inquérito policial é privativo da carreira de Delegado de Polícia, como prevê de modo claro a Constituição Federal de 1988.

Lembramos ainda, que, ao se deparar com fato criminoso num inquérito civil, há que ser investigado o fato nos termos dos Códigos Processuais.

NOSSA TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL

Desde a primeira Constituição Federal da nossa República, de 1891, o Ministério Público é “parte” em toda a estrutura jurídico-penal e, assim sendo, não é moral e nem razoável atuar como “parte” e presidente das investigações a um só tempo.

Há grande debate, não se encontrando uniformidade na legislação, em torno da autoridade que deve dirigir a investigação criminal. (...).

(...) À polícia cabe, em um ou outro sistema, a incumbência de realizar os atos da investigação, agindo sob a direção do juiz ou do promotor. O Brasil, que desde o Império entregou à polícia o poder de investigar, caminhou em sentido inverso ao da inclinação mundial que coloca nas mãos do Ministério Público a supervisão da atividade investigatória. (Fernandes, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional* – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.)

A Assembleia Nacional Constituinte através de sua soberania legitimou a existência do Poder Judiciário e é nela que estão os limites de atuação dele.

A mesma Constituição de 1988, desde a sua promulgação há 21 anos atrás, recepcionou integralmente o nosso Código de Processo Penal e não houve qualquer Emenda Constitucional que abolisse da autoridade policial as suas atribuições ou que estendesse ao Ministério Público o poder de polícia judiciária. Além da polícia judiciária, temos autorizados pela Constituição Federal apenas as investigações criminais pela CPI, IPM e TCO.

Nesse sentido, o estudo do renomado Antonio Scarance Fernandes, em seu *Processo Penal Constitucional*, 2000, p. 243/244:

(...) em síntese, a Constituição atribuiu à polícia a função de investigar as infrações penais, mas, na linha da tendência universal, previu o seu controle pelo Ministério Público e, por outro lado, restringiu, em parte, seus poderes de polícia em prol de maior garantia às pessoas presas ou submetidas a inquérito.

O novo panorama descortinado pelo texto constitucional tem suscitado avanço do Ministério Público na fase investigativa (...)

Não se trata, contudo, de atividade que substituiria integralmente a atividade de polícia judiciária, exercida pela autoridade policial, prescindindo-se do inquérito policial. Pela própria Constituição Federal, sem exclusividade, incumbiu-se aos delegados de carreira exercer a função de polícia judiciária (art. 144, §4º). Não foi a norma excepcionada por outro preceito constitucional. O que permitiu o art. 129, inc. VII, é acompanhamento do inquérito policial pelo promotor de justiça.

O avanço do Ministério Público em direção à investigação representa caminho que está em consonância com a tendência mundial de atribuir ao Ministério Público, como sucede em Portugal e Itália, a atividade de supervisão da investigação policial. Entre nós, contudo, depende-se ainda de previsões específicas no ordenamento jurídico positivo, evitando-se incerteza a respeito dos poderes do promotor durante a investigação.

A VOLTA DO “DIREITO PENAL DO AUTOR”

O direito moderno evoluindo desde a Revolução Francesa de 1789 e, sobretudo, com a derrocada do fascismo e do nazismo na primeira metade do século XX, não admite que investigações policiais sejam feitas em desrespeito aos princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade, sem falar que o direito deve caminhar lado a lado com a ética e a transparência.

Lamentavelmente, as investigações trazidas pelo Ministério Público (em sua quase unanimidade), *permissa venia*, violam o Estado Democrático. Preceitua o direito penal e processual penal para as investigações criminais que o Estado deve agir de ofício e obrigatoriamente ao receber uma *notitia criminis*. Porém, o Ministério Público quando investiga não observa a impessoalidade e passa a escolher as pessoas ou autoridades que lhe interessa investigar.

Ainda que pudesse o Ministério Público substituir a Autoridade Policial, se escolhe de modo não impessoal e não imparcial quais pessoas deseja investigar, afasta-se da previsão processual penal de investigar de ofício e de forma vinculada as *notitias criminis* que lhe chegam, ingressando na seara do “direito penal do autor” e se afastando perigosamente do “direito penal de fatos”, que é uma garantia de todos os cidadãos brasileiros em face da Constituição.

Esse modelo jurídico e essa prática crescente de atuação do Ministério Público, *data venia*, deturpam o sistema judiciário brasileiro, desprezando garantias asseguradas nos regimes democráticos. Isso porque o Ministério Público age sem limite e sem barreiras legais, já que não existe previsão específica para investigar e também se nega a observar a lei do inquérito policial (CPP).

Ora, vivendo a humanidade no alvorecer do 3º milênio não é concebível que o Judiciário brasileiro permita que a sociedade fique submetida a práticas jurídicas com resquícios e caprichos que renovam as tristes lembranças do “direito penal do inimigo” que vigorava no direito penal na era soviética, na legislação da Alemanha nazista e nos tempos de Mussolini na Itália. O Estado escolhia pessoas, e ignorava fatos, para investigar e processar.

A respeito do “direito penal do autor”, o Juiz Federal Nivaldo Brunoni (Revista e Doutrina do TRF da 4ª Região. “Ilegitimidade do Direito Penal de Autor à luz do princípio de culpabilidade”. Publicação: 19/12/2007) nos ensina que

por ser inferiorizado e perigoso, como nas hipóteses do sujeito nocivo para o povo e do delinquente habitual, o autor deve ser punido ou neutralizado porque representa um perigo à sociedade. Neste sentido, o direito penal de autor foi acunhado de direito penal de ânimo.

O Estado deve agir com todos da mesma forma, pois todos são iguais perante a lei. No mesmo raciocínio contrário à permissão de o Estado escolher algumas pessoas que mereçam ser processadas e punidas, de forma discricionária e não impessoal, são os ensinamentos de Raúl Zaffaroni e José Enrique Pierangeli (Manual de Direito Penal Brasileiro, Ed. RT, 1997, p. 124)

sabemos que, na prática, o sistema penal e seu regime de filtros fazem com que o direito penal de ato não se realize plenamente em nenhum país. Sem embargo, uma coisa é constar esse dado de realidade, e outra, muito diferente, é sustentar teorias que não só não tratem de conter ou controlar a deformação do direito penal de ato (...).

A GRAVE PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Nos alerta o ilustre Ministro do STF Eros Grau, no artigo publicado na Revista “Justiça e Cidadania” (Edição 108, julho de 2009),

sobre os perigos decorrentes da ponderação entre princípios constitucionais:

interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a discricionariedade é exercitada mediante a formulação de juízos de oportunidade. Juízo de legalidade é atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos.

(...) A interpretação do direito é inicialmente produção de normas jurídicas gerais. A ponderação entre princípios apenas se dá posteriormente, quando o intérprete autêntico decidir o caso, então definindo a solução que a ele aplica. A atribuição de peso menor ou maior a um ou a outro princípio é, então, opção entre indiferentes jurídicos, exercício de discricionariedade, escolha subjetiva estranha à formulação, anterior, de juízos de legalidade.

(...) Daí que os juízos de ponderação entre princípios de direito extirpam seu caráter de norma jurídica. Pretendo afirmar, com isso, que os princípios de direito não podem, enquanto princípios, ser ponderados entre si. Apenas valores podem ser submetidos a essa operação.

(...) Juízes, especialmente os chamados juízes constitucionais, lançam mão intensamente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como, contudo, inexistente, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detém o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de “voou cego”, na expressão de RÜTHERS. Em ambos os casos, essas escolhas são perigosas.

O que há em tudo de mais grave é, no entanto, a incerteza jurídica aportada ao sistema pela ponderação entre princípios. É bem verdade que a certeza jurídica é sempre relativa, dado que a interpretação do direito é uma prudência, uma única interpretação correta sendo inviável, a norma sendo produzida pelo intérprete. Mas a vinculação do intérprete ao texto – o que excluiria a

discricionariedade judicial – instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções do juiz entre princípios são praticadas à margem do sistema jurídico. Então a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece.

(...) A submissão de todos nós a essa tirania é tanto mais grave quanto se percebe que os juristas – em especial os juízes –, quando operam a ponderação entre princípios, fazem-no, repito, para impor os seus valores, no exercício de pura discricionariedade. (grifamos)

SOBRE A TRAMITAÇÃO DA ADIN N. 4271-8

Valiosas são também as manifestações da Advocacia-Geral da União (na ADIn n. 4271-8) recém protocoladas no STF em 18/08/2009 pelo então advogado-geral da União, Dr. José Antônio Dias Toffoli (atual Ministro do STF) que repudia a tese de o Ministério Público presidir ação penal.

Colacionamos alguns trechos:

(...) A redação dada pelo Constituinte originário aos transcritos dispositivos não deixa dúvidas de que o mesmo, ao tempo em que concedeu atribuição institucional ao Ministério Público para promover procedimentos investigatórios e inquisitórios na proteção de direitos difusos e coletivos – todos de natureza civil –, outorgou às polícias Federal e Civil dos Estados a competência para as atividades de polícia judiciária.

Ao fazer menção à lição de Álvaro Lazzarini, a fim de diferenciar os conceitos de “polícia administrativa” e “polícia judiciária”, Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que “a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito paramamente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age”.

Observa-se, pois, que as funções de polícia judiciária se preordenam à apuração – para fins de repressão – dos ilícitos penais. Nesse ponto, o texto Constitucional é taxativo ao afirmar que esta função de apuração de infrações penais é dos órgãos elencados no art. 144, da Carta Magna. [...]

Ora, partindo-se do limite interpretativo imposto pela literalidade do texto dos citados arts. 129 e 144 da Carta Maior, revela-se evidente que não se pode considerar implícita uma competência quando a Constituição a outorgou – *de modo explícito* – a outro órgão.

Noutras palavras, o que se pretende afirmar é que não é lícito sustentar a prevalência da tese segundo a qual “quem pode o mais, pode o menos”, em um campo em que o Constituinte declarou a sua vontade e consignou, diretamente a outro órgão, a atribuição que o Ministério Público pretende ver englobada.

A esse respeito, faz-se oportuna a referência ao interessante e minucioso artigo de Luis Guilherme Vieira:

Não é pelo fato de o Ministério Público poder o mais (controle externo das atividades da polícia judiciária e legitimidade ativa para promover os processos de natureza penal pública) que o legislador, implicitamente (“teoria dos poderes implícitos”), lhes conferiu poder o menos (investigar crimes), em virtude de limitações legais (explícita limitação àqueles argumentos sofistas). São singelas regras, demarcadas por claras linhas divisórias, que hão de ser respeitadas em uma República que se pretende oxigenada. Nos países democráticos, cada cidadão exerce sua missão na sociedade, com independência funcional, mas dentro dos hígidos parâmetros constitucionais e legais, não se permitindo que um invada as funções do outro. Devem, todos, sim, trabalhar como um time, com vista a atingir o fim almejado: salvaguardar o Estado de Direito Democrático. (sem destaques no original). [...]

Não obstante as considerações doutrinárias e as referências jurisprudenciais a respeito do tema, cabe consignar que, no âmbito do Congresso Nacional, já houve Proposta de Emenda Constitucional (PEC n. 197/2003 – Dep. Antonio Carlos Biscaia) que pretendia alterar a redação, no texto da Lei Maior, do inciso VIII, do art. 129, incluindo entre as atribuições do Ministério Público a possibilidade de realizar investigação criminal.

Afigura-se importante a menção a tal proposição legislativa, pois a intenção de modificar o texto da Carta Magna, a fim de incluir a aludida atribuição ao Ministério Público, revela bem que a atual conformação constitucional não legitima que o exercício dessa competência seja exercida pelo *Parquet*.

O controle externo das atividades da polícia judiciária é incumbência constitucional do Ministério Público. Da mesma maneira, na condução do inquérito policial, a função ministerial pública assume extrema relevância, pois através dela é que se processa esse controle sobre a atividade de investigação, realizada pela polícia judiciária. À autoridade judiciária cabe apenas o poder de aceitar – ou não – o pedido de arquivamento do inquérito policial conduzido pela autoridade policial, sob controle do Ministério Público (CPP, art. 28). Nas hipóteses de competência do chefe do Ministério Público (Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República), ou mesmo nos casos em que essa autoridade ratifica a manifestação de arquivamento anteriormente consignada, o pedido deve ser acatado pelo órgão judiciário.

Afigura-se pertinente destacar que são funções do Ministério Público o controle e a fiscalização da atividade policial, não se apresentando legítimo que esse órgão controlador assumas as atribuições do órgão controlador a fim de realizá-las. Nesse caso, a atividade ministerial estaria a salvo de qualquer controle externo, o que não se compactua com a estrutura do Estado Democrático de Direito.

Acresça-se que o acerto do perfil constitucional acerca da investigação criminal – de natureza acusatória – que destina à polícia judiciária a condução de tal tarefa, possui também relação estreita com a manutenção da imparcialidade do membro titular da ação penal, no caso, o órgão ministerial público. Acerca do tema, vale consignar, uma vez mais, as lições precisas – e incisivas – de Maurício Zanóide de Moraes:

(...) Não pode o Ministério Público proceder a diligências preliminares e diretamente conduzidas e executadas por ele para, ao final de seu trabalho, julgar se este seu próprio trabalho (investigativo), sua própria atividade foi boa ou ruim, ou seja, se os seus atos de investigação produziram ou não elementos de convicção suficientes e legitimadores de uma acusação com justa causa. Parece um tanto difícil ao ser humano reconhecer que um trabalho por ele mesmo empreendido não seja bom o suficiente para ele próprio iniciar uma ação penal. (...) (grifamos)

Os paralelos que se pretendem fazer com os sistemas jurídicos europeus, que atribuem ao Ministério Público a função de investigar crimes, desconsideram que a estrutura orgânica da persecução penal

do velho continente tem por base o sistema dos *juizados de instrução*, figura jurídica estranha ao perfil acusatório existente na estrutura jurídico-criminal pátria. A respeito da sistemática alienígena, esclarecedoras as palavras de Luis Guilherme Vieira:

Como se vê, ainda que inquisidor no Velho Mundo, não resta o público ministério senhor absoluto do procedimento; as provas que colhe na sua atividade investigatória são submetidas a juiz e se estabelece contraditório antes mesmo da instauração do processo, ao contrário do que vem fazendo em terras patricias, onde a promotoria instaura o procedimento, decide que diligências e inquirições realizar (e as realiza ao seu talante), mantém a defesa técnica ao largo da investigação e, ao fim e ao cabo, oferece denúncia com base unicamente nesse inquérito ministerial secreto (por eles batizado de procedimento investigatório ou administrativo criminal, como se o eufemismo fosse capaz de suavizar o escopo precípua, que é a promoção, às avessas, do inquérito policial), com cores da Inquisição e de Kafka, temperado à moda de ditadura militar nacional, do qual, durante o andamento, a ninguém dá satisfações.

Embora haja substanciosas manifestações doutrinárias nacionais em favor da sistemática dos *juizados de instrução* – e até propostas legislativas nesse sentido –, não se pode desconsiderar que *legem habemus*, respaldando todo o sistema persecutório acusatório. Nessa estrutura são inconfundíveis as funções de investigação, acusação e julgamento, devendo ser repelidas quaisquer tentativas de inversão em tal sistemática.

Isto demonstra que o legislador federal entendeu que os mecanismos atacados estão perfeitamente englobados no sentido de controle externo da atividade policial imposta pela Lei fundamental, ou seja, atendem perfeitamente a intenção do constituinte no sentido de impor um sistema de freios e contrapesos sobre essas atividades.

Assim, objetivando o controle externo da atividade policial, com vistas à implementação de um sistema de freios e contrapesos, fica afastada a alegação da requerente no sentido de que os incisos I e II do art. 9º da Lei Complementar nº 75, de 1993, provocariam “incontroláveis conflitos com o Poder Executivo, ao qual são subordinadas as polícia federal, dos Estados e do Distrito Federal”.

4

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Ernane Fidelis dos Santos

O Código de Processo Civil de 1973, em vigor em 1974, atendeu, na época de sua elaboração, os reclamos para uma base teórica e metodológica mais segura, dentro de uma estrutura de alto nível de coerência com a sistematização adotada.

Não se pode negar que a evolução é fatal, e, sendo fatal, bem é de ver que o Código, vindo a lume no ano de 1973, já sofrendo alterações, antes mesmo de entrar em vigor, com a Lei 5.925/73, teria de receber, no correr dos tempos, significativas mudanças, bem como inevitável seria a criação de novos institutos e figuras processuais, tanto no Código quanto na legislação esparsa, inclusive, aperfeiçoando-se as leis já existentes.

As reformas foram várias e muitas delas até radicais, tal como a constitucional que criou novo Tribunal Superior para dividir tarefas com o Supremo Tribunal Federal.

No Código em si, foram adotados institutos de alta relevância como o da *antecipação da tutela*, por exemplo, e a *ação monitoria*.

Como reforma é de se lembrarem a dos recursos, como as restrições aos embargos infringentes e a completa alteração no agravo de instrumento, que não tem mais um artigo sequer nos moldes em que foi primitivamente elaborado.

O legislador reformista, em geral inspirado por grupos especializados paralelos, como o IBDP, apesar da tendência evolutiva, sempre procurou, na medida do possível, manter a estrutura inicial do Código. No entanto, face à heterogeneidade dos diversos núcleos de

dedicação ao Direito Processual, nem sempre fundados em elementos históricos e sociológicos das reformas, desvirtuam a interpretação das normas reformadoras e dificultam a aplicação do direito, tal como se desejou. E, isto é o que tem causado certa perplexidade na ordem jurídica, mormente quando, para a elaboração da lei, não se procura pormenorizar mais, para se permitir, o mais possível, entendimento uniforme daquilo que se pretende.

Outro defeito que se tem observado vem da própria diversificação das posições doutrinárias dos especialistas, no que diz respeito à interpretação das novas leis. Às vezes, doutrinadores brasileiros não fazem a distinção entre *o que é* e *o que acham que devia ser*, e, quando ocorre de defender o que a própria lei não aceita ou não reflete, fazem correr o risco da prevalência do pernicioso vício do *magister dixit*.

Uma das reformas mais importantes ocorridas no Código de Processo Civil se relaciona com o Processo de Execução e, aqui, não houve dúvida, houve afetação, pelo menos em parte, na estrutura do Código que mantinha, até então, direcionamento diverso.

A reforma se deu, quando se criou o *Cumprimento da Sentença* como forma de efetivação do direito reconhecido, modificando, inteiramente, a previsão do objeto da chamada *ação executória*.

Alguns processualistas de renome têm mantido, com o peso de sua autoridade, a posição de que nada mudou, mas apenas que tenha havido transposição de normas da antiga execução, com nova disciplina e, às vezes, até com nova nomenclatura, do Processo de Execução para o Processo de Conhecimento. No entanto, se bem que a nova sistematização possa dar margem a certos desencontros, para entendimento mais consentâneo com o espírito da reforma, devem ser pesquisadas, principalmente, as fontes históricas, na evolução do instituto, porque nada mais eficaz para a boa compreensão das figuras jurídicas como a comparação com suas origens. E, por tal pesquisa, acaba-se vendo que, na realidade, alguma coisa mudou e mudou muito.

Antes de mais nada, pesquisando-se sobre o espírito prático da reforma, até mesmo com certa roupagem leiga, pode-se concluir que tudo nasceu da seguinte indagação, atribuída, hipoteticamente, ao homem comum: se o cidadão procura a Justiça para a satisfação de seu

direito, por que, ao invés de, desde já, efetivá-lo, receber apenas um título que o legitime à nova reclamação, a novo processo ?

Não há dúvida de que a chamada *ação executória*, ou *execução de sentença*, em moldes tradicionais e como era referida no Código de 1939, tenha direta relação com a antiga *actio iudicati* dos romanos. Não se pretende, contudo, neste curto intervalo, fazer análise minuciosa das razões da *actio iudicati*, estudada, com profundidade, pelos grandes juristas, processualistas e romanistas de nossos tempos.

Para facilitação do raciocínio, é de se recordar que, no direito romano primitivo, o julgamento não tinha força jurisdicional propriamente dita. A solução de um litígio, ao invés de dar efetivação ao direito, era simplesmente fonte de obrigação autônoma que permitia a propositura de nova demanda, com fundamento no que foi decidido.

No período das *legis actiones*, a execução era pessoal. O inadimplente, reconhecido como tal, era levado à presença do magistrado, *manus iniecto*, que lhe daria um *vindex* que poderia contestar ou não. Não contestando, ocorria a *addictio* pretorial, quando, então, o devedor, era submetido à servidão ou vendido como escravo, além dos limites de Roma.

No período formulário, substitui-se a *manus iniecto* pela *actio iudicati*.

A *actio iudicati* tinha por fundamento o julgamento anterior e era novo processo, autônomo, ensejando nova defesa e, depois de algum tempo, passou a ocorrer a condenação em duplo.

Também, ainda no período formulário, a execução deixou de ser pessoal e se realizava, através do *bonorum venditio*, quando se transferia o patrimônio do devedor para outra pessoa que se encarregava de satisfazer suas obrigações.

Posteriormente, passou-se a usar o *bonorum distractis* que se assemelhava à venda parcial de bens a um terceiro, sempre um senador que se encarregava da respectiva liquidação.

No período *extra ordinem*, alterou-se a forma de execução que se assemelhou com a que, hoje, se faz: o oficial apoderava-se de bens do devedor, como garantia do credor. Passado algum tempo, sem o pagamento, os bens eram vendidos em hasta pública para o atendimento da dívida (Bonfante, Instituições, 8. ed. Réus, p. 134).

O certo é que, pela tradição romanística, a *actio iudicati*, em todos os períodos foi uma constante como forma de execução, que perdurou, com exclusividade, até a Idade Média, quando se deram as invasões bárbaras.

Com as invasões, oficializou-se forma diversa de execução, a *per officium iudicis*, a qual se fazia independentemente de qualquer outro procedimento, entrando no rol das atribuições do magistrado – *per officium* –, também a de se dar cumprimento integral ao que se reconheceu, sem abertura de nova instância, consagrando-se o princípio da *sententia habet paratam executionem*.

Na Alta Idade Média, por inspiração das conveniências do comércio, criaram-se os títulos *guarentigiata* ou *confessata*, que se equiparam à sentença judicial, para efeitos executórios.

Com a influência do Direito Italiano, as Ordenações Manuêlinas e Filipinas adotaram o que se chamou *processus executivus*, estabelecendo a diferenciação entre a *ação executória* que, embora diversa, mantinha a característica básica da *actio iudicati*, fundada em sentença e que instaurava nova relação processual, e a forma de execução que se fazia com fundamento nos *instrumenta guarentigiata*. Ou seja, se, para a execução do que já fora objeto de julgamento, a ação instaurada tinha a finalidade de pronta realização do já acertado em sentença, para os títulos, criados pelo acordo de vontade, embora, no comum, fossem verdadeira confissão, equiparada à sentença, do julgamento jurisdicional diferiam, porque daquela forma ainda não apreciados. Neste caso, justificava-se a sumarização do processo, dando-se proeminência aos atos executórios, não apenas com sua antecipação, mas, sobretudo, com a redução procedimental que facilitava o atingimento da efetivação do direito, com mais celeridade. A sumarização foi concretizada, através da ação decendiária e da ação executiva.

O Código Napoleônico manteve a primitiva equiparação dos títulos executivos, ou seja, tanto a sentença condenatória quanto os atos formalmente representados, de declaração de vontade, com forma previamente fixada, seriam fundamento da ação de execução, autônoma e independente.

No Código de Processo Civil de 1939, não se falou em *ação executória*, mas um Livro inteiro foi dedicado à Execução. Evidente que

não se pode falar em identidade perfeita da Execução com a *actio iudicati*, que também era ação de conhecimento, mas, na origem, as mesmas se encontravam, porque teriam por fundamento a sentença condenatória.

No Código, atenderam-se, por outro lado, o sistema alemão e o italiano, com a criação de uma forma executória especial, realizada através de ação de conhecimento: a ação executiva, que se fundamentava em títulos particulares, com característica de sumariedade, iniciando-se como ação de conhecimento, mas mesclada de atos executivos, culminando-se com sentença, e prosseguindo-se como execução, sem propositura de nova ação.

No Código de 1973, houve adesão plena ao sistema francês. Tudo se transformou em processo de execução, abandonando-se a *ação executiva*. Houve equiparação dos títulos extrajudiciais aos títulos judiciais, sendo ambos fundamento da execução, com a mesma forma procedimental, diferenciando-se apenas quanto ao alcance da forma defensiva respectiva: os embargos do devedor.

Não há dúvida de que a Lei 11.232/05, substituindo a execução de sentença pelo cumprimento da sentença, objetivou reforma radical na sistemática do processo, porque, antes, servindo apenas de fundamento para a propositura de nova ação, a sentença condenatória nada mais é do que encerramento da fase de conhecimento do processo que prossegue em fase posterior, objetivando a efetivação daquilo que foi reconhecido como direito da parte. Retorno ao medievalismo? Sim, em parte, responde o Min. Athos Carneiro, Presidente do IBDP que apresentou o anteprojeto, ou seja, o cumprimento da sentença nada mais é do que a adoção do sistema *per officium iudicis*, quando se substituiu a antiga *actio iudicati* pelo simples prosseguimento do processo, para efetivação do que se reconheceu como o direito da parte (Aspectos Polêmicos da Nova Execução, 3. ed., RT., p. 51 e seguintes). A Lei 11.232/05, todavia, no contexto geral, trouxe normas que provocaram profundas divergências entre os doutrinadores, e, agora, com reflexo na jurisprudência.

A primeira das divergências, conforme já foi dito, se refere àquela que afirma nada ter mudado, apenas transferido de um campo processual para outro, entendimento que, *data venia*, não pode prevalecer,

pois, por mais imperfeita que tenha sido a nova disposição do legislador, mudança houve, ainda que seja apenas de facilitação no campo procedimental. Concretamente, porém, as dúvidas de interpretação são outras.

O art. 475-J tem a seguinte redação:

Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, dessa Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

A inclusão no texto de “...a *requerimento do credor*...” tem provocado a indagação de que se tal requerimento não corresponderia à verdadeira petição inicial de ação executória. A resposta, todavia, deve ser negativa, pois, além de ser de uso sintomático a expressão *requerimento*, ao invés de se referir à propositura de ação, no sistema *per officium iudicis*, o expediente também era usado, sem ser propositura de ação, conforme nos informa LIEBMAN:

Desse modo, o requerimento que provoca a execução não constitui exercício de uma ação, de um novo direito contra a outra parte, mas um simples ato de impulso processual, com o fim de provocar a realização concreta dos atos incumbentes ao juiz (Embargos do Executado, 2. ed. Saraiva, p. 56).

Tal conclusão afasta, inclusive, a ideia de se considerar como de necessidade a elaboração de petição inicial, nos moldes do art. 282, bem como da fixação prévia de honorários advocatícios, reservados, certamente, apenas na fixação da sentença de conhecimento.

Outra interpretação sugerida seria a de que o prazo para cumprimento voluntário da obrigação que isenta o condenado da multa de 10% prevista, seria fixado após a intimação do dito requerimento, o que, evidentemente, não se afina nem com a linguagem da lei nem com a própria finalidade da nova forma executória. Alias, O STJ já tem posição a respeito em uma de suas Câmaras e, apesar de não se conhecerem outros julgados, parece que a tendência é a mesma adotada pelo acórdão da 3ª Turma, no RE 954859-RS, sendo Relator o Min. Humberto de Barros:

LEI 11.232/05. ARTIGO 475-J DO CPC. CUMPRIMENTO A SENTENÇA. MULTA. TERMO INICIAL INTIMAÇÃO DA PARTE VENCIDA. DESNECESSIDADE. 1. A intimação da sentença que condena a pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor. 2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessária que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la. 3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%.

Também não há como se exigir que haja intimação pessoal do devedor para o pagamento, quando o que se almeja é exatamente dar-se cumprimento ao que foi devidamente reconhecido.

Outro ponto de dúvida que foi provocado pela Lei 11.232/05 foram as disposições do art. 475-B e seus parágrafos, mormente no que diz respeito à requisição de dados do credor ao devedor, para poder elaborar a memória de cálculo, a fim de requerer o prosseguimento do processo na fase executiva. Tudo fica a parecer que, em tal hipótese, trata-se de verdadeira liquidação de sentença *por cálculo do credor*, inclusive com possibilidade de ter de haver decisão de liquidação, quando os dados não forem apresentados, mas não é o que se passa. Mister se faz, antes de tudo, que se dê à lei a interpretação de acordo com seus próprios fins. Trata-se, no caso, de requisição de dados, reconhecidamente conhecidos e documentados pelo devedor, como seria a hipótese, por exemplo, de valores de notas fiscais em poder do mesmo, nunca do que ainda é desconhecido, não referido na sentença e que, em razão de tal desconhecimento, ensejaria liquidação por artigos e não o cumprimento da sentença por quantia certa.

A questão crucial do novo sistema está, na realidade, na previsão da *impugnação*, como forma defensiva contra a fase executória do processo.

A matéria, no meu modestíssimo entender, foi tratada com certo descuido, pois, na realidade, há certas contradições entre o próprio sistema e a *impugnação*.

Qual seria a natureza da *impugnação*? Seria ação incidental de desconstituição do título executório, ou da própria execução? Se o for, não

há como deixar de considerá-la como se fossem os mesmos embargos. No entanto, como tal não é tratada, porque, se assim o fosse, seu julgamento dar-se-ia sempre por sentença, e a própria lei a está tratando como mero pedido incidental, ao qual se responde com decisão interlocutória, agravável de instrumento, já que, se não acolhida, nada extingue. Se acolhida, quando não decide simplesmente questão processual, passa a ser sentença, apelável, mas não porque foi julgada procedente, e sim porque extinguiu o próprio processo em andamento, na fase executória.

A questão é tão séria que alguns mestres, como é o caso de Arruda Alvim, sustentam estar o julgamento de improcedência da impugnação sujeito à coisa julgada, dependente da matéria deduzida, como, por exemplo, o pagamento, mas, o mesmo mestre também afirma que, nem por isso, feridos ficam os princípios da nova execução (A Natureza Jurídica da Impugnação Prevista na Lei 11.232/05, in Aspectos Polêmicos da Nova Execução. 3. ed., p. 44/50). Quais seriam os princípios, é de se indagar?

O que, particularmente, penso, e ainda com muita modéstia, é que todos os motivos previstos para impugnação, podem, a qualquer tempo, ser alegados. Se, no curso da fase executória, nada impede que sejam conhecidos incidentalmente, mesmo que fora de prazo, porque todos eles suscitam situações antijurídicas que podem, e até devem ser analisadas, com o processo em curso, sem ocorrência de preclusão. Neste caso, com o não atendimento de qualquer alegação, a questão considerar-se-á decidida com força de definitividade na própria extinção do processo, quando cumprida sua normal tramitação. Se acolhida a alegação, poderá haver coisa julgada ou preclusão, de acordo com o teor da decisão proferida.

Com o processo extinto, excluída a matéria de cunho eminentemente processual, como é o caso de penhora e avaliação, a questão poderá ser fundamento para ação ordinária de nulidade dos atos executórios ou de repetição de indébito.

Na verdade, melhor que não se fizesse previsão específica da impugnação, permitindo-se apenas a apreciação incidente de qualquer motivo de extinção do processo ou de nulidade de ato executivo do processo, podendo o juiz, quando fosse o caso, determinar que a questão se deduzisse em processo autônomo, sem prejuízo da fase executória em andamento.

5

PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

Fernando A. N. Galvão da Rocha

1. INTRODUÇÃO

A recente inauguração do memorial da AMAGIS, que registra a trajetória de lutas e conquistas da entidade de classe dos magistrados mineiros, é motivo de muita alegria e deve merecer de todos nós o devido reconhecimento pela dimensão que a iniciativa alcança na proteção do patrimônio cultural. O Museu da Memória do Judiciário Mineiro, instituído no âmbito do Tribunal de Justiça em 1988, já constituía um importante instrumento de proteção do patrimônio cultural do povo das gerais. O memorial chega em boa hora para somar esforços necessários à preservação das referências culturais que conferem identidade aos magistrados mineiros e podem orientar nossos futuros caminhos pelo senso de continuidade histórica.

A tarefa de identificar e preservar o patrimônio cultural brasileiro é constitucionalmente imposta ao Poder Público, que para tanto deve receber a *colaboração* da comunidade (art. 216, § 1º, da CR/88). O patrimônio cultural é um bem de interesse da coletividade cuja preservação de sua integridade e dos mecanismos que viabilizem o seu acesso recebe garantia constitucional expressa. Por isso, deve-se reconhecer que a comunidade o tem o direito público subjetivo à proteção prometida. Nestes termos, a atuação protetiva das instituições e de cada cidadão ao patrimônio cultural é uma obrigação constitucional. Isto significa que, independentemente da atuação dos órgãos públicos

incumbidos da proteção ao patrimônio cultural, cada cidadão deve promover todas as medidas que estiverem a sua disposição para a proteção de nossas referências culturais. Neste sentido, vale registrar as palavras do Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda:

Cuidar dos bens que integram o patrimônio cultural brasileiro é responsabilidade de todos e tal missão é essencial para que a humanidade evolua em sua busca de conhecimento, liberdade e qualidade de vida, de forma harmônica e respeitosa com a natureza, a história e a memória de nossos antepassados, que produziram a cultura que nos cerca.¹

Aproveito a oportunidade em que se comemora a recente iniciativa de nossa instituição de classe para desenvolver uma breve reflexão sobre as peculiaridades do bem cultural imaterial e dos instrumentos jurídicos e extrajurídicos disponíveis para a sua proteção.

2. MEIO AMBIENTE CULTURAL

Inicialmente, é necessário perceber que o patrimônio cultural integra a noção de meio ambiente e é, nesse sentido, que recebe a tutela constitucional. A constituição federal não conceitua o meio ambiente. Como bem jurídico, antes da edição do texto constitucional, o meio ambiente já possuía definição legal no art. 3º, inciso I, da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente. Segundo este dispositivo, meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Tal definição foi recepcionada pela Carta Magna de 1988.

Cabe perceber que, segundo a concepção do legislador brasileiro, o meio ambiente não abrange somente o meio ambiente natural (constituído pela fauna, a flora, o solo, a água e o ar atmosférico), mas também, o meio ambiente artificial, o meio ambiente do trabalho e o meio ambiente cultural.² Em uma perspectiva ampla que não se resu-

¹ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Princípios básicos da proteção ao patrimônio cultural. In *Mestres e conselheiros-manual de atuação dos agentes do patrimônio cultural* / organização Marcos Paulo de Souza Miranda, Guilherme Maciel Araújo e Jorge Abdo Askar. – Belo Horizonte: IEDS, 2009, p. 23:

² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20-24.

me aos recursos naturais, mas está relacionada também com tudo que quanto permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas³, o meio ambiente deve ser concebido como “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida humana”⁴. Vale observar que o meio ambiente do trabalho encontra previsão constitucional expressa no inciso VIII de seu art. 200.

No que diz respeito ao meio ambiente cultural, a doutrina consolidou o entendimento segundo o qual:

A visão holística do meio ambiente leva-nos à consideração de seu caráter social, uma vez definido constitucionalmente como bem de uso comum do povo, caráter ao mesmo tempo histórico, porquanto o meio ambiente resulta das relações do ser humano com o mundo natural no decorrer do tempo.

Esta visão faz-nos incluir no conceito de meio ambiente, além dos ecossistemas naturais, as sucessivas criações do espírito humano que se traduzem nas suas múltiplas obras. Por isso, as modernas políticas ambientais consideram relevante ocupar-se do patrimônio cultural, expresso em realizações significativas que caracterizam, de maneira particular, os assentamentos humanos e as paisagens do seu entorno.⁵

Certamente, o ambiente cultural permite, abriga e, de certa forma, rege a vida dos homens. Não se pode conceber a existência humana fora de um determinado contexto sociocultural. Os valores culturais permitem o estabelecimento da identidade do homem com um determinado grupamento social, que o acolhe e lhe permite o desenvolvimento de suas potencialidades. Não foi por outra razão que na Lei n. 9.605/98 – Lei dos Crimes Ambientais – consta no capítulo V a seção IV que trata dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural.

³ GRAU, Eros Roberto. *Proteção do meio ambiente (o caso do parque do povo)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 250.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 435.

⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 56. No mesmo sentido: CUSTÓDIO, Helita Barreiro. *Legislação Ambiental no Brasil*. Revista Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, n. 76, 1996, p. 56.

O patrimônio cultural de um povo lhe confere identidade e orientação, pressupostos básicos para que se reconheça como comunidade, inspirando valores ligados à pátria, à ética e à solidariedade e estimulando o exercício da cidadania, através de um profundo senso de lugar e de continuidade histórica. Os sentimentos que o patrimônio evoca são transcendentais, ao mesmo tempo em que sua materialidade povoa o cotidiano e referencia fortemente a vida das pessoas.⁶

Por isso, o art. 215 da Constituição Federal dispõe que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. A regra estabelece para o poder público a obrigação, em favor da coletividade, de proteção ao exercício dos direitos culturais e ao acesso às fontes de cultura. Mas, a obrigação de proteção não é somente do Poder Público, nos termos da Constituição da República a coletividade é solidariamente responsável (art. 216, § 4º).

3. PATRIMÔNIO CULTURAL

No direito romano, a ideia de *patrimônio* esteve sempre ligada ao conjunto de bens que uma pessoa poderia possuir, dentre os quais se incluía a sua casa, as suas terras, seus escravos e, até mesmo, suas mulheres (que não eram consideradas cidadãs). Fora do *patrimônio* estavam as coisas que não podiam pertencer ao indivíduo, como as ruas, praças e os templos.⁷ Esta ideia privatista de patrimônio nos influencia até os dias atuais⁸, mas não pode se conciliar com a ideia de cultura.

A cultura pode ser entendida como o conjunto de formas relativamente homogêneas e socialmente aceitas de pensamentos, sen-

⁶ http://www.iepha.mg.gov.br/sobre_cultura.htm, capturado em 14.02.05: Sobre cultura e patrimônio cultural.

⁷ CASTRIOTA, Leonardo Barci. Patrimônio: conceito e perspectivas. In *Preservação do Patrimônio cultural – nossas casas e cidades, uma herança para o futuro!*. Coord. Altamiro Sérgio Mol Bessa. Belo Horizonte: Crea-MG, 2004, p. 10.

⁸ Quando pensamos nas fortunas pertencentes às pessoas naturais e instituições pensamos no *patrimônio* que conseguiram acumular. Do mesmo modo, interessa ao fisco a evolução *patrimonial* do contribuinte para a apuração do imposto de renda devido.

timentos e ações, bem como dos objetos materiais a eles inerentes, que se colocam como peculiares a determinado grupamento social. A cultura possui a característica de ser compartilhada, transmissível e apreendida pelos membros deste grupamento, em um processo denominado *socialização*.⁹ Segundo Darci Ribeiro, cultura é

a herança de uma comunidade humana, representada pelo acervo co-participado de modos padronizados de adaptação à natureza, para o provimento da subsistência; de normas e instituições reguladoras das relações sociais e de corpos de saber, de valores e de crenças com que explicam a experiência, exprimem sua atividade artística e se motivam para a ação.¹⁰

No mesmo sentido, Miguel Reale leciona que a cultura pode ser considerada o patrimônio de espiritualidade constituído pela espécie humana através do tempo, de modo que as ciências culturais não tem como objeto o estudo dos indivíduos ou pessoas, como tais, mas as expressões supraindividuais do espírito humano no processo histórico.¹¹ Sem dúvidas, não se pode conceber uma cultura individual ou privada: necessariamente a cultura é construção coletiva que se aperfeiçoa pela experiência da espécie humana, no curso de sua história.

O patrimônio cultural, portanto, é construção de um povo ou de um grupo de pessoas. É acervo de símbolos e sentimentos que se transmite pelas gerações e não pertence apenas àqueles que o produziram. O patrimônio cultural constitui um direito difuso do povo brasileiro¹², na medida em que é um direito transindividual, cuja titularidade pertence a um número indeterminado de pessoas ligadas por situação de fato e seu objeto é insuscetível de divisão, nos exatos termos do art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 8.078/90.

A Constituição da República não definiu um conceito jurídico para o patrimônio cultural, mas em seu art. 216 exemplificou bens que constituem o patrimônio cultural brasileiro. Nesse sentido,

⁹ SANTOS, Theobaldo Miranda. *Manual de Sociologia*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1971, p. 85.

¹⁰ RIBEIRO, Darci. *Teoria do Brasil*. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1972, p. 93.

¹¹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 240-241.

¹² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Ob. cit.*, p. 300.

constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

A previsão constitucional consagra proteção ao pluralismo cultural, na medida em que menciona os bens que sejam portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Não se trata de proteger apenas os bens eruditos ou excepcionais indicados pelas elites sociais, mas aqueles que retratam a diversidade e a riqueza de manifestações que conformam as peculiaridades do povo brasileiro. Com certeza, algumas manifestações culturais são mais elaboradas do que outras. Mas, “a cultura brasileira não é única, não se resume ao eixo Rio-São Paulo nem ao Barroco mineiro e nordestino, mas é aquela que resulta da atuação e interação dinâmica de todos os grupos e classes sociais de todas as regiões.”¹³ Isto implica na obrigação de preservar uma convivência harmônica entre as mais diversas formas de expressão cultural. Em outras palavras, o poder público deve intervir de modo a impedir que determinadas manifestações culturais, concepções sobre a forma mais adequada de viver, excluam ou impeçam a manifestação de outras formas ou concepções sobre a maneira mais adequada de se viver em sociedade.

3.1 Patrimônio cultural imaterial

De maneira expressa, nossa Carta Magna esclarece que o patrimônio cultural se refere tanto a bens materiais, como objetos e edificações, quanto imateriais, como são as formas de expressão, os modos de viver e as criações do espírito humano. Sob a forma de bens imateriais, o patrimônio cultural compreende “toda a produção cul-

¹³ MILARÉ, Édís. *Ob. cit.*, p. 202.

tural de um povo, desde sua expressão musical, até sua memória oral, passando por elementos caracterizadores de sua civilização.”¹⁴

Segundo o artigo 2º, inciso I, da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, aprovada pela Unesco em 17 de outubro de 2003,

Entende-se por ‘patrimônio cultural imaterial’ as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade, contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana.¹⁵

A identificação do patrimônio cultural material é mais facilmente realizada pelo poder público. Inúmeros objetos, monumentos e sítios (urbanos e/ou rurais) são protegidos por tombamento e passam a constituir referências culturais. O patrimônio imaterial, até mesmo pelas dificuldades inerentes à sua natureza, não recebe a mesma atenção.

Para melhor entender o patrimônio imaterial é necessário fazer uma distinção inicial: os bens culturais a que a constituição expressamente se refere como integrantes do patrimônio brasileiro não se confundem com o objeto material que lhes oferece suporte físico. Nesse sentido, muito esclarecedora é a explicação da professora Sonia Rabello de Castro:

O bem jurídico, objeto da proteção, está materializado na coisa, mas não é a coisa em si: é o seu significado simbólico, traduzido pelo valor cultural que ela representa. A partir do surgimento da

¹⁴ Disponível em <http://www.iepha.mg.gov.br/sobre-cultura-e-patrimonio-cultural>, acesso em 02.12.09.

¹⁵ Documento originalmente publicado pela UNESCO sobre o título Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, Paris, 17 October 2003. Tradução feita pelo Ministério das Relações Exteriores, Brasília, 2006. Disponível em <http://www.brasilia.unesco.org/areas/cultura/areastematicas/patrimonioimaterial>, acesso em 02.12.2009.

coisa, passa ela a ter uma presença no mundo fático, podendo ou não vir a ter interesse jurídico. Cabe ao Estado este reconhecimento jurídico. Há, portanto, uma bifurcação na relação jurídica quanto ao objeto – uma enquanto coisa, apropriável, objeto do direito de propriedade; outra, como bem não econômico que, a partir do reconhecimento de seu valor cultural, torna-se de interesse geral.¹⁶

Com certeza, os direitos são sempre bens incorpóreos. Mas, agora nos interessa perceber os objetos dos direitos. A divisão classificatória de bens que os denomina de materiais ou imateriais (tangíveis ou intangíveis, como diziam os romanos) se refere aos objetos de tais direitos.¹⁷ Os bens culturais imateriais podem estar amparados em suportes físicos. Uma música pode estar na memória das pessoas ou escrita em uma partitura, o conhecimento tradicional pode ser objeto de transmissão oral ou estar escrito em papel, a dança se materializa no corpo físico do artista. O que caracteriza o bem imaterial é a relevância que possui a manifestação do espírito humano em relação ao suporte físico que lhe dê consistência. No bem imaterial o suporte físico não é o mais relevante. Nos importa preservar a beleza e a emoção que o Bumba-meu-boi possa causar nas pessoas e não quem esteja, momentaneamente, executando as acrobacias na praça pública.

Mesmo reconhecida a existência de uma patrimônio cultural imaterial a preservar, por sua natureza peculiar, a tarefa constitui grande desafio aos operadores do direito. As mais relevantes formas de expressão do povo brasileiro já estão identificadas? Quais são seus modos de criar, fazer e viver? Como oferecer uma proteção eficaz para o patrimônio cultural imaterial? A reflexão nos leva a concluir que o trabalho realizado pelo poder público para a preservação do patrimônio imaterial ainda é muito incipiente e exige uma intervenção mais qualificada de cada um de nós que é capaz de identificar as referências de nossa própria identidade.

¹⁶ CASTRO, Sonia Rabello de. *O estado na preservação de bens culturais – o tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 35.

¹⁷ BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves ed., 1980, p. 173.

3.2 Conteúdo material do patrimônio cultural

Um importante aspecto do patrimônio cultural, muitas vezes esquecido, é constituído pelo patrimônio turístico.¹⁸ Os monumentos artísticos, arqueológicos e históricos, as paisagens notáveis, as manifestações culturais folclóricas ou religiosas possuem a capacidade de proporcionar sensação de prazer e bem-estar que, conseqüentemente, atrai a atenção das pessoas e as motiva para a visitaçãõ. Para os operadores do direito, o plenário do antigo Supremo Tribunal Federal, situado no Palácio da Justiça Federal, que foi sede do STF no Rio de Janeiro, entre os anos de 1909 e 1960, na então Avenida Central, hoje Avenida Rio Branco é exemplo marcante de patrimônio turístico com grande capacidade de atrair visitaçãõ pública. As referências turísticas, bem como as representações e sentimentos que a elas são relacionados constituem faceta importante do patrimônio cultural que importa à coletividade preservar.

A reflexãõ sobre o patrimônio turístico é capaz de nos alertar para o fato de que o patrimônio cultural possui sempre um conteúdo material, que proporciona a efetiva e cotidiana vivência de suas referências pelas comunidades. Não se pode conceber o patrimônio cultural a partir da identificaçãõ e das experiências individuais. O bem cultural deve estar inserido em um determinado contexto histórico e social, que constitui seu pressuposto sociológico, sendo produzido e aperfeiçoado constantemente pela experiência coletiva. Por isso, o bem cultural recebe reconhecimento e legitimidade da coletividade e não somente de pequenos grupos que possam se considerar como elite cultural.

No entanto, ainda é procedente a crítica segundo a qual a preservaçãõ do patrimônio cultural no Brasil se deu mais em decorrência de iniciativas da elite intelectual e da Igreja do que de uma consciência coletiva quanto às referências da identidade nacional.¹⁹ Por isso, cabe celebrar as iniciativas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e da

¹⁸ PINTO, Antonio Carlos Brasil. *Turismo e meio ambiente: aspectos jurídicos*. Campinas, Papyrus, 2003, p. 21 e 179. Segundo o autor, pode-se entender por patrimônio turístico “o conjunto de bens naturais, artificiais e culturais que, por suas características intrínsecas, possuem atratividade para visitaçãõ.”

¹⁹ PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteçãõ ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 98.

AMAGIS que visam preservar a memória e a identidade dos magistrados mineiros.

4. COMPETÊNCIA PARA A LEGISLAÇÃO PROTETIVA

A norma constitucional protetiva do patrimônio cultural inserida no art. 216 é de natureza programática e necessita de regulamentação por legislação infraconstitucional. No entanto, é necessário perceber que a norma constitucional impõe ao Estado o dever de proteção em favor do bem jurídico fundamental meio ambiente, exigindo-lhe a edição de normas infraconstitucionais de direito material e processual que garantam a efetividade da proteção prometida. Nesse sentido, esclarece o Prof. Luiz Henrique Marinoni:

(...) o direito à proteção não exige somente normas de conteúdo material, mas igualmente *normas processuais*. Isso quer dizer que o direito à proteção dos direitos fundamentais tem como corolário o direito à preordenação das técnicas adequadas à efetividade da tutela jurisdicional, as quais não são mais do que respostas do Estado ao seu dever de proteção.²⁰

Segundo o artigo 24, inciso VII, “compete à União, aos estados e ao distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.” A competência concorrente é novidade estabelecida pela Constituição brasileira de 1988 e, conforme lição do prof. Raul Machado Horta, “cria outro ordenamento jurídico dentro do Estado Federal, o ordenamento misto, formado pela participação do titular do ordenamento central e dos titulares de ordenamentos parciais.”²¹

A repartição da competência legislativa decorre da nova conformação que se deu ao federalismo brasileiro. Com efeito,

o federalismo de hoje é consciente de sua dimensão política e não é visto apenas como uma técnica de convivência de disparidades em uma certa unidade, pelo contrário, sobretudo após a década de sessenta, em razão das severas críticas de que foi e tem

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 186.

²¹ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 366.

sido objeto o *welfare state*, o federalismo passa a ser visto como instrumento de uma maior efetividade da cidadania, inclusive direta, na medida em que descentraliza o poder e permite uma maior proximidade do cidadão dos pólos de poder, dos centros de decisão.²²

É a consolidação do federalismo vertical ou de cooperação.

A competência concorrente conciliou a participação dos entes federativos na conformação da ordem jurídica e, assim, tornou-se necessário definir as regras da participação da União e dos Estados. Nos parágrafos do artigo 24, o texto constitucional esclarece que no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. O que significa que aos Estados-membros coube a regulamentação das particularidades regionais, ou seja, a disposição dos pormenores que atendem às peculiaridades regionais. Expressamente a constituição federal esclarece que a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. Nem mesmo a inexistência de norma geral, de competência da União, impede que o Estado-membro estabeleça proteção jurídica ao patrimônio cultural. Novamente a constituição é expressa em afirmar que inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. Nesse caso, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, apenas no que lhe for contrário.

Assinala ainda o prof. Machado Horta que

É manifesta a importância desse tipo de legislação em federação continental, como a brasileira, marcada pela diferenciação entre grandes e pequenos Estados, entre Estados industriais em fase de alto desenvolvimento e Estados agrários e de incipiente desenvolvimento industrial, entre Estados exploradores e Esta-

²² CARVALHO NETO, Menelick de e outros. *Delimitação do quadro de pressupostos norteadores do trabalho de sistematização da legislação ambiental do Estado de Minas Gerais*. Texto de responsabilidade da Equipe de Consultoria Técnica constituída para dar apoio ao Grupo Parlamentar instituído pela Mesa da Assembléia Legislativa para coordenar o trabalho de consolidação da legislação estadual, elaborado em outubro de 1998 sob a orientação do Prof. Menelick de Carvalho Neto da UFMG, p. 03.

dos consumidores (...) A legislação concorrente, não obstante as omissões, alargará o domínio dos poderes reservados aos Estados e certamente abrirá aos Estados um período de atividade legislativa profundamente diverso do período de retraimento dos poderes reservados, no qual viveram os Estados-Membros, em contraste com a plenitude dominadora dos poderes enumerados da Federação.²³

Os Municípios não foram contemplados na planificação da competência legislativa concorrente, mas a eles também foi imposto o dever de promover a proteção do patrimônio histórico cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual – art. 30, inciso IX da CF/88. Para desempenhar tal função, o inciso II do art. 30 da Constituição da República dispõe que “compete aos municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.” Neste diapasão, embora de maneira restrita, deve-se reconhecer que o município possui competência legislativa suplementar e instrumental para a proteção do patrimônio cultural. Tal competência é decorrente da atribuição executiva e encontra-se limitada pela regra do interesse local.²⁴ Isto significa que os municípios podem e devem editar as normas necessárias ao desenvolvimento de sua atividade protetiva aos bens culturais de interesse local, observadas as regras da legislação federal e estadual.

No contexto da legislação protetiva dos bens que compõem o patrimônio cultural, além da conformação às regras gerais ditadas pela União, há que se observar a abrangência da área de influência da referência cultural a ser identificada. A União, os Estados-membros e os Municípios podem estabelecer regras para o instituto do tombamento, por exemplo. Mas, as regras estaduais não podem alterar o instituto concebido pela União e, por sua vez, as regras municipais não podem contrariar as disposições estaduais que lhes são pertinentes. Por outro lado, para o contexto de atuação de cada ente federativo, a União estabelece regras para a identificação das referências culturais de abrangência nacional, os Estados para a identificação daquelas de abrangência regional e os Municípios para as referências de interesse local.²⁵

²³ HORTA, Raul Machado. *Ob. cit.*, p. 367.

²⁴ Nesse sentido: PIRES, Maria Coeli Simões. *Ob. cit.*, p. 112 e 279.

²⁵ PIRES, Maria Coeli Simões. *Ob. cit.*, p. 112.

4.1 A União

No que diz respeito a edição das normas relativas às técnicas processuais que realizem as necessidades protetivas do direito material, a competência é privativa da União para a edição de normas de Direito Processual Civil conforme o disposto no art. 22, inciso I, da CF/88. Em obediência ao seu específico dever de proteção, visando instituir instrumentos jurídicos necessários à tutela do meio ambiente, a União editou a Lei n. 7.347/85 que regulou o exercício da ação civil pública. Não se pode esquecer a importância do art. 84 da Lei n. 8.078/90 que, instituindo as tutelas antecipatória específica, inibitória e de afastamento do ilícito no processo coletivo, viabilizou medidas executivas, que prescindem do processo de execução, podem realizar as garantias constitucionais independentemente da vontade do demandado. Estas recentes inovações do processo civil constituem importantes instrumentos para a efetiva realização da tutela do meio ambiente.²⁶

No que toca ao direito material, muito importante é a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e em seu art. 14, § 1º, estabeleceu a responsabilidade objetiva de reparar e/ou indenizar os danos causados ao meio ambiente. No que diz respeito ao direito penal, a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, regulamentou a responsabilidade penal da pessoa jurídica e instituiu os crimes ambientais, dentre eles os crimes contra o patrimônio cultural. No que diz respeito aos incentivos financeiros aos projetos culturais, não se pode deixar de citar as Leis n. 8.313/91 e 8.685/93.

No entanto, não existe Lei Federal que trate especificamente do patrimônio cultural imaterial. Regulamentando diretamente o art. 216 da Constituição Federal, o Decreto Federal n. 3.551, de 4 de agosto de 2000, instituiu o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, criando também o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial.

O referido Decreto institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro. Segundo o parágrafo 1º de seu art. 1º, o registro dos bens imateriais será feito em um dos seguintes livros:

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 126, 249 e segs.

I – *Livro de Registro dos Saberes*, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;

II – *Livro de Registro das Celebrações*, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;

III – *Livro de Registro das Formas de Expressão*, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;

IV – *Livro de Registro dos Lugares*, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

Com estes livros não se pretendeu exaurir as possibilidades de registro, pois o parágrafo 3º do mesmo artigo dispõe que outros livros poderão ser abertos para o registro de bens não se enquadrem nos livros definidos no parágrafo 1º.

O processo de registro dos bens culturais em livros se assemelha ao processo de tombamento, mas não produz os efeitos restritivos que são próprios àquele. O registro identifica a referência cultural e, na medida em que contenha informações relativas aos seus dados históricos e características peculiares, permite o acesso das pessoas às informações necessárias ao conhecimento e divulgação da manifestação cultural.

4.2 O Estado de Minas Gerais

Com base na competência concorrente estabelecida, os Estados membros da federação podem e devem produzir legislação capaz de preservar as referências materiais e imateriais que constituem o patrimônio cultural.

No Estado de Minas Gerais, o art. 3º da Lei Estadual n. 11.726/94, determina que

constituem patrimônio cultural mineiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, que contenham referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade mineira, entre os quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, tecnológicas e artísticas; IV

– as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados a manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, espeleológico, paleontológico, ecológico e científico.

Regulamentando a resposta protetiva ao patrimônio cultural imaterial, o Decreto n. 42.505, de 15 de abril de 2002, instituiu formas de registros de bens culturais de natureza imaterial ou intangível que constituem patrimônio cultural de Minas Gerais. O parágrafo 1º do art. 1º do referido Decreto Estadual reproduz a classificação dos livros imposta pelo Decreto Federal e determina que a inscrição do bem imaterial se dê em livros destinados ao registro dos Saberes, das Celebrações, das Formas de Expressão, ou dos Lugares.

4.3 O Município de Belo Horizonte

O município de Belo Horizonte, no exercício da competência suplementar que lhe foi deferida para viabilizar as atividades de proteção aos bens culturais, editou as Leis Municipais n. 3.802, de 06 de julho de 1984, e n. 9000, de 29 de dezembro de 2004.

No que diz respeito ao patrimônio imaterial, a Lei n. 9000/04, em seu artigo 1º, parágrafo 1º determina que

são considerados bens culturais de natureza imaterial: I – os processos de criação, manutenção e transmissão de conhecimento; II – as práticas e as manifestações dos diversos grupo socioculturais que compõem a identidade e a memória do município; III – as condições materiais necessárias ao desenvolvimento dos procedimentos de que tratam os incisos I e II e os produtos de natureza material derivados.

Nos parágrafos 6º e 7º da referida lei consta que os registros dos bens imateriais também deverão ser feitos em livros próprios destinados ao assentamento dos Saberes, das Celebrações, das Formas de Expressão, e dos Lugares, sem prejuízo da abertura de outros livros para o registro de bens que não se enquadrem nos anteriormente mencionados. Segundo disposto no parágrafo 4º, o registro de bens culturais de natureza imaterial é de competência exclusiva do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte, que teve seu regimento interno aprovado pelo Decreto n. 5.531, de 17 de dezembro de 1986.

5. ATRIBUIÇÕES EXECUTIVAS

A constituição brasileira, em seu art. 215, determina expressamente que *o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.*

Para o pleno desenvolvimento da atividade protetiva do patrimônio cultural, a carta magna estabeleceu competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, para impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural, bem como proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (art. 23, incisos III, IV e V).

A competência comum estabelecida pela constituição significa que os quatro entes da federação brasileira possuem poderes não privativos para realizar as obrigações e deveres indeclináveis do Poder Público. As regras da competência comum constituem objetos para uma preocupação e atuação protetiva concomitante dos entes federativos.²⁷ Na verdade, a competência comum evidencia que a obrigação de proteger os bens culturais é solidária entre os entes federativos. Em outras palavras, a coletividade possui o direito de cobrar do poder público, em todos os níveis, prestações protetivas dos bens culturais.

Ressalte-se que a Constituição da República ainda atribuiu, no inciso III de seu art. 129, ao Ministério Público a função de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do meio ambiente. Na legislação infraconstitucional, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, em seu art. 25, inciso IV, expressa sua obrigação institucional de instaurar o inquérito civil e manejar a ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. No âmbito do Ministério Público Federal, a Lei Comple-

²⁷ HORTA, Raul Machado. *Ob. cit.*, p. 36-365.

mentar n. 75, de 20 de maio de 1993, em seu art. 5º, inciso III, alínea “c”, expressamente dispôs que ao Ministério Público cabe a defesa do patrimônio cultural. Da mesma forma, para o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a Lei Complementar Estadual n. 34, de 12 de setembro de 1994, em seu art. 66, inciso VI, alínea “a”, determina ser função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção, prevenção e reparação de danos causados ao meio ambiente, aos bens e aos direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Isso significa que o Ministério Público é um dos órgãos estatais obrigados a oferecer respostas protetivas do patrimônio cultural.

6. FORMAS DE PROTEÇÃO

No parágrafo 1º de seu art. 216 a Constituição Federal estabelece que “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.” A disposição constitucional deixa claro que a enumeração dos instrumentos de proteção é meramente exemplificativa, podendo ser utilizados outros instrumentos protetivos como a ação civil pública, a instituição de museus ou memoriais de natureza institucional ou privada. Com certeza, vislumbrar formas de efetiva proteção ao patrimônio cultural constitui desafio importante e constante para todos os responsáveis pela prestação da atividade protetiva prometida constitucionalmente.

6.1 O tombamento

O tombamento é a forma de proteção mais divulgada e utilizada pelas administrações públicas para identificar o valor cultural de determinado bem e estabelecer restrições que o protejam. Pode-se entender por tombamento:

O ato final de um procedimento administrativo, resultante do poder discricionário da Administração, por via do qual o Poder Público institui uma servidão administrativa, traduzida na incidência de regime especial de proteção sobre determinado bem, em razão de suas características especiais, integrando-se em sua

gestão com a finalidade de atender ao interesse coletivo de preservação cultural.²⁸

A palavra *tombo* provém do direito português, mas tem origem no latim *tumulus*, que significa elevação da terra e foi utilizada para a demarcação de bens, talvez em referência a marcos com alteamentos dos limites das terras. O *tombamento* tem o significado de lançar em livro de tombo e não se confunde o ato de “por abaixo”. O *tombamento* é apenas, hoje, a inscrição no *livro do tombo*, tal como acontecia com os bens da Coroa que eram registrados nos livros guardados na Torre do Tombo, em Lisboa.²⁹

Essencialmente, o *tombamento* retrata a identificação e o registro de determinado bem que é considerado valioso.³⁰ Materialmente, o *tombamento* se expressa pela inscrição do bem em um dos livros denominados “livros de tombos” instituídos pela administração. Contudo, o tombamento constitui forma de proteção ao patrimônio cultural na medida em que impõe restrições em favor da preservação do bem identificado como de valor cultural. O tombamento implica no reconhecimento do valor cultural do bem, que é preexistente ao ato jurídico, mas constitui regime especial de proteção que impõe observar certas restrições. Desta forma, as restrições somente podem ser impostas após o ato de tombamento, seja ele provisório ou definitivo.³¹

Os artigos 11 a 20 do Decreto-Lei n. 25/37 tratam dos efeitos do *tombamento* e determinam restrições a alienabilidade, ao deslocamento e ao uso do bem. Conforme o art. 17 do referido Decreto, as coisas

²⁸ PIRES, Maria Coeli Simões. *Ob. cit.*, p. 278. Vale observar que a doutrina nacional diverge quanto ao tombamento instituir uma limitação administrativa ou uma servidão administrativa.

²⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d., tomo 6, p. 371 e MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 486.

³⁰ PIRES, Maria Coeli Simões. *Ob. cit.*, p. 75. Esclarece a autora que : “os vocábulos tombamento, tombo, tombar, segundo os principais dicionários e enciclopédias contemporâneos, ligam-se ao mesmo corpo semântico, significando registro, inventário e arrolamento.”

³¹ CASTRO, Sonia Rabello de. *Ob. cit.*, p. 96. Alerta a autora que o tombamento provisório produz os mesmos efeitos que o definitivo, salvo no que diz respeito às restrições à alienabilidade.

tombadas não poderão, em nenhum caso ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem tampouco, sem prévia autorização especial do órgão competente, ser reparadas, pintadas ou restauradas. As restrições impostas pelo *tombamento* não se limitam ao proprietário do bem tombado, alcançando também a terceiros. Nesse sentido, o art. 18 do Decreto-Lei n. 25/37 determina que, sem prévia autorização do órgão competente, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes.

Vale observar, no entanto, que o *tombamento* não interfere no domínio da coisa tombada. Fica claro no Decreto-Lei n. 25/37 que o *tombamento* pode recair sobre bens públicos ou privados. Se o poder público entender que a proteção exige interferência no domínio do bem, deverá utilizar a desapropriação.

Oferecendo suporte às restrições impostas pelo ato de *tombamento*, o art. 63 da Lei n. 9.605/98 tipifica como criminosa a conduta de

alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.

Resta claro que, por sua característica fundamental de impor restrições às faculdades da propriedade, o *tombamento* é forma protetiva que não tem aplicação aos bens de natureza imaterial.³² No entanto, há que se ressaltar que o *tombamento* não constitui única forma de proteção dos bens culturais. Em atenção ao poder/dever do Estado e da comunidade em proteger as manifestações culturais, garantido a todos o acesso às fontes de cultura, é necessário desenvolver outros instrumentos de proteção capazes de oferecer tutela adequada às diversas formas de expressão da cultura nacional.

Com razão, nos últimos anos, o poder público vem sofrendo críticas no sentido de que a política de proteção ao patrimônio cultural é

³² PIRES, Maria Coeli Simões. *Ob. cit.*, p. 85 e CASTRO, Sonia Rabello de. *Ob. cit.*, p. 69-70.

elitista, centrada unicamente no instrumento de *tombamento* e direcionada aos monumentos de *pedra e cal* construídos pelo poder civil e eclesiástico. Tal política é, sem dúvidas, excludente por não acolher a diversidade das manifestações culturais dos diversos grupos formadores da sociedade brasileiro.

6.2 Registro documental

Segundo o marco regulatório estabelecido pela União, o registro documental é a forma de proteção adequada ao trato dos bens culturais imateriais. Mas, o registro de um bem cultural em livro, por si só, não pode estabelecer forma de proteção do bem cultural. A inscrição do bem no livro pressupõe a constituição de um dossiê que contenha a descrição pormenorizada do bem cultural a ser registrado, bem como a especificação dos elementos que foram considerados culturalmente relevantes. É o dossiê do bem registrado que viabiliza o conhecimento da manifestação cultural. Por isso, a noção de “registrar” em documento deve ser ampla para abranger qualquer fixação de informações em suporte físico, como a gravação de CDs, DVDs e outros meios que permitam o maior e melhor armazenamento de informações.

A Lei Municipal n. 9000/04 é bastante esclarecedora quanto à natureza e aos objetivos do registro documental. Conforme o parágrafo 2º do art. 1º da referida lei,

o registro de bens culturais de natureza imaterial é o ato pelo qual a administração municipal reconhece a legitimidade dos bens culturais de natureza imaterial e promove a salvaguarda destes, por meio dos seguintes procedimentos: I – identificação; II – reconhecimento; III – registro etnográfico; IV – acompanhamento de seu desenvolvimento histórico; V – divulgação; VI – apoio; VII – outras formas de acautelamento e preservação.

O parágrafo 3º do art. 1º da mesma lei ainda deixa claro que

o objetivo do registro de bens culturais de natureza imaterial é proteger a cultura dos diversos grupos sociais que compõem o município, a fim de garantir as condições de existência e a manutenção dos bens culturais de natureza imaterial, sem tutela ou controle de práticas e de manifestações desses grupos.

Sem dúvidas, a proteção que o registro é capaz de oferecer se materializa no reconhecimento da existência e valor de determinada manifestação cultural. Registrar documentalmente a existência da manifestação é ato protetivo na medida em que constitui prova capaz de dar suporte a ações que visem impedir posterior utilização indevida dos conhecimentos e práticas envolvidos na manifestação cultural. Veja-se os exemplos do conhecimento tradicional de comunidades locais ou indígenas, bem como da dinâmica de um julgamento judicial de caso que desperte maior interesse na comunidade.

O conhecimento tradicional das comunidades locais ou indígenas, muitas vezes, indica a utilização industrial de determinado recurso natural. O acesso a esses recursos e utilização do conhecimento tradicional importa em verdadeira intervenção na cultura das comunidades que incorporaram às suas tradições os conhecimentos sobre a potencialidade dos recursos naturais. Em respeito ao patrimônio cultural das comunidades locais ou indígenas, o poder público deve assegurar proteção ao direito dessas comunidades de, eventualmente, não permitir a utilização de seu conhecimento tradicional. Por outro lado, é necessário reconhecer os direitos das comunidades de se beneficiar coletivamente por suas tradições e conhecimentos, bem como de serem devidamente compensadas quando ocorrer a utilização industrial dos mesmos.

O respeito às comunidades locais ou indígenas, talvez, seja um dos maiores desafios à sociedade pós-moderna, que é conduzida pela lógica da globalização das oportunidades de ganhos. Lamentavelmente, o Brasil nunca se caracterizou por respeitar tais comunidades. O registro formal da existência e valor do conhecimento tradicional das comunidades em livros instituídos pelo poder público poderá viabilizar ações protetivas concretas, em caso de desrespeito aos direitos decorrentes do reconhecimento do patrimônio cultural.

Mas, o registro documental constitui instrumento protetivo que se encontra também disponível ao uso do particular. No caso dos julgamentos judiciais, o registro documental tanto pode ser feito por órgão público encarregado de constituir e conservar um acervo de informações quanto por uma entidade privada ou pessoa física que se disponha a preservar a informação relativa ao fato. O registro da dinâmica de um julgamento judicial pode oferecer aos estudiosos do

direito e mesmo à sociedade informações precisas sobre o contexto histórico em que foram produzidos os argumentos considerados como os melhores e que foram capazes de conferir legitimidade às decisões proferidas. Os registros ainda podem revelar a evolução dos métodos de solução dos conflitos sociais e a importância da intervenção judicial para a paz social.

O registro documental, ao contrário do tombamento, é meramente declaratório do valor cultural do preexistente no bem a que se refere. Não produz qualquer efeito restritivo. O registro só pode ser considerado resposta estatal protetiva do patrimônio cultural na medida em que a declaração de valor contribua para a divulgação da manifestação cultural e possibilite a todos o acesso às fontes de cultural nacional, como determina o art. 215 da CF/88.

Vale observar que o registro documental não é pressuposto de outras formas de incentivo e apoio à manifestação cultural. A Lei n. 8.313, de 23 de dezembro de 1991, que estabelece o Programa Nacional de Apoio à Cultura – Pronac –, por exemplo, não condiciona a obtenção de recursos para a realização de projetos culturais ao registro documental ou tombamento dos bens culturais.³³

7. ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO

A Constituição da República deferiu ao Poder Público um papel muito importante na defesa do patrimônio cultural e este desafio se

³³ O Pronac tem a finalidade de captar e canalizar recursos para o setor cultural de modo a: I - contribuir para facilitar, a todos, os meios para o livre acesso às fontes da cultura e o pleno exercício dos direitos culturais; II - promover e estimular a regionalização da produção cultural e artística brasileira, com valorização de recursos humanos e conteúdos locais; III - apoiar, valorizar e difundir o conjunto das manifestações culturais e seus respectivos criadores; IV - proteger as expressões culturais dos grupos formadores da sociedade brasileira e responsáveis pelo pluralismo da cultura nacional; V - salvaguardar a sobrevivência e o florescimento dos modos de criar, fazer e viver da sociedade brasileira; VI - preservar os bens materiais e imateriais do patrimônio cultural e histórico brasileiro; VII - desenvolver a consciência internacional e o respeito aos valores culturais de outros povos ou nações; VIII - estimular a produção e difusão de bens culturais de valor universal, formadores e informadores de conhecimento, cultura e memória; IX - priorizar o produto cultural originário do País.

apresenta de maneira ainda mais relevante no que diz respeito à defesa das referências imateriais. Vale observar que a intervenção dos diversos órgãos do Poder Público na proteção do patrimônio cultural imaterial deve ser entendida como resposta obrigatória do Estado, na realização do mandamento garantidor imposto pela constituição. Isto significa que é ilícita a omissão do poder público em promover as ações protetivas do patrimônio cultural. Tal consideração ainda implica na aplicação da responsabilidade objetiva pela reparação e/ou indenização pelos danos que lhe forem causados, a teor do disposto no parágrafo 1º, do art. 14 da Lei Federal n. 6.938/81.

A intervenção que se dirige à proteção de bens jurídicos imateriais exige dos agentes públicos o exercício de habilidades, até então, pouco estimuladas e desenvolvidas. Os desafios da proteção ao patrimônio cultural impõem refletir sobre os instrumentos e oportunidades de intervenção mais adequadas para o cumprimento da obrigação institucional.

7.1 Identificação de valor cultural

A primeira etapa da tarefa protetiva dos bens culturais diz respeito ao reconhecimento/identificação das referências culturais que conferem identidade aos diversos grupos formadores da sociedade brasileira. Não se pode valorizar e proteger o que não se conhece. Por isso, inicialmente, devemos exercitar o olhar sobre as coisas que caracterizam a nossa própria identidade.

No entanto, lamentavelmente o trabalho do Poder Público para a identificação dos bens culturais de natureza imaterial ainda é incipiente. Pode-se dizer que este trabalho imponha o maior desafio da proteção ao patrimônio cultural por exigir do operador do direito uma visão sensível sobre as referências culturais que identificam os diversos grupos formadores da sociedade brasileira. Para se ter uma ideia da dificuldade, até hoje, em Minas Gerais, o IEPHA somente procedeu ao registro de um bem cultural de natureza imaterial. Trata-se do processo de fabricação artesanal do queijo do Serro.³⁴ Na União

³⁴ <http://www.iepha.mg.gov.br/bens-protetidos/bem-cultural-registrado>, acesso em 07.12.09. O registro foi procedido no Livro dos Saberes, em 07 de agosto de 2002.

a situação não é diferente e somente quinze manifestações culturais imateriais foram registradas.³⁵

A princípio, a identificação das referências culturais é tarefa dos órgãos públicos especificamente concebidos para a defesa do patrimônio cultural. No entanto, muitos outros órgãos devem contribuir neste trabalho de identificação/valorização de nossas referências culturais. Neste sentido, a atuação dos operadores do Direito, em especial dos membros do Ministério Público, pode alcançar destacado relevo. Considerando a capilaridade que o Ministério Público Estadual possui, pode-se vislumbrar a concreta possibilidade de identificação das manifestações culturais que se desenvolvem no âmbito das comarcas. Por meio de inquérito civil³⁶, o Promotor de Justiça pode constituir dossiê que reúna dados que o habilitem a provocar o procedimento de registro do bem cultural no órgão do patrimônio cultural. Conforme a abrangência da manifestação cultural, o Promotor pode provocar o órgão federal, estadual ou municipal para que proceda a análise do dossiê constituído e, eventualmente, o registro documental.

Vale observar que o trabalho ministerial não perde a razão de ser nos casos em que não exista órgão estadual ou municipal de proteção ao patrimônio cultural, em que o órgão de defesa do patrimônio existente deixe de proceder ao exame do dossiê ou venha a indeferir o registro documental. De qualquer forma, ainda pode (deve) o Promotor de Justiça encaminhar cópia do dossiê ao arquivo público (estadual ou municipal), à biblioteca nacional e, até mesmo, a um banco de dados do próprio Ministério Público, de modo que o material produzido possa servir para divulgação e posterior pesquisa sobre o bem cultural, viabilizando a todos o acesso às fontes de cultura, conforme determina o art. 215 da CF/88.

7.2 Estudo de impacto sobre o patrimônio cultural

A Constituição da República, no parágrafo 1º, inciso IV, de seu art. 225, determina que o poder público está obrigado a exigir estudo

³⁵ <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarPaginasSecao.do?id=12456&retorno=paginaIphan>, acesso em 07.12.09.

³⁶ Conforme art. 26, inciso I, da Lei 8.625/93, art. 7º, inciso I, da Lei Complementar Federal nº 75/93 e art. 67, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 34/94 (MG).

prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação ambiental.³⁷

O estudo prévio de impacto ambiental deve atender aos termos da Resolução 001/86 do CONAMA. De acordo com o art. 5º da referida Resolução o estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, obedecerá as diretrizes gerais que menciona. Entre elas, no art. 6º, a Resolução menciona que o estudo deve conter diagnóstico ambiental da área de influência do projeto sobre “os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade”. A Resolução fez referência expressa apenas ao patrimônio cultural material. No entanto, a enumeração feita não é taxativa e a obrigação constitucionalmente imposta não se limita aos cuidados com os bens culturais materiais. Muito ao contrário, também é obrigação do poder público exigir estudo prévio sobre os impactos que o empreendimento possa causar nos bens de natureza imaterial.

Por isso, todos os órgãos públicos envolvidos no processo de licenciamento ambiental devem zelar para que, nos empreendimentos que potencialmente possam interferir em manifestações culturais imateriais, a questão seja cuidadosamente avaliada.

7.3 Ação civil pública

A ação civil pública é o instrumento protetivo do patrimônio cultural pelo qual os legitimados, dentre eles o Ministério Público e a defensoria pública, provocam a tutela judicial. A referida ação pode ter como objetivos a reparação, indenização ou prevenção dos danos, bem como a inibição ou remoção de condutas contrárias ao Direito. O manejo da ação civil pública pode materializar tutelas efetivamente protetivas do patrimônio cultural imaterial. É o caso da ação proposta contra o órgão ambiental, pedindo que o mesmo seja condenado a exigir o estudo prévio de impacto sobre o meio ambiente cultural em

³⁷ A Resolução nº 001/86 do CONAMA, em seu art. 2º, enumera exemplos de atividades potencialmente poluidoras que exigem a realização de estudo prévio de impacto.

determinado processo administrativo de licenciamento ambiental. Da mesma forma, se um determinado empreendimento já em atividade estiver interferindo nocivamente em bens culturais imateriais, a ação civil pode ser manejada contra o empreendedor para obter condenação que lhe imponha a obrigação de não continuar com a atividade ou adequá-la de modo a impedir a continuidade da lesão ao ambiente cultural. Pode-se até instrumentalizar tutela inibitória visando impedir o uso industrial, não autorizado, de conhecimento tradicional. Vale lembrar que os mesmos efeitos podem ser mais rapidamente obtidos por meio de Termo de Ajustamento de Conduta, nos moldes do parágrafo 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/85.

A ação civil pública pode ser manejada para a tutela de bem que ainda não tenha sido reconhecido como de valor cultural pelo poder público.³⁸ Sem dúvidas, a proteção que o Ministério Público e o Poder Judiciário estão obrigados a oferecer ao patrimônio cultural não podem restar dependentes da iniciativa da administração pública em promover o tombamento ou o registro documental do bem cultural. Tal conclusão decorre do princípio da indeclinabilidade da jurisdição que ressalta a obrigação do magistrado em tornar efetiva a tutela jurídica conferida constitucionalmente aos bens integrantes do patrimônio cultural. A final, a constituição reza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, no inciso XXXV de seu art. 5º. Isto significa que o Estado-juiz é o principal destinatário do dever de proteção e a ele cabe prestar tutela jurisdicional efetiva aos direitos fundamentais.³⁹

Já se discutiu na doutrina sobre a possibilidade de manejar a ação civil pública em face do órgão cultural pleiteando condenação que o obrigue a proceder ao tombamento de bem cultural. Considerando que o reconhecimento de valor cultural é ato discricionário da administração pública, Sonia Rabello entende que o Poder Executivo não pode ser substituído nesta apreciação discricionária pelo

³⁸ FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 126. Nesse sentido, também vale citar o acórdão do TJMG no Recurso de Agravo nº 1.0000.00.335443-8/000(1), cujo relator foi o eminente Des. Wander Marota.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 187-188.

Poder Judiciário.⁴⁰ Já Hely Lopes Meirelles sustentou a possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização do tombamento, nos casos em que sua omissão trouxer prejuízos à proteção do bem.⁴¹ Édis Milaré, por outro lado, entende que o Poder Judiciário pode declarar a existência de valor cultural no bem e estabelecer as restrições necessárias à sua preservação, cabendo a fiscalização e aprovação de intervenções que possam lhe trazer repercussões aos órgãos especializados do Poder Executivo.⁴² No caso de bens imateriais, as mesmas dúvidas podem se apresentar quanto a um pedido de condenação em obrigação de fazer o registro documental. Contudo, um exame mais cuidadoso faz perceber que a polêmica não mais se justifica.

Hoje a doutrina percebe que da garantia constitucional aos direitos fundamentais decorrem correlatos direitos à prestação de proteção que são oponíveis às três esferas de manifestação de poder do Estado. O novo sistema processual em vigor, em especial após a nova redação do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor que é aplicável à defesa do patrimônio cultural por expressa disposição do art. 21 da Lei de Ação Civil Pública, é comprometido com a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. No contexto das tutelas de afastamento do ilícito e inibitória⁴³, o juiz pode declarar a existência de valor cultural de determinado bem e estabelecer medidas mais adequadas à sua proteção ou determinar que a administração proceda ao tombamento ou ao registro documental do bem cultural, conforme o caso.

Cabe observar, no entanto, que quando o juiz optar por declarar o valor cultural dos bens materiais ainda é necessário o estabelecimento de medidas restritivas análogas ao do tombamento. De mesma forma, no caso dos bens imateriais a proteção efetiva não se opera tão somente por seu registro nos livros próprios da administração. É necessário constituir dossiê descritivo que permita a conservação fiel da memória de suas manifestações e disponibilizá-lo à consulta pública, de modo a permitir a comunidade o livre e permanente acesso

⁴⁰ CASTRO, Sonia Rabello de. *Ob. cit.*, p. 95.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.*, p. 491.

⁴² MILARÉ, Édis. *Ob. cit.*, p. 212-213.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 263-269.

aos dados relativos ao bem cultural. Nos termos do art. 215 da CF, a efetividade da proteção ao bem cultural exige garantir o acesso às fontes de cultura e isto pode ser feito, até mesmo, sem o registro nos livros da administração.

A efetividade da ação protetiva do bem cultural imaterial implica na preservação das informações sobre sua existência e características, de modo a garantir o acesso público a tais informações. Na verdade, nosso desafio é relegar ao desuso o velho ditado segundo o qual “o brasileiro tem memória curta.”

7.4 Preservação da memória institucional

Cabe ainda observar que as diversas instituições do Poder Público devem envidar esforços para preservar a memória de sua própria história, registrando as iniciativas de seus membros, as fases de sua evolução institucional, as dificuldades enfrentadas e as conquistas alcançadas ao longo de sua trajetória de serviços prestados em favor da sociedade.

Neste sentido, o Ministério Público de Minas Gerais, em abril de 2008, por meio de Resolução do Procurador-Geral, instituiu o Memorial do Ministério Público. O Memorial foi inaugurado em dezembro de 2008, tendo por objetivos conservar, recuperar e divulgar testemunhos materiais e imateriais representativos da história institucional. O memorial está sob a coordenação da Diretoria de Informação e Conhecimento do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público, que desenvolve ações protetivas com enfoque nos espaços, nas pessoas e coisas do Ministério Público.

No âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a memória institucional é preservada por meio do Museu da Memória do Judiciário Mineiro que foi instituído em 09 de novembro de 1988, pela Resolução n. 108, na gestão do então Presidente Desembargador José Arthur de Carvalho Pereira. No discurso de inauguração do museu, em 29 de novembro daquele ano, o Presidente do Tribunal afirmou que “esse ambiente será o testemunho expressivo do que fomos e a explicação melhor do que hoje somos. É o encontro do presente com o passado; o encadeamento das gerações numa simbiose de idéias, de cultura e de sentimentos”. O Desembargador Antônio Pedro Braga, ex-Presidente

do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e primeiro Superintendente da Memória do Judiciário, por sua vez, teve a oportunidade de ressaltar que “a preservação da memória histórica, seja de uma época, de um povo, de uma instituição ou como, no caso, de um importante setor da administração pública, que é o Poder Judiciário de Minas Gerais, é demonstração de cultura, prova de alto entendimento, sinal evidente de puro civismo”.⁴⁴ Posteriormente, a Resolução n. 519/2007 estabeleceu que o museu tem como objetivo manter o acervo histórico do Tribunal de Justiça atualizado e acessível às diversas áreas do órgão e à sociedade em geral, de modo a contribuir para fortalecer e aprimorar a imagem institucional.

As instituições privadas também são constitucionalmente obrigadas a proteger o patrimônio cultural. Neste contexto, a Associação dos Magistrados Mineiros – AMAGIS – recentemente inaugurou, em 14 de outubro de 2009, o Memorial da AMAGIS como objetivo de preservar a memória dos 55 (cinquenta e cinco) anos de lutas em prol dos interesses dos magistrados mineiros. A iniciativa foi possível devido aos esforços desenvolvidos pelos Desembargadores Tibagy Sales, Reynaldo Ximenes e Maurício de Paula Delgado, bem como pelo juiz João Grinalson da Fonseca. O memorial possibilitará a todos os juízes e a qualquer cidadão conhecer como surgiu a entidade de classe, seus personagens mais destacados, seus desafios e suas conquistas. Sem dúvidas, a iniciativa do memorial constitui um exemplo a ser celebrado de consciência cidadã que invoca a participação de todos os associados para o registro de uma história sempre inacabada de construção de nossa própria identidade.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta breve reflexão pretendeu apenas destacar que o patrimônio cultural imaterial é parte integrante do meio ambiente e, como tal, recebe as garantias constitucionais próprias aos direitos humanos fundamentais. Os diversos órgãos do poder público têm o dever de protegê-lo, para a presente e as futuras gerações. Mas, tal obrigação não recai somente sobre as instituições do poder público: recai sobre todos

⁴⁴ <http://www.tjmg.jus.br/memoria/>, acesso em 07.12.2009.

nós, enquanto agentes públicos e cidadãos que estamos construindo a história de nossa sociedade. Para tanto devemos enfrentar o desafio de desenvolver nossa sensibilidade para identificar e valorizar nossas referências culturais imateriais, bem como ações protetivas que sejam realmente efetivas a preservá-las.

9. BIBLIOGRAFIA

BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves ed., 1980.

CASTRIOTA, Leonardo Barci. Patrimônio: conceito e perspectivas. In *Preservação do Patrimônio cultural – nossas casas e cidades, uma herança para o futuro !*. Coord. Altamiro Sérgio Mol Bessa. Belo Horizonte: Crea-MG, 2004.

CASTRO, Sonia Rabello de. *O estado na preservação de bens culturais – o tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Proteção do meio ambiente (o caso do parque do povo)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1990.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d., tomo 6.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Princípios básicos da proteção ao patrimônio cultural. In *Mestres e conselheiros-manual de atuação dos agentes do patrimônio cultural* / organização Marcos Paulo

de Souza Miranda, Guilherme Maciel Araújo e Jorge Abdo Askar. – Belo Horizonte: IEDS, 2009.

PINTO, Antonio Carlos Brasil. *Turismo e meio ambiente: aspectos jurídicos*. Campinas, Papirus, 2003.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.

RIBEIRO, Darcy. *Teoria do Brasil*. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1972.

SANTOS, Theobaldo Miranda. *Manual de Sociologia*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1971.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

6

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E PODER DE POLÍCIA

Fernando Humberto dos Santos

1. O REGIME JURÍDICO DAS ESTATAIS

Prestar à comunidade serviços que devem satisfazer às necessidades do administrado, sejam primárias ou secundárias, é a primordial atribuição da gestão pública. Algumas são próprias do Estado, como segurança, saúde e higiene públicas. Outros serviços são descentralizados. Os primeiros são considerados essenciais e diretamente prestados pelo Estado, diante de sua importância no contexto social. Para Edimur Ferreira de Faria, os serviços públicos devem ser considerados essenciais ou não essenciais.

Da primeira categoria são os serviços prestados pelo Estado, diretamente, em razão de sua importância no contexto social. São exemplos de serviços indelegáveis: a prestação jurisdicional, a defesa nacional, a segurança interna, a preservação da saúde pública, a fiscalização e outros que dependem do poder de império ou do poder de polícia para que sejam prestados. (*Curso de Direito Administrativo Positivo*, p. 355, 4. Edição, 2001. B. Horizonte: Del Rey).

Para o desenvolvimento objetivo da tese aqui esposada parece-me necessário cuidar da ideia da descentralização dos serviços públicos, pois as obrigações do Estado, diante das modernas relações jurídicas e das crescentes necessidades dos administrados, acarretaram-lhe uma sobrecarga funcional e o gigantismo de suas estruturas, com forte im-

pacto econômico dos custos a combalir a receita, provocar lentidão a afetar a eficiência da prestação. De há muito que se denomina esta circunstância como sendo “a crise administrativa do estado”. Desta forma, justifica-se a descentralização administrativa como a alternativa para, atribuindo competências a outros entes públicos, alcançar melhor e mais efetiva prestação dos serviços em evidente alívio da máquina estatal quanto ao peso e imobilismo incômodos.

O serviço descentralizado consiste na transferência da execução às autarquias, fundações, empresas estatais, privadas, de economia mista ou a particulares. Pode ocorrer por outorga (caso da BHTRANS), ou por delegação, quando realizada através de contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão ou autorização). O Estado, em todos esses casos, continua com a responsabilidade por determinado serviço e permanece com a sua titularidade. No primeiro caso, e no caso dos convênios, porque não há terceirização, mas transferência de competência junto aos próprios órgãos. No segundo caso porque o delegado assume o dever de prestar o serviço e o faz segundo os parâmetros fixados e alteráveis pelo poder público. A delegação, o que não é o caso aqui tratado, é estipulada por tempo definido e caráter transitório. Apesar de estar sendo prestado por entidade não governamental, mesmo privada, o serviço público estará sempre sujeito ao regime jurídico, regulamentação e controle do poder público.

Autarquia é a própria extensão do Estado com atribuição específica. Empresa pública é pessoa jurídica de direito privado, de capital exclusivamente público, mas com atuação em área de interesse privado. A sociedade de economia mista é pessoa jurídica igualmente de direito privado. É paraestatal que deve submeter-se ao Estado, na sua administração, por força de seu objeto, sempre de interesse público. Integra a administração indireta, da mesma forma que as demais.

A princípio distingue-se a empresa pública da sociedade de economia mista porque na primeira o capital é exclusivo das entidades governamentais, enquanto na segunda existe a possibilidade de participação de particulares na reunião de recursos para a realização de uma finalidade, quase sempre, econômica. Justifica sua existência a insuficiência de recursos para o estado aplicar num determinado

empreendimento que, direta ou indiretamente, apresenta interesse social. A ele se associam os particulares. Esses motivados pelo lucro.

De economia mista é, sempre, uma *sociedade anônima*, por força do artigo 5º, do Decreto-lei 200, na redação que lhe impôs o Decreto-lei 900/69. Não tem os privilégios das pessoas de direito público, sem isenções fiscais e foro privilegiado. A participação do estado pode ser majoritária ou minoritária, no entanto, mais da metade das ações com direito a voto devem pertencer-lhe, com o objetivo de conservar, para ele, o domínio do destino da empresa. Seu pessoal é regido pela CLT. Não são servidores públicos. Espécie de sociedade regida, então, pelo direito privado, de tal forma que sua personalidade não se confunde com a das pessoas que integralizam o seu capital. Ensina João Eunápio Borges que:

O objeto da sociedade anônima há de ser sempre de finalidade lucrativa. De natureza civil ou mercantil, mas sempre de fins econômicos ou lucrativos. (*Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 386)

Segundo a lição de Hely Lopes Meirelles:

Como pessoa jurídica privada, a sociedade de economia mista deve realizar, em seu nome, por sua conta e risco, atividades de utilidade pública, mas de natureza técnica, industrial ou econômica, suscetíveis de produzir renda e lucro, que o estado tem interesse na sua execução, mas reputa inconveniente ou inoportuno ele próprio realizar e, por isso, outorga ou delega a uma organização empresarial privada, com sua participação no capital e na direção da empresa, tornando-a mista e fomentando-a na sua criação e desenvolvimento. O Poder Público incentiva e faz realizar, assim, atividades úteis aos seus próprios serviços, ou ao público em geral, nos setores em que sua atuação direta seria desaconselhável. Grifei. (*Direito Administrativo Brasileiro*, S. Paulo: Malheiros, 21. Edição, p. 332)

Edimur F. de Faria discorda de Hely Lopes Meirelles, quando admite que a sociedade mista possa vir a ser criada para prestação de serviços públicos como atividade não econômica:

Essa posição não é de fácil sustentação, visto que o art. 5º, III, do Decreto-lei n. 200/67, define a empresa mista como entidade des-

tinada à exploração de atividade econômica. A conjugação desse dispositivo com o art. 173, da constituição da República conduz ao entendimento de que a sociedade de economia mista deve ser criada para atuar no campo econômico. (Curso de Direito Administrativo Positivo – p. 91- 4. Edição – 2001. Editora Del Rey – B. Horizonte).

Traz consigo boa companhia. Nestas sociedades

(...) se reúnem e se harmonizam os princípios da economia capitalista e individualista – que tem por fim o lucro pessoal – com os da economia coletiva e dirigida – que busca o bem geral – assegurando-se à direção da empresa uma forma nitidamente mercantil (...) (Oscar Saraiva – artigo na Revista Forense n. 100, p. 234).

A Sociedade Anônima guarda características próprias. Regida pelo direito privado, da mesma forma que qualquer outro tipo de sociedade comercial constitui-se em empresa, de tal forma que sua personalidade não se confunde com a das pessoas que integram o seu capital. Esse o princípio da separação do patrimônio da sociedade e dos sócios ou acionistas. Remonta ao período histórico do mercantilismo a ideia desta forma de união do capital de pessoas para construir, armar, equipar e manter um navio para as viagens ultramarinas e o comércio marítimo. Quando se formou, na Holanda do século XVII, ambas as Companhias das Índias houve coleta de capital entre o povo e diante do número elevado de associados, o capital foi dividido em partes, na forma do que hoje conhecemos por ações. Desde então, esta nova forma de personalidade que se desenvolveu com sucesso no mundo econômico permitiu a grande expansão industrial dos fins do século XIX, refletindo-se brilhantemente na economia mundial até os dias de hoje.

A rigor, os tratadistas do direito Comercial referem-se às sociedades de economia mista no universo das S.As. Para Vinícius Gontijo, comercialista de escol:

A necessidade de obtenção do lucro se escancara também para as sociedades de economia mista com a revogação, pela Lei n. 10.303/2001, do art. 242 da LSA, que vedava a declaração da falência destas entidades, quando competia ao agente instituidor aportar os recursos necessários para evitar isso.

É ele ainda que, referindo-se ao artigo 206, b, da Lei das S.A., inciso II, b e citando Roberto Carvalhosa, aprofunda-se na necessidade de que toda S.A. seja lucrativa, sob pena de ser dissolvida.

O conceito de fim social, cuja realização é requisito de continuidade da companhia, traduz-se como capacidade de realização de lucros a serem distribuídos aos acionistas. A apuração de lucros distribuíveis e efetivamente a serem distribuídos aos acionistas é da essência da sociedade anônima. E esse princípio fundamental está reforçado na lei vigente pela distribuição obrigatória de dividendos prevista nos seus arts. 202 a 205. (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4. p. 62)

E arremata, com propriedade:

A necessidade de obtenção do lucro se escancara também para as sociedades de economia mista com a revogação, pela Lei n. 10.303/2001, do art. 242 da LSA, que vedava a declaração da falência destas entidades, quando competia ao agente instituidor aportar os recursos necessários para evitar isso. Agora, como já se sabia e constata-se com a revogação do art. 242 da LSA, as sociedades de economia mista têm de obter lucro para distribuir aos seus acionistas e, também, para não terem sua falência declarada, cabendo aos administradores da companhia a responsabilização normal se não atenderem aos fins da sociedade e mesmo caberia ao ente que a instituísse na condição de acionista controlador (Vinícius Gontijo)

Para Osmar Brina:

Os deveres e responsabilidades dos administradores das companhias de economia mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas (art. 239, parágrafo único, LSA). A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os mesmos deveres e responsabilidades de acionista controlador, mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação (art. 238). (CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 497.)

Com efeito, após o advento da Lei 10.303/01 e a revogação expressa do artigo 242, da Lei das S.A., restou extinta a impossibilidade de falência das sociedades de economia mista, bem como de ausência de responsabilidade subsidiária de suas controladoras por suas obrigações.

Art. 10. São revogados o art. 242, da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e os arts. 29 e 30, da Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

Muito antes (por volta de 1970) Rubens Requião já pregava a necessidade de reforma de alguns pontos da Lei das S.A para deixar a Sociedade de Economia Mista mais apropriada a seus fins, diante da nova economia de mercado das últimas décadas (Curso de Direito Comercial – 11. Edição – 1982 – Saraiva – Vol. 2, p. 37). E dizia:

quem considera a sociedade de economia mista uma entidade destinada a atividade de natureza mercantil sob a forma de sociedade anônima é a própria lei de reforma administrativa. (autor e obra citados).

Os Administrativistas, de um modo geral, cuidam da matéria junto às Autarquias, Empresa Pública e Fundações regidas pelo interesse público. Tratam-na, como Hely Lopes Meirelles, somente como instrumento da descentralização administrativa, advertido que está ela, quando exerce atividade econômica condicionada a fazê-la em igualdade de condições com a iniciativa privada.

Mas isto não impede que o Estado trespasse à sociedade de economia mista serviços públicos compatíveis com a natureza da instituição, mesmo que não consubstanciem atividades econômicas, e, neste caso, pode operá-los em condições diversas das da iniciativa privada, pois não haverá qualquer ofensa à ordem econômica e social. (Direito Administrativo Brasileiro – 21. Edição – Malheiros – 1990 – p. 334).

Como já dissemos, linhas atrás, esse entendimento de Hely Lopes Meirelles, por certo, estabelecido antes da Emenda Constitucional 19/98 valeu a crítica de Edimur Ferreira de Faria, para quem não teria personalidade jurídica adequada para tais serviços a sociedade de economia mista, pois o capital privado não se interessaria por participar de um ente que não estivesse voltado para o lucro. E arremata:

O § 1º do art. 173 da lei Maior, com a redação que lhe conferiu a Emenda Constitucional n. 19/98 cristaliza este nosso entendimento ao dispor: ‘A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou de comercialização ou de prestação de serviços, dispondo sobre’:

O serviço referido no novo texto constitucional não é serviço público, mas atividade econômica ao lado da atividade de produção e comercialização. **Para a prestação de serviços públicos pelo**

Poder Público deve ser criada autarquia ou fundação. (grifei).
(Curso de Direito Administrativo Positivo – p. 91 – 4. Edição – 2001. Editora Del Rey – B. Horizonte).

De outro enfoque, anterior, mesmo, à emenda 19/98, parte da doutrina entende que o próprio caráter misto do capital da sociedade de economia mista, por si só, já pressupõe que esta empresa não pode ser submetida de forma integral ao regime privatístico. Está na própria essência desta empresa o conflito público-privado. Neste passo, a lição de José Cretella Júnior:

Com efeito, os fins visados pelo sócio-Estado são radicalmente opostos aos fins pretendidos pelo sócio-particular. O sócio-Estado objetiva alcançar o interesse público, no mais alto grau. O sócio-particular objetiva o lucro pessoal, se possível a curto prazo. (Curso de Direito Administrativo. Ed. Forense, 14. edição, 1995, p. 52.)

Por seu turno, José Afonso da Silva demonstra que a liberdade de iniciativa, na ordem econômica constitucional, está delimitada pelo regramento estabelecido pelo Poder Público:

A atividade econômica, no regime capitalista, como é o nosso, desenvolve-se no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores de empresa privada. É claro que (...) numa ordem econômica destinada a realizar a justiça social, a liberdade de iniciativa econômica privada não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público. (Curso de Direito Constitucional Positivo 5. ed. São Paulo: RT, 1989, p. 550)

2. A DOCTRINA BRASILEIRA E O PODER DE POLÍCIA

Segundo Cretella Júnior, é um “conjunto de poderes coercitivos exercidos ‘in concreto’ pelo Estado, sobre as atividades dos administrados, através de medidas impostas a essas atividades.” Mas pode ser entendido também como sendo “o conjunto dos atos de execução dos regulamentos, (...) bem como das leis.”

Para Hely Lopes Meirelles é a “faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades, direitos individuais, em benefício da coletividade ou do

próprio Estado” (Direito Administrativo Brasileiro, 21. ed., Malheiros ed., SP, p. 115).

Ensina o professor Edimur Ferreira de Faria sobre a competência para o exercício da polícia administrativa:

Inicialmente, é oportuno registrar **que só a Administração direta**, nas três esferas da Administração Pública, e as autarquias têm competência para exercer a polícia administrativa. Hoje, as fundações de direito público, por serem verdadeiras autarquias, parecem ter legitimidade para desempenhar essa função. As demais entidades integrantes da Administração indireta e as concessionárias de serviços públicos não têm legitimidade para exercer a polícia. (Curso de Direito Administrativo Positivo – p. 204 – 4. Edição – 2001. Editora Del Rey – B. Horizonte). grifei.

As sanções de polícia são medidas punitivas que acompanham o poder de polícia, indispensáveis a sua eficiência, em virtude da natureza coercitiva deste, sem as quais não teria sentido a sua existência, porque não se conseguiria o fim público almejado. Assim ensina Álvaro Lazzarini, em Estudos de Direito Administrativo, Ed. RT, 1ª ed., p. 197.

Portanto, sendo o Poder de Polícia uma parcela direta do exercício das autonomias dos entes federativos, integrante da ordem pública, diretamente interventiva nos direitos fundamentais do indivíduo e tendo as bases do interesse público e a supremacia deste sobre o do particular como fundamentos, não pode ser delegado a terceiros, estranhos da autonomia dotada pela Constituição Federal.

Citemos uma vez mais Álvaro Lazzarini:

O Poder de Polícia é um conjunto de atribuições da Administração Pública, indelegáveis aos particulares, tendentes ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidentes não só sobre elas, como também em seus bens e atividades. (idem, p. 203).

O Poder de Polícia, por sua extensão e amplitude, bem como pelos seus atributos – auto-executoriedade, coercibilidade e discricionariedade – não pode estar nas mãos de pessoas não integrantes da Administração Pública, com interesses diversos, pois, ao menos em tese, não pactuados com os elevados interesses públicos que o legitimam.

Bem por isso é possuidor de limites e os excessos acarretam responsabilidades civis, administrativas ou penais, a quem deles abusar. Nesses limites, dentre outros, encontram-se:

Como todo o ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela lei, quanto à competência e à forma, aos fins e mesmo em relação aos motivos ou ao objeto:... (Di Pietro, Direito Administrativo, Ed. Atlas, 3. ed., p. 92).

Se os detentores das ações da Sociedade de Economia Mista que vêm exercendo Poder de Polícia são apenas pessoas jurídicas de direito público ou empresas públicas, nem por isso deixa de ser empresa privada a sociedade mista. É uma S.A. e suas ações podem, muito bem, ser alienadas a particulares, bastando haver autorização legislativa. Nem mesmo se exige que a maioria delas fique nas mãos do município. A maioria do capital votante é que lhe deve ser conservado. Convenhamos que, na onda de privatização existente, uma sociedade mista lucrativa sempre será alvo do interesse e da cobiça da iniciativa privada.

O Desembargador Rogério Medeiros Garcia de Lima, doutor em Direito Público pela UFMG, em artigo há algum tempo publicado no jornal Estado de Minas, adverte sobre o mau emprego do poder de polícia, até mesmo por órgãos próprios da administração direta. Diz ele:

O fundamento do poder de polícia é, portanto, a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Daí já ter decidido o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que o poder de polícia existe para a “defesa dos direitos e dos interesses sociais do Estado”.

A finalidade da aplicação das multas deveria ser a garantia da segurança do trânsito e a punição pedagógica dos motoristas infratores. Quando, porém, as multas são arrecadadas como atividade empresarial, com fins lucrativos, desvirtua-se o legítimo exercício do poder de polícia. Em vez de visar o interesse público, passa-se a satisfazer o interesse comercial de empresários, consorciados com o Poder Público.

Isso explica o posicionamento insidioso dos radares nas rodovias e vias urbanas. São posicionados sempre nos trechos retilíneos, locais de pouco acidentes. Ficam camuflados nos matagais. Não há intuito de interesse público, ou seja, de impor respeito às re-

gras do Código Nacional de Trânsito, prevenir acidentes e garantir a incolumidade dos cidadãos. Onde há lucro, pode haver corrupção.” Destaquei.

Ora, o poder de polícia, como se sabe, é poder indelegável. Ou o estado o exerce através de órgãos próprios, ou não pode ser exercido, senão em condições especialíssimas e previstas em lei. O que, evidentemente, não é o nosso caso. – E porque não é o nosso caso? Por que a Lei 9.503/97 (CBT) ao mencionar a possibilidade de delegação das atividades previstas no Código (art. 25) somente se refere àquela ocorrida entre os próprios integrantes do sistema ou a outros órgãos administrativos que, mesmo que dele não façam parte, possam exercer o poder de polícia; é o caso, por exemplo, das Polícias Militares, integrantes do sistema de administração direta, porque o exercício do poder de polícia visa atividade própria da administração, serviços públicos fundamentais para a população, como o é o serviço de segurança do trânsito.

Ora, ainda que se admitisse a possibilidade de delegação do poder de polícia a particulares, a própria natureza do convênio ou do contrato desfiguraria qualquer possibilidade de ser realizada, pois o particular tem objetivo diverso do que a própria eficiência, segurança e bem estar das pessoas, no espaço público urbano ou não. A empresa privada necessita da contraprestação pelo exercício da atividade fiscalizadora e por isso prioriza o lucro.

7

PENAS ALTERNATIVAS: NOVOS HORIZONTES

Herbert José de Almeida Carneiro

1. INTRODUÇÃO

O Brasil inteiro, de norte a sul, envolveu-se, recentemente (de 27 a 30 de agosto de 2009), num histórico debate sobre segurança pública, com o responsável compromisso de transformação de uma política pública, sabidamente, quase sempre, voltada para uma visão míope de ações policiais destinadas ao controle social, focado especialmente sobre os pobres, como resquício de um período ditatorial, para nossa sorte, uma página virada de nossa história. Mudar a prática da segurança pública, importa na quebra de paradigmas e na construção de princípios e diretrizes que tenham por escopo a promoção permanente de mudanças necessárias à concretização da cidadania brasileira.

Para legitimação de todo esse processo de debate republicano, cerca de 500 mil pessoas envolveram-se em Conferências Livres, Conferências Estaduais e Municipais e Seminários Temáticos. No chamado “caderno de princípios e diretrizes”, que serviu de norte para os grupos de trabalho, havia propostas as mais relevantes e abrangentes sobre o tema da segurança pública, todas democraticamente construídas com o especial empenho da sociedade civil, dos trabalhadores da área e gestores públicos das três esferas de governo.

Entre os princípios democraticamente aprovados, merece especial destaque, por guardar estreita relação com a temática ora abordada, o reconhecimento sobre a necessidade de reestruturação do sistema

penitenciário, de modo a torná-lo mais humanizado e respeitador das identidades das pessoas, com capacidade efetiva de ressocializar os apenados. E mais, a necessidade imperiosa de garantir legitimidade e autonomia de gestão do sistema penitenciário, com opção privilegiada pela adoção de formas alternativas à privação da liberdade, a ser feita com o incremento de estruturas eficientes de fiscalização e monitoramento, a fim de alcançar índices satisfatórios de executividade e, via de consequência, enfrentar a criminalidade de forma mais racional.

No campo das diretrizes, também aprovadas legitimamente, cabe destacar a opção de prioridade na agenda política, administrativa e financeira dos governos para a implantação de um Sistema Nacional de Penas e Medidas Alternativas, com a criação de estruturas e mecanismos nos Estados e no Distrito Federal, no âmbito do executivo, visando a estruturação e o aparelhamento dos órgãos de justiça criminal de modo a tornar efetiva, em todo o país, a política pública de aplicação, monitoramento e fiscalização das alternativas penais.

Pela primeira vez na história do Brasil, deu-se uma discussão verdadeiramente democrática sobre os rumos a serem buscados para a política de segurança pública, com especial enfoque nas alternativas penais, como já realçado anteriormente. Resta, agora, colocar em prática os princípios e diretrizes legitimamente aprovados, fazendo valer o papel de cada um dos atores envolvidos no debate, com destaque para os poderes públicos e a sociedade civil organizada. Não se deve descurar, por um momento sequer, de uma ação permanente de cobrança sobre a efetividade das propostas democraticamente eleitas pelo povo brasileiro, na crença de que viável uma segurança pública de melhor qualidade.

2. AS ALTERNATIVAS PENAIS NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Mas, o discurso e a ação sobre as alternativas penais não é uma novidade no Brasil, embora não tenha antes experimentado os holofotes do momento conferencista, desde setembro de 2000, no âmbito do Ministério da Justiça, surgiu o Programa Nacional de Apoio às Penas Alternativas, seguindo diretriz do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, a ser executado pela gerência da Central Na-

cional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CENAPA), então vinculada à Secretaria Nacional de Justiça, tendo como missão gerar as atitudes necessárias para a difusão da aplicação das alternativas penais no Brasil, valendo, para isso, de recursos oriundos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN).

No ano de 2002, buscando alcançar uma dimensão de consolidação da política pública de prevenção criminal, mediante a disseminação da cultura da aplicação das alternativas penais em todo o país, foi criada, por meio da portaria ministerial n. 153/02, a Comissão Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas (CONAPA), composta por juízes de direito, defensores públicos, promotores de justiça, psicólogos e outros técnicos com conhecimento e experiência na área de execução das alternativas penais, em todo o Brasil.

Com muita honra, integro a Comissão Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas (CONAPA), desde 2003, e atesto o valioso trabalho por ela desenvolvido, com especial destaque para a primeira edição do Manual de Monitoramento de Penas e Medidas Alternativas, instrumento que passou a orientar o fluxo procedimental das ações no âmbito das centrais de acompanhamento de penas e medidas alternativas, em todo o país, trazendo em seu bojo organogramas que visam uma ação unificada e organizada da tarefa de monitorar, acompanhar e fiscalizar a execução das alternativas penais.

E a CONAPA não para por aí, na luta obstinada por tornar as alternativas penais uma política pública de verdade, consegue, em 2003, junto ao Ministério da Justiça, com o apoio imprescindível do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, uma demonstração clara de fortalecimento e apoio ao Programa Nacional das Alternativas Penais, com estratégias focadas nos seguintes objetivos: I – produção e disseminação de conhecimento acerca da execução das penas e medidas alternativas; II – identificação, avaliação e fomento de boas práticas nesta área; e III – apoio técnico e financeiro aos judiciários e executivos estaduais para que promovam melhorias nos seus sistemas de aplicação e fiscalização das alternativas penais.

Outros avanços merecem destaque, como, por exemplo, no ano de 2004, o investimento do Ministério da Justiça para a Política Pública das Alternativas Penais tornou-se seis vezes maior que nos anos anteriores,

o que viabilizou projetos articulados nos estados membros que criassem ou ampliassem as estruturas das Centrais de Apoio (CEAPAS). Até o final daquele ano, registrou o funcionamento de 39 centrais, 56 núcleos e 7 varas especializadas na execução das alternativas penais. Já em 2007, os números divulgados pelo Ministério da Justiça davam conta de: 18 varas especializadas; 249 centrais/núcleos; 88.837 execuções e 422.522 aplicações de penas e medidas alternativas no país.

Também em 2007, necessário registrar que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) aprovou, por unanimidade, a Proposta de Resolução nº 5, que tem por objetivo assegurar, quando da elaboração do orçamento anual do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) para projetos na área de execução penal, verba no mínimo igual à relativa ao custo total de uma unidade prisional federal (aproximadamente R\$ 20.000.000,00), para os programas direcionados ao apoio e suporte às unidades da federação para a criação, ampliação ou melhoria dos seus órgãos e estruturas de execução das alternativas penais.

Cabe registrar, ainda, a realização, pela CONAPA, de 5 congressos anuais, em diferentes capitais brasileiras, nos quais foram discutidos temas específicos referentes à execução das alternativas penais no Brasil. Todos com prestigiada participação de representantes dos poderes públicos e da sociedade civil organizada, com coleta de propostas e sugestões importantíssimas para a aplicação da política pública em comento. Para fechar, em 2008, importante movimentação foi feita no sentido da aprovação, no CNPCP, de proposta de projeto de lei, a ser encaminhado pelo Ministério da Justiça ao Congresso Nacional, visando alteração da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) para inclusão da Comissão Nacional de Penas e Medidas Alternativas (CONAPA) como órgão de execução penal, o que, por certo, representará exponencial reforço para o fomento das alternativas penais.

3. AS ALTERNATIVAS PENAIIS: REALIDADE EM MINAS GERAIS

Em Minas Gerais, o programa CEAPA – Central de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas – foi inicialmente implantando em setembro de 2002, nos seguintes municípios

mineiros: Contagem, Ribeirão das Neves e Juiz de Fora. Naquela época, recebia o apoio do Ministério da Justiça, através do DEPEN, para sua execução em parceria com o Estado. Já em 2003, o Estado, através da SEDS (Secretaria de Estado de Defesa Social), assumiu integralmente o programa, que hoje é corpo integrante da Superintendência de Prevenção à Criminalidade. Em 2005, iniciou-se a expansão das centrais para os municípios de Uberlândia e Montes Claros, seguindo-se em 2006, para Belo Horizonte, Santa Luzia, Betim, Ipatinga, Governador Valadares e, em 2007, Uberaba. Assim, o programa se encontra em funcionamento, atualmente, em 11 municípios de Minas Gerais. Onde não tem a CEAPA, as alternativas penais são aplicadas pelo judiciário mineiro com o apoio de equipes interdisciplinares forenses, com as carências decorrentes de um estado grande (853 municípios) com apenas 300 comarcas aproximadamente, nem todas dotadas da estrutura multidisciplinar necessária ao fomento das alternativas penais.

A CEAPA – Central de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas – tem por objetivo geral o acompanhamento da determinação judicial e o resgate educativo da pena, contribuindo para a não reincidência criminal e promovendo uma cultura de solidariedade. Especificamente, trabalha com uma metodologia qualificada de acolhimento, encaminhamento e acompanhamento dos indivíduos que cumprem determinação judicial sob a forma de penas restritivas de direito; busca resgatar o caráter educativo e ressocializador da pena, através da criação, implantação e execução de projetos que trabalhem a promoção da cidadania; visa diminuir a reincidência criminal; e promove a cidadania de seus usuários através da minimização das vulnerabilidades sociais (fatores de risco) pela promoção social (fatores de proteção) sempre que houver necessidade.

A ação da CEAPA é desenvolvida com a parceria do Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública da comarca e, em reuniões, é possível conhecer o trabalho do judiciário da comarca, dialogar e apresentar o programa e sua metodologia, bem como as ações da Política de Prevenção à Criminalidade, ressaltando resultados positivos alcançados em outros municípios, bem como benefícios para o judiciário, público atendido e a sociedade.

Em números, a CEAPA é uma realidade mineira crescente, sendo que, em 2008, 9.631 novas pessoas foram encaminhadas pelo poder judiciário para cumprimento de pena ou medida alternativa; 36.864 penas e medidas alternativas foram encaminhadas pelo poder judiciário de julho de 2002 a julho de 2009; 904 casos de descumprimentos tão somente, o que representa apenas 9,38% de descumprimento em 2008, um dos menores índices do país. Ainda em 2008, participaram dos projetos temáticos: de drogas, 902 pessoas; de meio ambiente, 176 pessoas; de trânsito, 220 pessoas; de gênero, 236 pessoas. Os números, por si só, revelam o sucesso da Política das Alternativas Penais em Minas, garantindo-nos a certeza de que este é o caminho certo e que não admite retrocessos.

4. AS ALTERNATIVAS PENAS E A AÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, previsto no artigo 103-b da Constituição Federal (acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45), foi criado para exercer o controle externo do judiciário, e tem entre suas principais competências, as seguintes: zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, expedindo atos normativos e recomendações; definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário; receber reclamações contra membros ou órgãos do judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do Poder Público ou oficializados; julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, e aplicar outras sanções administrativas; elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o país.

No cumprimento de suas funções, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – elegeu como uma das suas prioridades, na atual gestão, o tema da execução penal. Na visão do ministro Gilmar Mendes, o número de presos no Brasil poderia ser de um terço menor, caso os

mais pobres tivessem melhor acesso à assistência jurídica, ou seja, se a Defensoria Pública estivesse em pleno funcionamento em todo país. Com essa visão da realidade prisional, o CNJ tem promovido mutirões carcerários em todas as unidades da Federação, com o intuito de desafogar o sistema e garantir o direito constitucional à liberdade, especialmente dos presos sem assistência jurídica. A título de exemplo, o mutirão carcerário no estado do Espírito Santo, que resultou, no primeiro momento, na liberação de 91 presos, o que corresponde a quase 1% da população carcerária do estado. Com um total de 9.788 detentos, o mutirão coordenado pelo CNJ analisou, até 15 de julho de 2009, 888 processos referentes a presos provisórios.

Mas a ação do Conselho Nacional de Justiça não se resume aos presos, tem também uma atenção especial voltada para a Política Pública das Penas e Medidas Alternativas, tanto que por ocasião do I Seminário sobre o Sistema Carcerário Brasileiro, realizado no Rio de Janeiro, em abril de 2009, sob a coordenação do CNJ e envolvendo autoridades representativas do judiciário nacional, ficou consignado o propósito firme de gestão junto aos tribunais para implantação de varas virtuais e especializadas de execução de penas e medidas alternativas, com formação de equipes multidisciplinares para acompanhamento, monitoramento e fiscalização das alternativas penais aplicadas. E mais, cobrar dos tribunais o estabelecimento de interlocuções permanentes com o poder executivo no sentido de implantar as Centrais de Penas Alternativas.

E, particularmente sobre as penas e medidas alternativas, aquele simpósio carioca teve especial destaque, porque, ali, foi aprovada Minuta de Resolução, a ser editada pelo CNJ, com o fito de definir a política institucional do poder judiciário no pertinente à execução das penas e medidas alternativas à prisão. Tal Minuta de Resolução, no presente momento, encontra-se sob análise do plenário do CNJ, em vias de aprovação. Consta dela, entre outras iniciativas importantes, a criação de varas privativas ou especialização de varas em execução de penas e medidas alternativas; a criação de centrais de acompanhamento e núcleos de monitoramento vinculados aos juízos competentes para execução de penas e medidas alternativas; criação de um modelo descentralizado de monitoramento psicossocial, feito por equipe mul-

tidisciplinar; e a criação de um sistema de cadastro único de penas e medidas alternativas, sob a supervisão das corregedorias dos tribunais. É grande a expectativa sobre a aprovação e edição dessa resolução no âmbito do CNJ, porque ela poderá representar uma mudança de postura do judiciário brasileiro no pertinente à Política Pública das Alternativas Penais, fazendo-a realmente valer, de maneira uniforme e devidamente estruturada, em todas as comarcas brasileiras.

5. CONCLUSÃO

Depreende-se do aqui relatado e dos índices destacados que a perspectiva socializadora é muito mais significativa na aplicação e execução das alternativas penais, do que na pena privativa de liberdade.

Cediço que o sistema de sanções alternativas à prisão mostrou-se mais apto à conformação principiológica constitucional, tendo em vista aproximar-se do caráter humanitário de que deve ser dotada a reprimenda, bem como do respeito à dignidade da pessoa humana, dentro da ótica de uma intervenção penal mínima.

O contraste havido entre o sistema das alternativas penais e o sistema privativo da liberdade é latente, sendo certo afirmar que o primeiro impede as nefastas consequências causadas pelo segundo, porque este corrompe, degrada e viola direitos fundamentais, principalmente em se tratando de delitos de pequeno e médio potencial ofensivo, demonstrando, desta forma, tratarem-se, as alternativas penais, de uma intervenção penal que se revela mais legítima e adequada que a prisão.

Com essa constatação, urge que a sociedade civil brasileira adote a postura cidadã de exigir de si própria e também dos poderes públicos constituídos um compromisso cívico de transformação da política de segurança pública, no pertinente, fazendo-a voltada para um novo horizonte, pautado especialmente em uma atitude prospectiva de busca do redesenho do sistema punitivo pátrio, para a ampliação e execução das alternativas penais à prisão, como critério de racionalidade e de sobrevivência humanizada.

Finalmente, no que pertine às alternativas penais, basta que cada um dos atores cumpra, verdadeiramente, o seu papel, para que te-

nhamos a consolidação de um novo paradigma: a efetivação real da segurança pública como direito fundamental.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENNCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL, Ministério da Justiça. *Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Imprensa Nacional, 2000.

BRASIL, Ministério da Justiça. *Secretaria Nacional de Justiça*. Central de Apoio e Acompanhamento das Penas e Medidas Alternativas. Brasília: Panfler Gráfica, 2002.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Projeto Novos Rumos na Execução Penal*. Belo Horizonte, 2007.

BRASIL, Ministério da Justiça. *Serviços Públicos de Penas e Medidas Alternativas no Brasil*. Disponível em: [HTTP://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJ47E6462CITEMI_DF2A839578ED546609E22E2060BA1D7A0PTBRIE.htm](http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJ47E6462CITEMI_DF2A839578ED546609E22E2060BA1D7A0PTBRIE.htm). Acesso em: 16 fev. 2008.

BRASIL, Ministério da Justiça. *Relatório de Gestão 2006 da CGP-MA*. Disponível em: [HTTP://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E462-CITEMIDF2A839578ED54660E22E2060BA1D7A0PTBRIE.htm](http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E462-CITEMIDF2A839578ED54660E22E2060BA1D7A0PTBRIE.htm). Acesso em: 14 fev. 2008.

BRASIL, Ministério da Justiça. *1ª Conferência Nacional de Segurança Pública – Texto Base – www.conseg.gov.br – Brasília/DF*, 2009.

GOMES, Geder Luiz Rocha. *A Substituição da Prisão – alternativas penais: legitimidade e adequação*. Salvador: Ed. Podivm, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEMONS, Carlos Eduardo Ribeiro. *A Dignidade Humana e as Prisões Capixabas*. Vitória: Univila, 2007.

ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

8

CONFLITO DE LEIS PENAIS NO TEMPO: LEI 11.343/06

Jane Ribeiro Silva

1. EXTRA-ATIVIDADE DAS NORMAS PENAIS

Questão das mais intrincadas e com séria divergência na doutrina e na jurisprudência é a extra-atividade da disposição penal, alvo, sem qualquer dúvida, de inúmeras controvérsias em face da Lei n. 11.343/06, pois ela contém normas mais benéficas e outras mais severas que as incluídas na Lei n. 6.368/76.

Há “atividade” da norma penal quando ela passa a regular os fatos ocorridos durante sua vigência; “extra-atividade” quando ela passa a ser aplicada a fatos ocorridos antes de sua existência (retroatividade) ou depois de sua revogação (ultra-atividade).

Só se fala em extra-atividade de uma determinada disposição penal ante a sucessão de duas leis e não é fácil resolver os conflitos decorrentes do seu surgimento.

A regra geral é a atividade da norma; só deve ser aplicada ao fato criminoso, em princípio, a norma vigente, proibida a retroatividade *in pejus*.

As regras penais não são feitas para durar para sempre, variando ao sabor das circunstâncias de uma determinada época, assim como dos valores que imperam num certo tempo e, principalmente, em razão da política criminal então dominante, nem sempre aplaudida e uniforme, daí ocorrer sua mutação, sendo necessário o conhecimento das normas aplicáveis aos consequentes conflitos entre a an-

terior e a posterior, devendo-se fazê-lo a partir dos seus princípios informadores.

A irretroatividade da lei penal mais severa, segundo Heleno Fragoso, remonta ao Direito Canônico e foi proclamada no Século das Luzes, com o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, porém, a retroatividade benéfica, durante muito tempo, encontrou séria resistência em várias legislações dada à intangibilidade da coisa julgada, a qual boa parte da doutrina dava primordial importância.¹

Não se tem notícia da retroatividade benéfica no direito romano, nem no direito canônico e Nelson Hungria acentua que “somente na avançada Idade Média é que surgiu a sua teoria, imperfeitamente esboçada por Malumbrano (século XIV) e depois por Farinácio, no século XVII, com ressalva da *res judicata*”.²

O Código imperial, em seu artigo 309, somente com referência à pena, mandava aplicar a lei mais benigna a todas as infrações penais, não só aos processos em andamento em primeira ou segunda instância, como em virtude de revista concedida.

O Código de 1890, em seu artigo 3º, já mandava considerar a legislação nova, se ela cominasse pena menos grave inclusive aos casos definitivamente julgados.

A Carta Magna de 1934, ao cuidar dos Direitos e das Garantias Individuais, no seu artigo 113, 27, admitia, sem estabelecer limites, a retroatividade da disposição penal nova quando ela beneficiasse o réu.

A Constituição de 1937, em seu artigo 122, inciso 13, só se referiu à irretroatividade da norma mais grave, sem admitir, expressamente, a retroatividade benéfica.

A Carta de 1946, em seu artigo 141, § 29, já previa a retroatividade da lei penal para beneficiar o réu e a antiga parte geral do Código Penal, em seu artigo 2º, depois de dizer no *caput* que ninguém poderia ser punido por fato que a posterior deixasse de considerar crime, cessando em virtude dela o cumprimento da pena e os efeitos penais

¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. 16 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 118/119.

² Hungria, Nelson. Comentários ao Código Penal: Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 93.

da sentença condenatória, dispunha, em seu parágrafo único, que a benéfica posterior seria aplicável ao fato não definitivamente julgado e, apenas na parte em que cominasse pena menos rigorosa, atingiria o fato julgado por sentença condenatória irrecurável.

A Constituição de 1967 estabelecia no seu artigo 150, § 16, a observância da lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravasse a situação do réu, entendimento repetido na Emenda Constitucional de 1969.

Com a reforma da parte geral do Código Penal, através da Lei n. 7.209/84, colocou-se fim à dúvida existente e ali se definiu, em seu artigo 2º, a irretroatividade da regra mais grave e passou-se a dispor, em seu parágrafo único: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”, ficando definitivamente estabelecida a retroatividade benéfica, não só com referência às penas, porém, em todos os seus aspectos favoráveis ao réu ou ao apenado, determinando sua aplicação até mesmo durante o cumprimento da pena, até depois do trânsito em julgado da decisão condenatória.

A atual Carta da República, como não poderia deixar de ser, consagrou entre seus princípios o *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, expresso em seu artigo 5º, XXXIX, ao dizer: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Em decorrência, fez constar uma regra geral sobre os conflitos das regras penais no tempo e o fez no inciso XV, dispondo: “a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, não estabelecendo limites para a retroatividade da *lex mitior*.

Assim, em princípio, vige, a regra segundo a qual a norma aplicada ao autor de uma infração penal deve ser aquela vigente à época do fato criminoso – *tempus regit actum*. No entanto, essa regra deve ser vencida, se o regramento posterior beneficiar o acusado.

A lei penal posterior mostra-se mais favorável para sua imposição retroativa, não só quando deixa de considerar criminoso determinado fato (*abolitio criminis*), mas, também, quando beneficia, de qualquer maneira, o seu autor (*novatio legis in melius*).

Várias são as hipóteses em que as leis penais novas podem beneficiar o réu em confronto com a anterior. Vejamos algumas delas:

a) Estabelecem abstratamente pena mais branda, quer no seu quantitativo quer na sua natureza. Ex: as penas do artigo 28 e § 1º, da Lei n. 11.343 em relação às do artigo 16 da Lei n. 6.368/76;

b) São menos rigorosas quanto ao modo de sua execução. Ex: prevê a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, permite o *sursis*;

c) Suprimem agravantes ou causas de aumento antes reconhecidas. Ex: a Lei n. 11.343/06 eliminou a causa de aumento prevista no artigo 18, III, da Lei n. 6.368/76, ocorrendo, na verdade, uma espécie de *abolitio criminis*; o mero concurso de agentes, ou seja, a associação eventual para a prática do tráfico, deixou de ser punida, o sendo apenas como delito autônomo, com previsão no seu artigo 35, tal como já era feito no artigo 14 da Lei n. 6.368/76, quando se tratava de associação estável;

d) Criam atenuantes ou causas de diminuição previstas anteriormente. Ex: a Lei n. 11.343/06, no parágrafo 4º, do seu artigo 33, criou uma causa de diminuição de pena não existente na legislação anterior, porquanto estabeleceu:

nos delitos definidos no *caput* e no parágrafo 1º deste artigo as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada à conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

e) Dá a um determinado fato criminoso nova definição legal, ante o implemento de determinadas circunstâncias, como, por exemplo, a Lei n. 11.343/06 quando define no seu artigo 37 a colaboração do informante com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos seus artigos 33, *caput*, § 1º e 34, quando, sob o pálio da normatização anterior o seu autor seria considerado como participante do crime do artigo 12 da mesma lei. Outro exemplo está na definição do tráfico privilegiado previsto no artigo 33, § 3º, quando o fornecimento ocorrer sem finalidade de lucro, num momento de uso compartilhado entre o fornecedor e o usuário, de modo eventual, caso o último seja pessoa do relacionamento do réu;

f) Os novos aumentos provenientes de majorantes específicas reduzem o quantitativo mínimo ou máximo. Ex: as causas de aumento

previstas no artigo 40. Algumas delas, já existiam na Lei n. 6.368/76, agora, com o advento da Lei nova, têm o acréscimo mínimo de um sexto, enquanto sob a antiga eles eram de um terço.

Outras normas benéficas, constantes de normatizações novas podem ser citadas: redução do prazo prescricional; causas de isenção de pena; causas de exclusão da antijuridicidade; novas penas substitutivas, atenuação do regime de cumprimento de pena, etc.

Nelson Hungria ainda cita o estabelecimento de condições de procedibilidade que não existiam anteriormente; supressão da concessibilidade de extradição; instituição de benefícios (nos sentidos da eliminação, suspensão *ab initio* ou interrupção da execução da pena, ou facilitação de sua obtenção; criação de causas extintivas de punibilidade ou quando torna mais fácil o seu advento, ou muda o título do crime, passando a considerá-lo de menor gravidade).³

Todavia, nem a doutrina nem a jurisprudência são unânimes ao resolver os conflitos entre a lei antiga e a nova.

Duas correntes devem ser enfatizadas: a primeira, que recomenda observar, no caso concreto, qual é a legislação mais favorável, ou seja, a antiga ou a nova, e, escolhida uma delas, não se misturar os seus dispositivos, ainda que seja para beneficiar, porque se estaria criando uma nova, que não passou pelo legislador, nem foi sancionada e publicada.

Filia-se a tal entendimento Nelson Hungria, expondo com muita clareza os fundamentos pelos quais o adotou:

Examinaremos cada um desses casos de *per si*; mas, preliminarmente, cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, de outro modo, estaria o juiz, arvorado em legislador, formando uma terceira, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das s em jogo Trata-se de um princípio pacífico em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis.⁴

Esse também é o posicionamento de Zaffaroni e de Heleno Fragoso:

Ante a complexidade dos elementos que podem ser tomados em consideração para determinar qual é a lei penal mais benigna,

³ Op. cit., p. 96.

⁴ Op. cit., p. 96.

não é possível fazê-lo em abstrato, e sim frente ao caso concreto. Dessa maneira, resolve-se o caso, hipoteticamente, conforme uma e outra, comparando-se, em seguida, as soluções, para determinar qual é a menos gravosa para o autor. Nessa tarefa deve-se analisar em separado uma e outra, não é lícito tomar preceitos isolados de uma e outra cada uma delas em sua totalidade. Se assim não fosse, estaríamos aplicando uma terceira, esta inexistente, criada unicamente pelo intérprete.⁵

Em nenhum caso será possível tomar de uma e outra lei as disposições que mais beneficiem o réu aplicando ambas parcialmente. O CP de 1969 continha a respeito disposição expressa (art. 2º, § 2º).⁶

Jair Leonardo Lopes faz parte da mesma corrente doutrinária:

Tem-se entendido que há de ser considerada como mais benigna aquela que, no seu conjunto, se apresente como a mais favorável, não se admitindo a aplicação de disposições de uma e outra, com o que não se estaria aplicando nem a lei anterior, nem a posterior, mas uma terceira e até requisitar diretamente tais diligências à autoridade policial, independente da devolução do inquérito, lei elaborada com partes das duas outras.⁷

Outros autores, como Costa e Silva, Aníbal Bruno, Fernando Capez esposam o mesmo entendimento.

Porém, tal opinião não é tranquila, posto que outros doutrinadores, com argumentos igualmente sólidos, acham perfeitamente possível a consideração simultânea das duas leis em favor do réu. Atente-se para a abalizada opinião expendida por José Frederico Marques:

(...) dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, o julgador em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando, *ex nihilo*, a regulamentação eclética que deve imperar *hic et nunc*. A norma do caso

⁵ Op. cit., p. 228/229.

⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Parte Geral. 16 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 126.

⁷ LOPES, Jair Leonardo. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 98.

concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos por que se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente a Constituição. Se lhe está afeto escolher ‘o todo’, para que o réu tenha o tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepair a pruridos de lógica formal.⁸

Contra tal argumento há a abalizada palavra de Zaffaroni:

Um setor doutrinário e jurisprudencial admite que se podem combinar duas leis penais (pena privativa de liberdade de uma e a de multa de outro, por exemplo). Têm-se sustentado estas soluções com fundamentação de que o princípio, segundo o qual o intérprete não pode elaborar uma terceira, é de natureza ‘lógico formal’. No entanto, tal princípio não é unicamente ‘lógico’, mas também racional, vale dizer democrático; o juiz não pode criar uma terceira porque estaria aplicando um texto que, em momento algum, teve vigência.⁹

Muitos outros autores entendem possível a mescla das normas favoráveis das duas leis, sempre visando beneficiar o réu:

Quando as leis em conflito não possam ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto e suas normas aplicáveis ao fato, há necessidade de se promover uma combinação para se extrair, de uma e de outra, as disposições mais benéficas. Essa é a orientação mais avançada segundo a lição dos mestres e os precedentes da jurisprudência.¹⁰

Entendemos que a combinação de leis levada a efeito pelo julgador, ao contrário de criar um terceiro gênero, atende aos princípios constitucionais de ultra-atividade e retroatividade benéficas. Se a anterior, já revogada, possui pontos que, de qualquer modo, beneficiam o agente, deverá ser ultra-ativa; se na posterior que revogou o diploma anterior também existem aspectos que o be-

⁸ MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1, p. 256/257.

⁹ Op. cit., p. 229.

¹⁰ DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 2 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 271.

neficiam, por respeito aos imperativos constitucionais, devem ser aplicados.¹¹

A conjugação pode ser efetuada não só com a inclusão de um dispositivo da outra, como também com a combinação de partes de dispositivos das leis anterior e posterior. Apesar das críticas de que não é permitido ao julgador a aplicação de uma ‘terceira’ (formada por parte de duas), essa orientação afigura-se mais aceitável, considerando-se que o sentido da Constituição é de que se aplique sempre a norma mais favorável.¹²

A nosso juízo, esse é o melhor entendimento, que permite a combinação de duas leis, aplicando-se sempre os dispositivos mais benéficos. O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de examinar essa matéria e decidiu pela possibilidade da conjugação de leis para beneficiar o acusado (HC 69.033-5- Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 1992, p. 2925).¹³

Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, ao estudar a matéria, relativamente à do artigo 33, § 3º, da Lei n. 11.343/07, enfatizam:

Conclusão: preenchidos os requisitos desse novo art. 33, § 3º, ele deve ter incidência retroativa e vai alcançar todos os fatos passados, aplicando-se a pena privativa de liberdade da nova, mantendo-se a pena de multa da antiga. Com isso fica patente que o juiz não está ‘criando’ uma terceira, ou seja, o juiz não está ‘inventando’ nenhum tipo de sanção: apenas vai aplicar as partes benéficas de cada lei, aprovada pelo legislador. O que está vedado ao juiz é ele ‘inventar’ um novo tipo de sanção. Isso não pode. Aplicar tudo aquilo que foi aprovado pelo legislador o juiz pode (e deve).¹⁴

Os conflitos intertemporais oferecem grande dificuldade aos doutrinadores e não menos aos julgadores, sendo que também a jurisprudência é conflitante, ora entendendo que a escolhida deve ser aplicada

¹¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. vol. 1. 6. ed rev. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 123.

¹² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 67.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte geral*, volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Nova Lei de Drogas: retroatividade ou irretroatividade?* Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1235, 18 nov. 2006. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9170>>.

integralmente, examinada em seu conjunto a que mais favorece o réu ou apenado, ora, diante do caso concreto, os juízes e tribunais não têm hesitado em mesclar os aspectos favoráveis de cada uma das normas, sob pena de não se aplicar os princípios básicos já estudados.

A polêmica é antiga e, quando da 1ª Conferência dos desembargadores, reunida no Distrito Federal, em julho de 1943, entre as conclusões tiradas, a de número XXXIX, admitiu a imposição simultânea de duas leis sucessivas:

É admissível a aplicação simultânea da Consolidação das Leis Penais e do Código Penal, em se tratando de delito anterior a 1 de janeiro de 1942, naquilo em que cada uma dessas s beneficie o réu. (Aprovada por 21 votos).¹⁵

Alberto Silva Franco faz referência a várias jurisprudências num e noutro sentido, e vários julgados dos Tribunais de São Paulo se inclinam pelo segundo entendimento.¹⁶

Já se externou, em oportunidade anterior, quando diante de conflito gerado pela sucessão de outras leis, a adesão ao entendimento esposado por Nelson Hungria, quando se pensava que mesclar as duas normas implicaria em estar criando uma terceira híbrida, que sequer foi promulgada, todavia, depois de muitas dúvidas e aprofundado estudo da matéria, chegou-se ao convencimento de que a questão prioritária é a aplicação do princípio constitucional da retroatividade ou da ultra-atividade da norma mais benigna, estabelecido, agora, sem limites, e, repita-se, já constava do parágrafo único do artigo 2º, do Código Penal, portanto, em virtude disso, passou-se a entender que podem ser consideradas simultaneamente normas benéficas ao réu contidas nas duas leis.

Em consequência, não se pode fixar abstratamente uma regra. No caso concreto, se não for possível encontrar entre as leis sucessivas a que favoreça integralmente o agente ativo (o que seria ideal); se há necessidade da determinação simultânea de parte das duas normas, uma retroagindo e outra tendo ultra-atividade, entende-se que o melhor é

¹⁵ In ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Anotado*. Vol. V. 3. ed. Rio de Janeiro. Borsoi: 1955, p. 486.

¹⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação Jurisprudencial*. Volume 1, Tomo 1 – Parte Geral – 6. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 1997. p. 80.

fazê-lo, respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, presentes implicitamente por todo o texto constitucional, assim como o da equidade, que tem sido um precioso auxiliar do julgador ao interpretar a norma diante do caso concreto.

2. APLICAÇÃO DA NORMA PENAL MAIS BENÉFICA NO CRIME PERMANENTE, CONTINUADO E NA HIPÓTESE DE NORMA PENAL EM BRANCO

2.1 Crime Permanente

O nosso Código Penal consagrou a regra geral de que o tempo da prática do crime é aquele da ação ou omissão expressa pelo verbo contido na descrição da conduta típica e não importa o de sua consumação, em consequência, no crime permanente (algumas condutas descritas na Lei n. 11.343 podem se apresentar como crimes permanentes, como, por exemplo, o depósito de drogas), em que a conduta do agente se protraí no tempo, aplica-se, em princípio, a do momento em que cessa a atividade criminosa, não obstante ele ter tido início na vigência de outra. Não há, na hipótese, extra-atividade da norma penal, bem como não se aplica o princípio da ultra-atividade ou da retroatividade benéfica; o bem tutelado continua a sofrer lesão enquanto a atividade criminosa persiste.

Assim, no exemplo já referido, enquanto a droga não é descoberta e apreendida, o depósito ilícito continua, logo, a data do crime é aquela em que ocorre a apreensão, posto que faz cessar a conduta criminosa, e aplica-se a tal fato a norma então em vigor, seja ela mais benéfica ou mais rigorosa, logo, não há que se falar em conflito gerado pela sucessão de duas leis.

2.2 Crime Continuado

Quando se trata de crime continuado, que pode ocorrer com referência aos crimes previstos nas novas regras, ora examinadas, que, por ficção, desde que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratique dois ou mais delitos da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, se enten-

de que os subsequentes são havidos como continuação do primeiro, a atividade criminosa só cessa com a última atividade ou omissão, por conseguinte, não ocorre conflito entre o regramento que regia inicialmente a conduta e o que passou a vigor até o momento da cessação da continuidade; aplica-se tão só a última, quer esta seja mais benéfica ou mais severa.

A solução apontada foi definitivamente consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em novembro de 2003, com a edição da Súmula 711, que dispõe:

A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

2.3 Norma penal em branco

A maioria das condutas previstas na Lei n. 11.343/06 pode ser rotulada de norma penal em branco heterogênea (as homogêneas são aquelas advindas do mesmo legislador que definiu o tipo penal), porque necessitam de complementação de um ato normativo diverso, oriundo de outra fonte, principalmente do poder executivo, através de regulamentos, instruções, portarias e outras formas que, na espécie, irão definir as drogas proibidas, bem como os casos e condições em que elas podem ser usadas, em consequência, tais atos passam a ter natureza penal e se sujeitam aos mesmos princípios que informam a sucessão de leis: a irretroatividade da norma mais severa, a ultra-atividade e a retroatividade da norma mais benigna.

No Brasil, quem define se uma determinada substância é ou não entorpecente é uma portaria editada pela DIMED, subordinada ao Ministério da Saúde.

Guilherme de Souza Nucci cita como exemplo o do cloreto de etila (lança-perfume), que hoje é considerado substância entorpecente, incluído na relação do Ministério da Saúde, que foi dela excluído na relação do DIMED por meio da Portaria de 04.04.1984, porém a ela retornou pela Portaria 2/85 de 13.03.1985, quando vários julgamentos foram feitos, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou que esse complemento passou a integrar o conteúdo da

norma censurada, logo, se excluída a proibição ela deveria alcançar fatos pretéritos, ou seja, lhe atribuíram a retroatividade benéfica e, em fatos julgados depois da Portaria de 1985, cometidos durante a sua vigência, considerou-se a ultra-atividade benéfica.¹⁷

Um acórdão do Supremo Tribunal Federal reflete o seu posicionamento sobre a matéria em questão:

EMENTA: – PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. 6368/76, ARTIGO 36. NORMA PENAL EM BRANCO. PORTARIA DO DIMED, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, CONTENEDORA DA LISTA DE SUSTÂNCIAS PROSCRITAS. LANÇA-PERFUME: CLORETO DE ETILA

I. O paciente foi preso no dia 01.03.84, por ter vendido lança-perfume, configurando o fato o delito de tráfico de substância entorpecente, já que o cloreto de etila estava incluído na lista do DIMED, pela Portaria de 27.01.19783. Sua exclusão, da lista, com a Portaria de 04.04.84, configurando-se a hipótese de abolição criminis. A Portaria 02/85 novamente incluiu o cloreto de etila na lista. Impossibilidade, todavia da retroatividade desta.

II. Adoção de posição mais favorável ao réu.

III. H.C. deferido, em parte, para o fim de anular a condenação por tráfico de substância entorpecente, examinando-se, no Juízo de 1º grau, a viabilidade de renovação do procedimento pela eventual prática de contrabando.¹⁸

Recentemente, corroborando o posicionamento aqui externado, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 95435/RS, por meio do voto do Ministro Cezar Peluso, decidiu no dia 21 de outubro de 2008, que a Lei 11.343/2006 deve retroagir para beneficiar os agentes de crimes que praticaram o delito ainda sob a égide da Lei 6.368/1976.

No julgamento do referido *writ* a Corte Suprema, por maioria, entendeu que aplicar a causa de diminuição não significa baralhar

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.

¹⁸ STF. HC. Rel. Min. Carlos Veloso. Em 17.12.1991. D.J.U. de 03.04.92 – Ementário n. 1. 656-2.

e confundir normas, vez que o juiz, ao assim proceder, não cria lei nova, mas apenas se movimenta dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente possível. Aduziu-se que é preciso observar a finalidade e a *ratio* do princípio para dar respostas corretas à questão, não havendo como se repudiar a aplicação da causa de diminuição também a situações anteriores à Lei nova.¹⁹

Já há, nesse sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NORMA DE DIREITO PENAL MATERIAL. RETROATIVIDADE.

1 – Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente diante do transporte, por longa distância, de grande quantidade de substâncias entorpecentes – 276,5 kg de maconha e 123 esferas de haxixe –, com observância do art. 59 do Código Penal, inexistente constrangimento ilegal.

2 – É de rigor a aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista tratar-se de norma de direito penal material que beneficia o réu, sendo irrelevante o fato de haver, na mesma lei, disposição prejudicial – vedação à substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos –, tendo em conta o previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, e no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

3 – Ordem parcialmente concedida.²⁰

CRIMINAL. HC. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. ÓBICE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO AFASTADO. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME PRISIONAL. LEI 11.464/2007. NOVA REDAÇÃO AO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. REDUÇÃO DA PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. NORMAS DE NATUREZA PENAL. RETRO-

¹⁹ Informativo 523 do STF.

²⁰ STJ – HC 88.114/MS – Relator: Ministro Paulo Gallotti – Sexta Turma – DJ de 03.12.2007, p. 369.

ATIVIDADE. NORMA MAIS BENÉFICA. INEXISTÊNCIA DE LIMITE TEMPORAL. INSTITUTO MAIS BENÉFICO AO ACUSADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DO QUANTUM DA REPRIMENDA. ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese em que o paciente foi condenado pela prática de delito equiparado a hediondo – tráfico ilícito de entorpecentes – e ao cumprimento da pena em regime fechado, vedada a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

II. Esta Corte, em acolhimento ao julgado proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 82.959/SP – que declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90 – vinha decidindo pelo afastamento do óbice do referido dispositivo, para reconhecer o direito aos apenados pela prática de crimes hediondos do benefício à progressão de regime prisional.

III. Com o advento da Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, o regime de cumprimento das penas previstas no dispositivo é o inicialmente fechado.

IV. Dissipada a vedação legal à progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo, resta ultrapassada a argumentação utilizada para vedar a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, eis que, à época dos fatos, a Lei 11.343/06 ainda não havia entrado em vigor.

V. A lei penal mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com os artigos 5º, inciso XL, da Constituição Federal e 2º, parágrafo único, do Código Penal.

VI. A Carta Magna não impõe limite temporal para a retroatividade da lei penal mais benigna e o Estatuto Repressor, ao esclarecer a questão, faz a ressalva de que, ainda na hipótese da ocorrência de trânsito em julgado de decisão condenatória, lei posterior de qualquer modo favorável ao agente deve ser aplicada aos fatos anteriores.

VII. A redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por ser instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação.

VIII. Tendo a pena-base sido aplicada acima do mínimo-legal, resta evidenciada a possibilidade de redução da pena

privativa de liberdade, com base no entendimento firmado nesta Corte.

IX. Afastado o óbice do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, deve ser reconhecido o direito do paciente ao pleito da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cabendo ao Julgador monocrático verificar a presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei, devendo, igualmente, ser analisada a possibilidade de redução da reprimenda de um sexto a dois terços, com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

X. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.²¹

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. RETROAÇÃO DA LEI PENAL NOVA MAIS BENÉFICA. INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ANÁLISE DOS REQUISITOS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não obstante ter sido a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 incidental e, com efeito, *ex nunc*, incompreensível seria a aplicação do aludido ato normativo em outras causas envolvendo crimes hediondos, ou a eles equiparados, após ter sido considerado pelo Supremo Tribunal Federal como violador de princípios inscritos na Constituição Federal. Precedentes.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06 (HC 82.959/SP), ao declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, afastou o óbice à execução progressiva da pena aplicada aos condenados pela prática de crimes hediondos, ou a eles equiparados, possibilitando, também, a substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, para esses delitos praticados antes do advento das Leis 11.343/06 e 11.464/07.

3. Pela interpretação sistemática do art. 33 da Lei 11.343/06, verifica-se que a nova tipificação das condutas, anteriormente

²¹ STJ – HC 73.767/RJ – Relator: Ministro Gilson Dipp – Quinta Turma – DJ de 06.08.2007, p. 573.

definida no art. 12 da Lei 6.368/76, tem como preceito secundário um espectro de pena que varia de 20 meses a 15 anos de reclusão.

4. Sendo mais benéfica ao réu a norma penal deve retroagir à luz do art. 5º, XL, da Constituição Federal (*novatio legis in melius*).

5. Ordem conhecida em parte, e nesta extensão, parcialmente concedida para determinar ao Juízo da Execução que analise se estão presentes os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e, em caso afirmativo, defina o montante da redução (de 1/6 a 2/3) até o limite mínimo da pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, bem como as demais condições do cumprimento da pena e sua possível substituição por restritivas de direito.²²

3. COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DA NORMA PENAL MAIS BENÉFICA

Antes mesmo de estudarmos a competência, importa, atualmente, ver quem tem a atribuição de dar ao fato criminoso a primeira capitulação, principalmente quando se tratar da apreensão, aquisição, guarda, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas sem autorização ou desacordo com determinação legal ou regulamentar, posto que tais condutas tanto podem configurar o delito do artigo 28 e § 1º, da Lei n. 11.413 como o do artigo 33 da mesma .

A primeira capitulação, via de regra, é feita pela autoridade policial, pois geralmente é quem toma conhecimento da prática criminosa, momento em que determina a abertura do inquérito ou remete os autos ao Juizado Especial, neste caso, quando concluir pela prática do crime previsto no artigo 28 e § 1º, da nova Lei Antidrogas.

Recebendo o referido termo, deve o Juiz marcar a audiência preliminar e, na hipótese, como se trata de ação penal pública incondicionada, o Ministério Público deverá examinar o Termo Circunstanciado de Ocorrência e, caso se convença de capitulação diversa, talvez uma das condutas previstas no artigo 33 da Lei n. 11.343/06, na possibilidade ora exemplificada, pedirá a devolução do referido expediente à autoridade policial para a abertura do inquérito, isso quando a Justiça comum

²² STJ – HC 83.361. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ de 22.10.2007, p. 334.

acumular as funções do Juizado Especial e, em hipótese contrária, solicitará ao Juiz que decline da competência para uma das varas da Justiça comum competente para examinar o crime em questão.

Se o Ministério Público concordar com a capitulação de uma das condutas descritas no artigo 28 e seu parágrafo 1º, da Lei n. 11.343/06, e verificar que o fato ocorreu na vigência da lei nova, oferecerá ou não a transação; se verificar que ele ocorreu sob as disposições da Lei n. 6.368/76, oferecerá a transação, caso entenda cabível, já se reportando às novas medidas benéficas previstas no novo regramento, e será, portanto, o primeiro a indicar a sua imposição retroativa.

Recusada a transação, se o crime foi cometido anteriormente à vigência da Lei n. 11.343/06, ou se o delito não a permitir, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, tem como atribuição invocar a lei nova agora definidora dos fatos narrados, isso ao fazer a sua capitulação jurídica, sujeitando-a ao controle jurisdicional, todavia, no que se refere à punição, e, se a da nova norma for mais gravosa, deve ali dizer que o réu, no que se refere à pena, deverá ficar sujeito à velha (por exemplo, no que se refere ao tráfico, a capitulação será a do artigo 33, da Lei n. 11.343, mas deverá haver referência ao artigo 12 da Lei n. 6.368/76, no que se refere à pretendida punição).

Se o crime foi cometido sob a regência da normatização velha, a denúncia já recebida assim o capitulou, no entanto, o processo ainda não foi julgado, a competência para aplicar a *lex mitior* é do Juiz do processo, de ofício ou mediante pedido do Ministério Público ou da defesa.

Proferida a sentença, esgota-se a jurisdição do magistrado de primeiro grau.

Se houver recurso, estando este na pendência de julgamento, caberá ao Tribunal a quem foi dirigido a determinação da regra mais benigna.

Transitada em julgado a decisão, em princípio, só o Juiz do cumprimento da pena pode aplicar a *novatio legis in melius* (art. 66 da LEP) e para isso precisa ter sido expedida a competente carta de guia, o que só ocorre se já foi cumprido o mandado de prisão, em caso de pena privativa de liberdade, ou se o réu tiver respondido preso ao processo (art. 105 da LEP).

Entende-se, hoje, por boa parte da jurisprudência, principalmente depois das Súmulas 716 e 717 do STF, que imposta de pena privativa de liberdade, principalmente quando não mais resta recurso com efeito suspensivo (há quem entenda que a execução penal só deve começar depois do trânsito em julgado da decisão condenatória, ante a presunção constitucional de não culpabilidade, logo, todos os recursos criminais interpostos pela defesa têm efeito suspensivo), se o réu está preso, ou vem a ser preso, deve ser dado início à execução penal provisória, mediante expedição da competente guia provisória, inclusive com concessão de progressão de regime, quando couber. Entretanto, nesse caso, a consideração da norma benigna deverá ser determinada pelo tribunal competente para julgar o recurso, mesmo que se trate de operação simples, porque não existe ainda um título executivo penal definitivo.

Quando a condenação consiste em pena pecuniária (art. 164 da LEP) ou apenas restritiva de direitos (art. 147 da LEP), a execução só pode ocorrer depois do trânsito em julgado da condenação, e não há sobre isso dissenso jurisprudencial.

A Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal repetiu a LEP, e diz que transitada em julgado a decisão, seja a condenação por qualquer pena, não se especificou qualquer delas, só o Juiz da Execução pode aplicar a mais benigna.

Os precedentes que levaram à edição da Súmula 611 baseavam-se não só no artigo 66 da de Execução Penal, como no artigo 13 da de Introdução ao Código de Processo Penal, que dispõe:

A aplicação da lei nova a fato julgado por sentença condenatória irrecorrível, nos casos previstos no art. 2º e seu parágrafo, do Código Penal, far-se-á mediante despacho do juiz, de ofício, ou a requerimento do condenado ou do Ministério Público.

Apesar disso, a questão não é pacífica. Há quem entenda que nem sempre a norma posterior mais benéfica pode ser examinada pelo juiz da execução penal, principalmente quando envolve matéria de mérito, cabendo-lhe, tão só, fazer ajustes de pena, declarar a *abolitio criminis*, modificar regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, substituir pena de uma natureza por punição diversa e outras que

dependam de simples operações, sem maiores aprofundamentos nas provas, quando, então, se tornam aplicáveis o artigo 13 da de Introdução ao Código de Processo Penal e o art. 66 da de Execução Penal.

O tráfico privilegiado, hoje previsto na Lei n. 11.343/06, que, agora, poderá ser invocado como *lex mitior*, por exemplo, dependerá do exame das provas para se fazer um novo juízo de censurabilidade da conduta praticada, exigindo um maior exame do conjunto probatório, ou até de provas novas, o que se entende não pode ser feito pelo juiz da execução, que assim se transformaria num “superjuiz”, capaz de substituir até mesmo outra Instância, tal como afirmou Alberto Silva Franco:

Não se cuida, no caso, de adaptação da sentença condenatória à penal posterior mais benigna através de mera operação aritmética, hipótese em que seria pertinente o art. 13 da de Introdução ao Código de Processo Penal. A redução de penas requerida pelo peticionário exige, previamente, que se defina a respeito do seu exato enquadramento, ajustando-o ao conceito de ‘traficante’ ou de ‘viciado’. Esta tomada de posição obriga a um exame mais aprofundado do material probatório não se compreende que tal tema possa ser deferido ao juiz das execuções criminais, a menos que se queira transformá-lo num ‘superjuiz’ com competência até de invadir a privativa área de atuação da Segunda Instância. É evidente, nesta situação, o cabimento do pedido revisional.²³

Outros autores esposam o mesmo entendimento, sendo que Luiz Flávio Gomes ao analisar a retroatividade benéfica e a competência para aplicá-la, diz:

Em regra não se faz mister o uso da revisão criminal para isso, basta um pedido simples para o juízo das execuções. Se, entretanto, mister se faz à produção de provas ou a reavaliação de provas, será inevitável a utilização da revisão criminal. Caso o réu não conte (desde logo) com provas suficientes para instruir a revisão criminal, deve antes se valer de uma justificação judicial (na audiência marcada pelo juiz, dentro da justificação, faz-se a prova necessária para embasar a futura revisão criminal).²⁴

²³ TACRIM – SP. Rev. Crim. 82.074 – Rel. Silva Franco. *In* Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial – Parte Geral, v. 1, t. I, p. 93.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006*/ Luiz Flávio Gomes (et al.) coordenação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 315.

Está evidente que a Súmula do Supremo Tribunal Federal sofreu influência da antiga disposição atinente à restrita aplicabilidade da norma mais benéfica, em relação aos casos já com decisão transitada em julgado, o que se fazia somente na parte que cominasse pena menos rigorosa e, como as hipóteses de sua competência eram referentes à *abolitio criminis*, redução de pena ou mudança de sua natureza, a operação feita pelo juiz da execução era simples, e não demandava exame de matéria de mérito, porém, hoje, com irrestrita aplicação da norma mais benéfica, há casos em que, inclusive, haverá apreciação de prova, o que não poderá ser feito pelo magistrado em questão e sim pelos tribunais, nos limites da sua competência, através da ação revisional, que poderá ser precedida de uma justificação judicial.

O argumento de que não há previsão de ordem processual permitindo a revisão criminal para consideração da *novatio legis in melius* retroativamente, é facilmente vencível. O inciso I, do art. 621 do Código de Processo Penal prevê a ação revisional quando a sentença condenatória é proferida contra o texto da lei penal. Vindo norma posterior que contraria a aplicada na sentença, e é mais benéfica ao apenado, além de não se tratar de lei temporária ou excepcional, portanto imperativa a sua aplicação ao fato anterior à sua vigência, aquela que serviu de fundamento para a condenação está a contrariar a legislação penal então em vigor, ainda que o Juiz que a proferiu não soubesse, naquele momento, que ocorreria essa situação.

Também não há que se falar em supressão de uma instância, visto que os fatos já foram anteriormente analisados pelo magistrado de primeiro grau, e a decisão condenatória transitou em julgado.

Se há necessidade de novo exame das provas em virtude da decisão estar contrária à legislação vigente, só o órgão de segunda instância poderá fazê-lo.

4. APLICABILIDADE DAS NORMAS PROCESSUAIS CONSTANTES DA LEI NOVA

As normas processuais não possuem retroatividade, nem ultratividade, em sua relação vigora somente o princípio *tempus regit actum*, ou seja, a aplicável é a do momento da prática do ato.

Essa conclusão deriva do artigo 2º, do Código de Processo Penal:

A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da anterior.

Assim, não se submetendo a lei processual penal ao princípio da retroatividade benéfica, ela tem incidência imediata sobre todos os processos em andamento, quer o crime tenha sido cometido antes ou depois da entrada em vigor da lei posterior, bem como pouco importa que o novo diploma legal contenha aspectos mais gravosos ou mais benéficos para o réu durante o processo.

Não obstante, é preciso distinguir uma norma de direito material daquela de direito processual.

Ela será de direito material, sempre que estiver relacionada ao direito de punir do Estado. Exemplos: causas que aumentem, reduzam ou extingam o direito de punir estatal (criação de formas qualificadas, atenuantes, agravantes, causas de diminuição, de aumento ou sua supressão); as que suprimam ou criem causas extintivas da punibilidade; as que apontam causas suspensivas e interruptivas da prescrição; as que criam regimes mais severos de cumprimento da pena; as que proíbam o *sursis* ou aumentem a possibilidade de sua incidência; as que criam penas substitutivas ou as que a proíbam; as que aumentam o prazo para obtenção do livramento condicional ou o proíbem e outras mais que atuam sobre a pretensão punitiva.

Deve, finalmente, ser lembrada a existência de normas voltadas apenas para a execução da pena, mas com caráter penal, como, por exemplo, o regime disciplinar diferenciado, que aumenta o poder punitivo do Estado.

Fernando Capez adverte, com muita propriedade:

Convém notar que, mesmo no caso de normas que parecem ser processuais e estão previstas na legislação processual, se a consequência for a extinção da punibilidade, a sua natureza será penal. Assim, tome-se como exemplo o artigo 60, I do CPP, que prevê a perempção ao querelante que deixar o processo paralisado por 30 dias seguidos. Aparentemente, tudo indica tratar-se de regra processual: trata-se de prazo para dar andamento a processo, além

do que a preempção é sanção processual. A norma é penal, o efeito da preempção consiste na extinção da punibilidade.²⁵

Em suma, uma norma será apenas processual sempre que não estiver ligada ao direito de punir do Estado, mas à conveniência do próprio processo. Exemplo: a prisão provisória, a fiança, etc.

Por conseguinte, se uma lei é puramente processual, deve ser aplicada no momento de sua vigência e não há que se falar em conflito de leis sucessivas.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Anotado*. Vol. V. 3. ed. Rio de Janeiro. Borsoi: 1955.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação Jurisprudencial*. Volume 1, Tomo 1 – Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 1997.

GOMES, Luiz Flávio (org.). *Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. 6. ed. rev. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Volume 1*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2005.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. vol. 01. Campinas: Bookseller, 1997.

²⁵ Op. cit., p. 49.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TACRIM – SP. Rev. Crim. 82.074 – Rel. Silva Franco. In *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial* – Parte Geral, v. 1, t. I, p. 93.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Nova Lei de Drogas: retroatividade ou irretroatividade?* Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.1235, 18. nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9170>>.

Informativo 523, do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.tre-se.gov.br/servicos/biblioteca/BibliotecaVirtual/InformativoSTF/2008/Inf_STF_523.pdf>.

HC 88.114/MS – Relator: Ministro Paulo Gallotti – Sexta Turma – DJ de 03.12.2007, p. 369. Disponível em: <www.stj.jus.br>.

HC 73.767/RJ – Relator: Ministro Gilson Dipp – Quinta Turma – DJ de 06.08.2007, p. 573. Disponível em: <www.stj.jus.br>.

STJ – HC 83.361. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ de 22.10.2007, p. 334. Disponível em: <www.stj.jus.br>.

9

ESTUDO DO DIREITO CANÔNICO

Lúcio Urbano Silva Martins

As regras para governo da sociedade eclesiástica e para as relações dos fiéis chamam para o debate, nesse tempo, num mundo especialmente conflituoso, repleto de inovações impostas pela tecnologia e pela comunicação veloz. É necessária a compreensão exata e acurada dos dias que correm.

A partir do século IV, surgiram normas disciplinares colocadas pelos Sínodos em contraposição às leis dos imperadores. No século XII, vieram o “*ius canonicum*” e o “*Codex Iuris Canonici*”, inspirados, como não poderia deixar de ser, na Sagrada Escritura, nas decisões dos Concílios, nas lições dos papas e dos doutores da Igreja, organizado por S. Raymundo de Peñaforte, promulgado pelo Papa Gregório IX, obra digna do canonista e do Papa que o promulgou. Viu-se atualizado pelas “*decretais*”, como era natural; normas extravagantes surgiram, vindo a lume o trabalho do canonista Pietro Gasparri, que redundou em promulgação pelo Papa Benedito XV (1917) – “*Providentissima Mater Ecclesia*”.

No curso do tempo, despontaram deliberações conciliares, como as do Concílio de Trento – marco e divisor da História da Igreja – de atos pontificais; de fatos externos, como o ingresso dos bárbaros na comunidade religiosa; dos inventos; dos costumes; tudo levando a permanente inovação, que o Direito Canônico não pode e não quer ignorar.

Apenas as regras imutáveis, aquelas de direito divino e de direito natural, divisados na Escritura Sagrada, permanecem.

De igual modo, as conquistas políticas e o “*Concílio Vaticano II*” influíram no Direito Canônico.

A Igreja não é entidade estática, infensa aos acontecimentos, mas, antes, dinâmica, pronta para receber e, sobretudo, rever. A Igreja não é uma ilha, mas o mundo, sempre alinhada para caminhar com o Povo de Deus, mesmo porque a unidade religiosa haverá de andar de concerto com a unidade política.

O Código Canônico, fundado na Teologia do Vaticano II, teve por fundamentos: princípio de subsidiaridade e descentralização; afirmação dos direitos da pessoa; exercício do poder da Igreja como serviço; direito plenamente imbuído do espírito de Jesus pela prioridade da caridade, da equidade e da humanidade.

Ao promulgar o Código, o Papa afirmou que “sua finalidade é, antes, criar na sociedade eclesial, uma ordem que, dando primazia ao amor, à graça e aos carismas, facilite ao mesmo tempo seu desenvolvimento orgânico na vida, seja da sociedade eclesial, seja de cada um de seus membros”.

Reflexões sobre o Direito Canônico moderno viram-se colocadas na abertura do “XXII Encontro da Sociedade Brasileira de Canonistas”, realizado em Belo Horizonte, julho de 2008, por feliz iniciativa do Exmo. Sr. D. Walmor Oliveira de Azevedo, digníssimo e culto Arcebispo Metropolitano da Capital, reunindo especialistas do Brasil e do exterior, com o objetivo salutar de discutir o estágio atual do cano-nismo, obtendo inegáveis e profundos resultados.

A ideia de tal estudo não se limitou ao Encontro, visto que prosseguiram e prosseguem os estudos do tema, tanto que outros e novos foram realizados, com especial menção do Encontro há dias realizado na PUC/MG, com enfoque particular do casamento, com a presença dos membros do Tribunal Eclesiástico da Arquidiocese.

Por primeiro, examinou-se o casamento no Direito Civil Brasileiro, com exposição a meu cargo, para depois entrar na análise comparativa com o canônico.

O direito moderno funda-se no Canônico, que substituiu, ampliou e modernizou o Direito Romano.

Não se pode dizer que o Direito Canônico se circunscreva à Igreja Católica, mas se mostra alicerce da Cultura jurídica contemporânea.

“Todo direito ocidental é dádiva da Igreja Católica”, segundo o notável historiador americano THOMAS E. WOODS JR., in “Como a Igreja Católica construiu a civilização ocidental”.

Também dele: “o Direito Canônico foi o primeiro sistema legal moderno”.

Da Igreja para o mundo e do mundo, para a ciência jurídica corrente.

Não só na área do direito, visto que “a teoria econômica moderna veio dos teólogos”, no dizer de JOSEPH SCHUMDETER.

Mister se lembre que, no Brasil, vigiam muitas regras do Direito Canônico, até a Constituição de 1891, quando a Igreja se apartou do Estado, criando-se o casamento civil e o sistema registral brasileiro.

À Igreja Católica cabia efetuar os registros públicos e, por isso, as regras canônicas estruturaram o nascente registro.

Com incontestável certeza, o Direito Canônico projetou luz nas trevas dos povos, no tocante às relações entre os cidadãos e destes com o Estado.

É certo, diz THOMAS E. WOODS JR., a expressiva contribuição da Igreja Católica, conseqüentemente do Direito Canônico, para a construção da nova Europa, pós-imperial (ob. cit, p. 13), que guiava os povos, a vida deles e as instituições, sendo que os eclesiásticos viriam a trabalhar para a restauração da vida civilizada.

O desenvolvimento do Direito Internacional partiu das Universidades Católicas, menção especial ao teólogo FRANCISCO DE VITÓRIA, século XVI.

Em face dos maus tratos infligidos aos indígenas do Novo Mundo, Vitória e outros teólogos começaram a especular acerca dos direitos humanos fundamentais e de como deveriam ser as relações entre as nações. E foram esses pensadores que deram origem à idéia do direito internacional tal como hoje o concebemos (autor antes citado, pág. 9).

E HAROLD BERMAN sustentou, com base em profunda análise, que foi

a Igreja a primeira a ensinar ao homem ocidental o que é um sistema legal moderno. Foi a primeira a mostrar que costumes, estatutos, decisões judiciais, doutrinas conflitantes pode ser con-

ciliados por meio de análise e síntese (“The Interaction of Law and Religion, pág. 59).

Pela síntese colocada, permite-se concluir pela importância do estudo do Direito Canônico, que não se limita às relações internas da Igreja Católica, como muitos pensam, mas base da ciência jurídica moderna.

10

O PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO AMBIENTAL

Luiz Audebert Delage Filho

1. INTRODUÇÃO

Preliminarmente, necessário se faz esclarecer que o presente trabalho, foi também adaptado para o “Power-Point”, visando sua exibição no ENJUR-EJEF na Comarca de Passos, em 20/06/2009. Nele, foram reunidos e condensados vários textos de publicações e palestras, de minha autoria ou coautoria, sobre o tema geral “DIREITO AMBIENTAL”, cabendo citar especialmente a obra: “DIREITO AMBIENTAL NA VISÃO DA MAGISTRATURA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO”, Editora Del Rey, 2003, da qual fui colaborador, além de publicar textos extraídos do “Encontro Interestadual do Ministério Público e da Magistratura para o Meio Ambiente – Araxá/MG, abril de 2002”, da qual utilizei, para a parte histórica e introdutória deste trabalho, trechos da “INTRODUÇÃO AO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO” de autoria do Ministro ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN – STJ, a quem renovo nesta oportunidade as minhas mais elevadas homenagens.

Também, prestando iguais homenagens, cumpre-me citar o artigo do eminente ambientalista, Professor PAULO AFFONSO LEME MACHADO, publicado na citada obra, “Itinerário do direito ambiental brasileiro: prevenção controle e reparação”.

Na necessária e constante atualização dos temas abordados, devo também citar e homenagear o Ministro JOSÉ DE CASTRO MEIRA

– STJ, de quem pude haurir, em memorável palestra proferida no “CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL DA ABRAMPA”, em junho de 2009, importantes e atuais lições ambientais, das quais utilizei citações legais e jurisprudenciais, na abordagem do tópico “AS APP’s E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES”.

Devo prestar, também, iguais homenagens ao Ministro GILSON DIPP – STJ, que sempre tem se dedicado aos temas do Direito Ambiental, trazendo em diversas jornadas acadêmicas realizadas no âmbito do Judiciário Mineiro, suas respeitáveis lições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria.

Iniciando, propriamente, a abordagem do tema que me foi confiado “O PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO AMBIENTAL”, dada a sua abrangência, farei breve retrospectiva sobre o ordenamento jurídico ambiental em vigor no Brasil, nos pontos de maior interesse, buscando lembrar certas normas de direito material e processual, que podem fundamentar e instrumentalizar a tutela jurisdicional, abordagem quanto à responsabilidade ambiental, o desenvolvimento sustentável (ecologia *x* economia), alguns aspectos relacionados à legislação sobre águas, às áreas de preservação permanente, focando na doutrina, e na formação da Jurisprudência pelo Poder Judiciário.

Historicamente, o Brasil ainda dá os primeiros passos na busca da imprescindível compatibilização entre o crescimento econômico e proteção ambiental. Nossos poucos mais de 500 anos estão marcados, literalmente, a ferro, seja do machado ou da motosserra e fogo, das queimadas e chaminés.

Nos moldes comumente usados, pautamos o progresso na tese de que era preciso destruir para crescer, acreditando que com a destruição da natureza poderiam resultar o desenvolvimento e bem-estar. Desta forma, foram destruídas as florestas, rios, costa litorânea, qualidade do ar, fertilidade do solo e pureza do subsolo.

Deste processo resulta uma degradação intergeracional, na qual a agressão ambiental faz-se por continuidade e adição, num processo ininterrupto de mais de cinco séculos.

Internacionalmente, grande destaque se dá à destruição da Floresta Amazônica. Infelizmente nossa crise ambiental não se resume

à destruição da maior floresta tropical do mundo. Mais impiedosa, intensa, e irrecuperável tem sido a destruição da Mata Atlântica e do Cerrado, ecossistemas dos mais variados em termos de diversidade biológica. No outro lado da problemática, a poluição põe em risco a saúde de milhões de brasileiros e ameaça processos ecológicos endêmicos e vitais.

Exceção feita às catástrofes naturais infrequentes, é a ação humana que maiores impactos traz ao planeta, alterando suas características físicas e químicas, bem como extirpando e transformando ecossistemas inteiros, com a supressão de florestas e espécies, poluição do ar e das águas com substâncias tóxicas e perigosas.

Diante de tal quadro, continuamos à procura de soluções eficientes, seja no terreno da ciência ou na esfera jurídica. Contudo, estas duas categorias de forças, no estágio atual do conhecimento científico e do planejamento, lá permanecem como vetores de impossível estancamento, passíveis de mitigação, sempre insuficiente.

Sem sequer tocar a superfície destas questões mais profundas do relacionamento homem-natureza, o presente trabalho, de forma simplificada, propõe uma visão panorâmica da proteção ambiental no Brasil.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO AMBIENTE

Do descobrimento em 1500, até aproximadamente o início da segunda metade do século XX, pouca atenção recebeu a proteção ambiental no Brasil, exceção feita a algumas normas isoladas que não visavam resguardar o meio ambiente, possuindo objetivos mais estreitos, tal como preservar recursos naturais preciosos em processo de exaurimento, como o pau-brasil, ou resguardar a saúde pública.

A questão ambiental até a década de 1960 do século passado, juridicamente não existia, sendo raras e pontuais as iniciativas do Poder Público. Pode ser caracterizada como a fase da exploração desregrada ou do *laissez-faire* ambiental, onde a conquista de novas fronteiras (agrícolas, pecuárias e minerárias) era o que importava. Preponderante, nesta fase, a omissão legislativa, relegando-se eventuais conflitos de cunho ambiental, quando muito, ao tratamento pulverizado, assistemático e privatístico dos direitos de vizinhança.

Em um segundo momento, temos a fase fragmentária, onde o legislador impôs controles legais às atividades exploratórias. A recepção incipiente da degradação ambiental pelo ordenamento operava, no plano ético, pelo utilitarismo – interesse econômico, e, no terreno formal, pelo reducionismo, tanto do objeto (o fatiamento do meio ambiente, a ele ainda se negando, holisticamente, uma identidade jurídica própria) como, do reduzido aparato legislativo. Encaixam-se aí o Código Florestal, de 1965; os Códigos de Caça, de Pesca e de Mineração, todos de 1967; a Lei de Responsabilidade por Danos Nucleares, de 1977; a Lei do Loteamento Industrial nas Áreas Críticas de Poluição, de 1980 e a Lei de Agrotóxicos, de 1989.

Neste período, através do Decreto Federal n. 73.030/73, foi criada a Secretaria Especial do Meio Ambiente – SEMA, subordinada ao Ministério do Interior.

Pouco tempo após, indicando uma (re)orientação radical, aparece a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), dando início à fase holística, em que o ambiente passa a ser protegido de maneira integral, com autonomia valorativa e com garantias de implementação. Porém, somente com a Lei n. 6.938/81, é que verdadeiramente começa a proteção ambiental no Brasil, indo o legislador além da tutela dispersa, que caracterizava o sistema até então vigente. Adotando nova metodologia, a lei não só estabeleceu os princípios, os objetivos e os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, como ainda incorporou no ordenamento jurídico o Estudo de Impacto Ambiental, instituindo também um regime de responsabilidade civil objetiva para o dano ambiental, conferindo legitimação ao Ministério Público para agir nesta matéria.

Por fim, fechando o círculo da regulamentação legal (agora civil, administrativa e penal), é aprovada, em 1998, a Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente, Lei n. 9605/98.

3. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO AMBIENTE

3.1 Relevância da proteção constitucional do ambiente

Embora não seja imprescindível para o legislador, bem como para os implementadores, o reconhecimento expresso acerca de direitos

e deveres inerentes à proteção ambiental, é indubitoso que a experiência comparada indica que tais disposições são, jurídica e praticamente, úteis, além disso, a constitucionalização do ambiente é uma tendência mundial.

3.2 O meio ambiente no sistema constitucional brasileiro anterior a 1988

A tutela ambiental no Brasil, teve início na década de 1960 e consolidou-se nos anos 1980 e 1990 do século passado.

A lacuna constitucional do período não se apresentou como óbice à regulamentação legal de controle das atividades nocivas ao meio ambiente, pois diante da ausência de base constitucional, o legislador foi buscar suporte, ora na proteção da saúde, ora no regramento da produção e consumo. Ou seja, degradação ambiental seria sinônimo de degradação sanitária ou mero apêndice do universo maior da produção e consumo, apresentando-se, como argumentação de cunho estritamente homocêntrica, com indisfarçável conteúdo economicista e utilitarista.

Neste período, tal raciocínio vingou e legitimou a intervenção legislativa, recebendo também o respaldo judicial. Sob a concepção atual, verifica-se o caráter limitado deste esforço, eticamente insuficiente e dogmaticamente frágil.

Eticamente insuficiente porque a tutela ambiental vem, lentamente, abandonando a rigidez de suas origens antropocêntricas, incorporando uma visão mais ampla, de caráter biocêntrico (ou mesmo ecocêntrico), ao propor-se a amparar a totalidade da vida e suas bases.

3.3 O meio ambiente na Constituição Federal de 1988

Com a Constituição Federal de 1988 este quadro modificou-se completamente, tendo sido um capítulo inteiro dedicado ao “meio ambiente”, além da presença de dispositivos esparsos que, de forma direta ou indireta, tratam do tema.

A norma de caráter fundamental está posta no *caput* do art. 225:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, im-

pondo-se ao Poder Público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

3.4 Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Tal direito possui como titulares *todos*, vocábulo que, por não estar, de forma clara, pode referir-se tanto a todos os seres humanos ou a todos os seres vivos.

No tocante aos sujeitos obrigados aos deveres correlatos, o legislador elegeu tanto o Poder Público, como ainda toda a coletividade.

3.5 Função socioambiental da propriedade

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é norma solitária na Constituição, se entrelaçando com outros institutos incorporados pelo constituinte.

Dentre eles, se destaca a função social da propriedade, que podemos denominar de “genérica”, ponto de partida para a função socioambiental da propriedade.

O direito à propriedade não pode ser exercido de maneira absoluta, tendo um conteúdo social, expresso na função social da propriedade, instituto gerado na convicção incontestável, de que a propriedade, mesmo quando privatizada, deve operar, sempre em favor do coletivo.

Na Constituição de 1988, mais especificamente no contexto de propriedade rural, não foi bem reduzida a ambiguidade conceitual, dificultando ou mesmo impedindo a sua efetiva aplicação. Para as áreas não-urbanizadas, incluem-se entre os pressupostos a “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente”, noção mais rigorosa e protetória que conservação.

A função social da propriedade, erigida a princípio constitucional, legítima e exige a intervenção do Poder Público, quando colima resguardar o “meio ambiente ecologicamente equilibrado” e os “processos ecológicos essenciais”. Tais interferências legislativas, administrativas e judiciais bebem e alimentam-se na fonte do princípio geral.

3.6 Caracterização dos direitos e deveres constitucionais

No texto constitucional podemos identificar direitos e deveres ambientais explícitos e implícitos. São explícitos no art. 225, por exemplo.

São implícitos aqueles que, embora não cuidando de maneira exclusiva ou direta do ambiente, acessoriamente, terminam por assegurar valores ambientais. Incluem-se neste conceito o direito à vida, direito à saúde, direito dos povos indígenas, direito à propriedade, etc.

Sob outro enfoque, podemos vislumbrar na Constituição, direitos ambientais materiais e outros de caráter instrumental. Pertencem àquela categoria os direitos e obrigações como, por exemplo, o dever de “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais”. Instrumentais são os que se prestam à execução ou implementação dos direitos e obrigações materiais, alguns com feição estritamente ambiental (Estudo Prévio de Impacto Ambiental), outros de aplicação mais ampla, não restritos à área de tutela do ambiente (ação civil pública, ação popular e inquérito civil).

4. RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO AMBIENTAL

Nos termos do nosso ordenamento jurídico, a degradação ambiental gera repercussão nas esferas administrativa, civil e penal. Desde 1981, com a Lei n. 6.938/81, dispõe-se de um regime jurídico especial para a responsabilidade civil por dano ambiental.

4.1 Regime jurídico constitucional do dano ambiental

A Constituição Federal de 1988 tratou especificamente da questão da responsabilidade civil pelo dano ambiental.

Determina, no art. 225, § 3º, que:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados.

E no § 2º do mencionado dispositivo que:

Aquele que explorar os recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão competente, na forma da lei.

4.2 Regime jurídico infraconstitucional do dano ambiental: evolução histórica da legislação

No tocante à responsabilidade civil, dispõe a Lei de Política Nacional de Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81): “é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

Trata-se de responsabilidade civil objetiva, tanto no que se refere a prejuízos pessoais, chamados, “danos causados a terceiros”, como na hipótese de dano ambiental puro (danos causados ao meio ambiente).

O Código Civil de 1916, em tese, já permitia a responsabilização do poluidor, seja no campo dos direitos de vizinhança (art. 554), seja no âmbito da responsabilidade aquiliana, nos termos do art. 159, *in verbis*: “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Contudo, a recuperação ambiental era impedida em virtude de dois obstáculos: necessidade de prova da culpa no comportamento do poluidor e exoneração do poluidor, como regra, quando sua atividade empresarial fosse lícita.

Havia um terceiro óbice, de natureza processual, que inviabilizava a responsabilidade ambiental: a impossibilidade de cobrança dos danos supraindividuais, tão comuns quando se está diante de ataques a natureza, bem de uso comum, na expressão da Constituição.

O Código de Processo Civil implicitamente vedava que o Ministério Público e as associações ambientais demandassem judicialmente em nome da coletividade ao dispor que: “Ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

4.3 Dificuldades na aplicação da responsabilidade civil por dano ambiental

O ideal seria que o dano ambiental não devesse ser reparado, mas prevenido, sendo muito difícil consertar os estragos na natureza.

São de diversas ordens os empecilhos que, no Brasil, dificultam ou inviabilizam a operatividade do regime jurídico de responsabilização do poluidor, mesmo com os avanços inegáveis da Lei n. 6.938/81. São óbices, geográficos, políticos, legais e institucionais.

Inicialmente há que se considerar a dimensão continental do país, com áreas totalmente fora do alcance da fiscalização dos órgãos oficiais.

No plano político, a inexistência de uma consciência ambiental sedimentada, faz com que o dano ambiental seja encarado como necessário ao crescimento econômico, sendo objeto de incentivos econômicos, por parte do Poder Público. Registre-se, por justiça, que, mais recentemente, vem se tornando cada vez mais elevado e rigoroso o nível de exigência de observância da legislação ambiental, para obtenção de incentivos.

O quadro legislativo em vigor, ainda se apresenta insuficiente ao tratamento do dano ambiental, mesmo já operando sobre bases de responsabilidade objetiva. Pouco foi feito no tocante aos problemas relacionados aonexo causal, especialmente no caso de vários poluidores hipotéticos, seja com a inversão do ônus da prova, seja com modalidades novas de responsabilização. Além disso, a falta de sistematização permeia a responsabilidade civil por dano ambiental.

Por fim, no âmbito institucional, falta especialização aos legitimados para a ação civil pública e ao próprio Poder Judiciário, que vem, contudo, cuidando da formação e do aperfeiçoamento de seus integrantes na área ambiental, embora não se possa deixar de reconhecer certa morosidade na prestação jurisdicional, mencionando-se, por fim, a carência de profissionais capazes de avaliar com exatidão a extensão do dano ambiental concreto.

5. DANO AMBIENTAL. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

O art. 225, § 3º, da CF/88, dispõe que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pes-

soas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Assim, uma só ação ofensiva pode gerar três tipos de responsabilidade, diversas e independentes. Um exemplo: determinado cidadão derrama material químico em uma lagoa cuja água é utilizada para consumo humano. Poderá sofrer uma autuação fiscal pela infração administrativa, uma ação civil pública destinada a reparar os danos causados e uma ação penal pela prática do crime poluição sob qualquer forma.

5.1 Responsabilidade Administrativa

A responsabilidade administrativa está vinculada diretamente ao princípio da legalidade previsto no art. 5º, II, da Constituição. Isso significa que não pode existir infração administrativa ao meio ambiente sem lei prévia que defina a conduta. Resoluções, portarias, provimentos, regulamentos autônomos não poderão servir de base a auto de infração. Admite-se, excepcionalmente, que a lei delegada ou medida provisória (art. 59, IV e V) tenham força da lei.

As infrações administrativas acham-se dispersas em vários textos legais, fato que dificulta o seu conhecimento e a sua aplicação.

No Brasil é necessário verificar qual lei embasa uma figura infracional e daí impor ao transgressor a lavratura de auto de infração. O art. 14 da Lei n. 6.938, de 1981, trata da Política Nacional do Meio Ambiente, estabelece as sanções cabíveis àqueles que não cumpram as medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental, sem prejuízo das penalidades fixadas em leis federais, estaduais ou municipais. As sanções podem ser multa, perda ou restrição de incentivos fiscais, perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito ou suspensão de sua atividade.

A Lei n. 9.605, de 12/2/98, trouxe em seu texto inúmeras inovações no tratamento da matéria, inclusive a responsabilização penal às pessoas jurídicas, além das sanções civis e administrativas que já eram previstas.

Esta lei foi inicialmente regulamentada pelo Decreto n. 3.179, de 21/09/1999, que após quase uma década em vigor, foi revogado pelo

Decreto n. 6.514, de 23/07/2008, com redação final incorporada pelo Decreto n. 6.686, publicado em 11/12/2008, que tem por objetivo dar nova regulamentação às “infrações e sanções administrativas ao meio ambiente” e instituir o processo administrativo federal para apuração de infrações ambientais.

Pelo novo texto do decreto, fica estendido até 11 de dezembro de 2009, o prazo para produtores rurais averbarem as áreas de reserva legal de suas propriedades.

A forma de defesa varia conforme o ente político. União, Estados e Municípios possuem regras próprias de procedimento administrativo. O essencial, em todas, é que se possibilite ao acusado o exercício da ampla defesa, garantia expressa no art. 5º, LV, da Carta Magna.

No âmbito estadual cada unidade federativa fixa regras próprias para o exercício da imposição de penalidades. O mesmo se dá em relação aos municípios. O importante é que não se imponha pena sem observância do processo legal (CF, art. 5º, LIV).

5.2 Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil por dano ambiental não estava prevista no nosso Código Civil. Nele a responsabilidade era tratada apenas do ponto de vista individual e subjetivo. De regra, envolvendo conflitos de vizinhança. Foi a Lei n. 6.938, de 31/8/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, que realmente inovou, introduzindo no art. 14, § 1º, a responsabilidade objetiva. Por ela o poluidor, independentemente da existência de culpa, é obrigado a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Além disso, o referido dispositivo deu legitimidade ao Ministério Público para ingressar em juízo com ação de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente. Foi essa feliz iniciativa que possibilitou o surgimento das primeiras medidas judiciais reparadoras ou indenizatórias. Outrora, deveria o particular propor ação, sujeitando-se a todos os ônus decorrentes de tal opção, como a contratação de advogado, pagamento de custas, perito e colheita da prova.

No ano de 1985, foi dado novo e decisivo passo com a edição da Lei n. 7.347, de 24/7, conhecida como Lei da Ação Civil Pública. Foi

fundamental para a efetividade do Direito material. Disciplinou-se o processamento, permitiu-se ao juiz a concessão de liminar (art. 12), a abertura de inquérito civil pelo Ministério Público (art. 8º, § 1º) e a possibilidade de imposição de uma multa diária pelo descumprimento da decisão judicial (art. 11). Mais tarde o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11/9/80, complementou a parte processual, atualizando a Lei n. 7.347, de 1985.

No âmbito da reparação civil, o meio ambiente passou a ser bem tutelado no Brasil. Isso não foi fruto do acaso, mas sim o resultado de uma boa lei processual e da atuação eficiente do Ministério Público que, em pouco tempo, estruturou-se para bem atender a demanda sempre crescente de ações. O resultado é que os tribunais brasileiros vêm, em escala cada vez mais crescente, decidindo tal tipo de processo.

A reparação civil do dano ambiental não deve ser confundida com a responsabilidade administrativa decorrente da mesma ação ou omissão. A aplicação da penalidade administrativa, prevista nos incisos I, II e IV do art. 14, não elide a indenização ou reparação que o Poder Judiciário possa cominar, como se vê sem qualquer dúvida no § 1º do aludido art. 14.

Questão das mais relevantes é a de como se fixar o valor da reparação por dano ambiental. Não há uma regra perfeita. Nem se admite que a reparação se limite aos valores de mercado dos bens atingidos. O prejuízo é muito mais grave e complexo. O juiz deve ser cauteloso na nomeação de perito para tal tipo de exame técnico. Convém valer-se de técnicas especializadas, como por exemplo, os biólogos, evitando nomear técnicos com formação em outras áreas.

5.3 Responsabilidade Penal

A responsabilidade penal em crimes ambientais envolvendo, por exemplo, águas, era mínima, seja porque a legislação não auxiliava, seja porque inexistia o hábito de apurar tal tipo de ocorrência. O certo é que, efetivamente, ela não vinha tendo maior significado. A legislação mais recente, veio conscientizar os operadores do Direito para esse aspecto importantíssimo.

No Brasil, já existiam tipos penais sobre a matéria. O primeiro, e mais antigo, está no Código Penal.

Art. 271 – Corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tonando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde:

Pena – Reclusão, de dois a cinco anos.

Se o crime é culposo:

Pena – Detenção, de dois meses e um ano.

O tipo em análise busca a proteção da água potável, punindo a sua corrupção, ou seja, estragá-la, alterar-lhe o sabor. Ou a poluição, isto é, sujá-la. Para a sua configuração não basta a degradação da água, sendo necessário, também, que ela se torne imprópria para o consumo ou nociva à saúde. Admite a forma culposa, fato que possibilita alcançar maior número de infratores. O que a lei procura proteger é a saúde das pessoas.

Na década de 1970, alguns julgados orientaram-se no sentido de que seria atípica a conduta de quem polui rio que já se acha poluído (RT 263/59, 301/84 e 347/69). Não vem sendo essa atualmente, a interpretação da norma legal, pois, sabidamente, a água pode ter índices aceitáveis de poluição e ser utilizada pela população.

É sabido que a poluição de qualquer natureza em níveis que resultem ou possam resultar danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou destruição significativa da flora é crime definido no art. 54 da Lei n. 9.605, de 12/2/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Cabe mencionar que essa lei, em seu art. 79, admite a aplicação subsidiária das disposições ao Código Penal e do Código de Processo Penal.

É preciso que saibamos valorizar esse importante diploma legal, pois antes mesmo da edição da Lei n. 9.714/98, que alterou o art. 43 e 44 do Código Penal, acrescentando as penas restritivas de direito “prestação pecuniária” e “perdimento de bens e valores”, bem como a hipótese de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos delitos com pena não superior a 4 anos, a Lei em análise já contemplava tal possibilidade, em seus arts. 7º e 8º.

6. O DIREITO AMBIENTAL, AS APP'S E A JURIS-PRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

6.1 O meio ambiente na constituição

O meio ambiente, como bem jurídico constitucionalmente tutelado, abrange:

Meio ambiente natural;

Meio ambiente artificial;

Meio ambiente cultural;

Meio ambiente do trabalho.

A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (STF – Pleno, ADIn/MC 3540-1, Rel. Min. Celso de Mello).

As normas constitucionais sobre meio ambiente:

É princípio vetor da Ordem Econômica “a defesa do meio ambiente” (art. 170, IV).

O meio ambiente é “bem de uso comum do povo”, assegurado a todos o direito “ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225, *caput*).

A Constituição impõe ao Poder Público o dever de preservar e defender o meio ambiente “para as presentes e futuras gerações” (art. 225, *caput*).

Princípio da Prevenção: “Cabe ao Poder Público exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental” (art. 225, § 1º, IV).

Princípio da Compensação Ambiental: “Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado,

de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente” (art. 225, § 2º).

Princípio da Responsabilidade Integral: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de recuperar o dano causado” (art. 225, § 3º).

Princípio do Desenvolvimento Sustentável: “A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio-ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais” (art. 225, § 4º).

6.2 Sistema Nacional do Meio Ambiente – Estruturação

O Sistema Nacional do Meio Ambiente congrega órgãos e entidades ambientais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cuja finalidade primordial é dar cumprimento à Política Nacional do Meio Ambiente, apresentando a seguinte estrutura:

Conselho de Governo;

Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA);

Ministério do Meio Ambiente (MMA);

Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA);

Órgãos Regionais;

Órgãos Locais.

6.3 Competências em Matéria Ambiental

6.3.1 Competência Legislativa

Privativa: “Compete privativamente à União legislar sobre” (art. 23 da CF/88):

Águas e energia (inciso IV);

Jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia (inciso XII);

Atividades nucleares de qualquer natureza (inciso XXVI).

Concorrente: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre” (art. 24 da CF/88):

Florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção ao meio ambiente e controle de poluição (inciso VI);

Proteção ao patrimônio histórico, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII);

Responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico (inciso VIII).

6.3.2 *Competência Administrativa*

Comum: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 23 da CF/88):

Proteger os documentos, obras, e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens, naturais notáveis e os sítios arqueológicos (inciso III);

Impedir a evasão, a destruição e descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural (inciso IV);

Preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII);

Registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios (inciso XI).

6.3.3 *Competência Jurisdicional*

Compete à Justiça Estadual, em regra, o processamento e julgamento dos feitos que versem sobre crimes ambientais. A competência federal somente se evidencia quando o crime for praticado em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, suas autarquias e empresas públicas.

1. Compete, em regra, à Justiça Estadual, o processo e julgamento de feitos que visam à apuração de crimes ambientais. 2. A

competência da Justiça Federal é restrita aos crimes ambientais perpetrados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas autarquias ou empresas públicas. 3. Tratando-se de possível pesca predatória em rio interestadual, que banha mais de um Estado da federação, evidencia-se situação indicativa da existência de eventual lesão a bens, serviços ou interesses da União, a ensejar a competência da Justiça Federal. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da Segunda Vara de Uruguaiana/RS (CC 39.055/RS, Rel. Min. Paulo Medina, 3ª Seção, DJ de 11.04.05).

1. A partir da edição da Lei n. 9.605/98, os delitos contra o meio ambiente passaram a ter disciplina própria, não se definindo, contudo, a Justiça competente para conhecer das respectivas ações penais, certamente em decorrência do contido nos arts. 23 e 24 da CF/88, que estabelecem ser da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios proteger o meio ambiente, preservando a fauna, bem como legislar concorrentemente sobre essas matérias. 2. Deve ser verificado se o delito foi praticado em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, a teor do disposto no art. 109, IV, da Carta Magna, de forma a firmar ou não a competência da Justiça Federal. 3. Tratando-se de suposta infração cometida em área particular, inexistente qualquer circunstância determinante de especial interesse da União, declara-se a competência da Justiça Estadual. 4. Conflito conhecido, declarando-se competente o suscitado (CC 30.260/MG, Rel. Min. Paulo Gallotti, 3ª Seção, DJ de 14.06.06).

1. Verificado que o crime ambiental foi praticado em detrimento de área de preservação permanente, localizada às margens de rio que banha mais de um Estado da Federação, caracteriza-se o interesse da União, conforme preconiza do art. 20, III da CF/88, cabendo à Justiça Federal a instrução e julgamento do feito. 2. Conflito conhecido para declarar competente a 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto/SP (CC 55.130/SP, Rel. Min. Maria Tereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJ de 26.03.07).

1. Tratando-se de Áreas de Proteção Ambiental, impõe-se avaliar sua origem, pois, de acordo com Constituição Federal, a criação de espaços especialmente protegidos é competência comum atribuída a todos os entes federativos. 2. Se o ato for de criação for federal, haverá o interesse da União, atraindo a competência da Justiça Federal; se for estadual ou municipal, será da Justiça Estadual a competência para a apreciação de possível crime

ambiental. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, o suscitante (CC 36.666/MG, Rel. Min. Paulo Gallotti, 3ª Seção, DJ de 08.02.08).

1. Comprovado pelo laudo de vistoria realizado que nenhum dos animais possuía marcação ou comprovação de origem e sendo esta atividade diretamente relacionada com as atribuições do IBAMA, autarquia federal responsável pela autorização de ingresso e posse de animais exóticos no País, de acordo com Instrução Normativa 02/01 do citado órgão, há indícios de crime perpetrado em desfavor da União. 2. Uma vez que o ingresso de espécimes exóticas no País está condicionado à autorização do IBAMA, firma-se a competência da Justiça Federal, haja vista a existência de interesse de autarquia federal. 3. Conheço do conflito e declaro competente o suscitado, Juízo Federal da 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul (CC 96.853/RS, Rel. Min. Og Fernandes, 3ª Seção, DJ de 17.10.08).

7. AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – APP'S

Conceito:

Área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico da fauna e da flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas (art. 1º, § 2º, II, da Lei 4.771/65 – Código Florestal).

Classificação:

Áreas de Preservação Permanente por força de lei (art. 2º do Código Florestal):

Florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

Ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água;

Ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

Nas nascentes e nos chamados olhos d'água, qualquer que seja a sua situação topográfica;

No topo de morros, montes, montanhas e serras;

Nas encostas com declividade superior a 45 graus;

Nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangue;

Nas bordas dos tabuleiros ou chapadas;

Em altitudes superior a 1800m qualquer que seja o tipo de vegetação.

Áreas de Preservação Permanente por discricionariedade administrativa (art. 3º do Código Florestal):

Consideram-se de preservação permanente, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

A atenuar a erosão das terras;

A fixar as dunas;

A formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;

A auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;

A proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;

A asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;

A manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;

A assegurar condições de bem-estar público.

Supressão de vegetação em APP's (art. 4º da Lei 4.771/65):

Casos de utilidade pública e interesse social devidamente caracterizados e motivados;

Necessidade de procedimento administrativo específico;

Inexistência de alternativa técnica e locacional;

Autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal do meio ambiente;

Observância das medidas mitigadoras e compensatórias a serem adotadas.

As exigências para a supressão de vegetação em APP's decorrem de alterações no Código Florestal promovidas pela MP 2.166-67/2001, que tem sua constitucionalidade questionada no Supremo por meio de Ação Direta proposta pelo Procurador-Geral da República (ADI 3540).

A Medida Cautelar requerida para suspender a eficácia do art. 4º do Código Florestal (com redação da MP) foi deferida pelo então Presidente do Supremo Nelson Jobim, mas foi, por maioria, rejeitada pelo Tribunal Pleno do STF, como se observa da seguinte ementa:

A Medida Provisória n. 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. (...) – É lícito ao Poder Público – qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (...) autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III) (ADI 3540 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 03.02.06).

7.1 Indenização decorrente da criação de APP's

Não cabe indenização quando não houver outras limitações à propriedade além daquelas decorrentes do Código Florestal:

A criação do Parque Estadual da Serra do Mar não gera direito à indenização pura e simplesmente, eis que as limitações administrativas previstas no Decreto Estadual 10.251/77 já estavam anteriormente entabuladas no Código Florestal, sendo devida a indenização somente no caso de restar comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes na área antes do decreto e, também, prejuízo concreto decorrente da impossibilidade de exploração econômica da propriedade (EREsp 610.158/SP, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 22.09.08).

Não cabe indenização quando o imóvel foi adquirido após a criação da APP:

2. É inadmissível a propositura de ação indenizatória na hipótese em que a aquisição do imóvel objeto da demanda tiver ocorrido após a edição dos atos normativos que lhe impuseram as limitações supostamente indenizáveis, como ocorrera, in casu, com os decretos estaduais n. 10.251/1977 e n. 19.448/1982 de preservação da Serra do Mar (REsp 209.297/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 13.08.07).

Quando cabível a indenização, os juros compensatórios também serão devidos, mesmo que improdutivo o imóvel:

1. Segundo orientação assentada na 1ª Seção do STJ, os juros compensatórios são devidos mesmo quando o imóvel desapropriado for improdutivo, justificando-se a imposição pela frustração da 'expectativa de renda', considerando a possibilidade do imóvel 'ser aproveitado a qualquer momento de forma racional e adequada, ou até ser vendido com o recebimento do seu valor à vista' (REsp 108.896, relator para o acórdão Min. Castro Meira, DJ de 17.05.2004) (REsp 122.114/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Seção, DJ de 17.12.04).

Não é cabível a indenização pela cobertura florística em APP's:

2. Na análise do potencial econômico madeireiro, deve-se levar em consideração as restrições legais e administrativas à utilização da propriedade, excluindo-se da base de cálculo as Áreas de Preservação Permanente (arts. 2º e 3º do Código Florestal), as de Reserva Legal sem Plano de Manejo aprovado pelo órgão ambiental competente, bem como as que, por suas características naturais ou por obediência a estatuto jurídico próprio, não podem ser exploradas por conta da vedação de supressão para fins comerciais, de que são exemplos as árvores imune a corte (art. 14, alínea b, do Código Florestal) e a vegetação da Mata Atlântica, primária ou secundária em estágio avançado de regeneração, na moldura da Lei 11.428/2006, dentre outros casos (REsp 905.783/RO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ de 27.05.08).

8. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: ECOLOGIA x ECONOMIA

É dever do Estado incentivar a atividade econômica (art. 170 da CF/88) e preservar o meio ambiente (art. 225).

Segundo a hermenêutica, as normas constitucionais em aparente antinomia devem ser interpretadas por meio de um juízo de pondera-

ção, de modo a extrair de cada qual sua máxima efetividade com o mínimo de sacrifício.

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações (ADI 3540 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ de 03.02.06).

Desenvolvimento Sustentável: progresso da atividade econômica de modo compatível com a utilização racional de recursos ambientais, com rejeição ao desperdício e à ineficiência.

O Brasil é o país de maior biodiversidade, o que gera inescusável compromisso do Poder Público com a proteção e defesa do meio ambiente.

Um dos maiores compromissos e grande desafio do Estado brasileiro é o de garantir o crescimento econômico em ritmo acelerado sem degradação do meio ambiente.

Existem vários mecanismos constitucionais e legais que possibilitam o desenvolvimento sustentável:

Os estudos de impacto ambiental;

Os licenciamentos ambientais;

As sanções administrativas na esfera ambiental;

A compensação ambiental;

A política fiscal:

Os incentivos fiscais;

O aumento da carga tributária;

O ICMS ambiental.

8.1 A redução da base de cálculo do ITR relativamente às APP's

TRIBUTÁRIO – IMPOSTO TERRITORIAL RURAL – BASE DE CÁLCULO – EXCLUSÃO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – DESNECESSIDADE DE ATO DECLARATÓRIO AMBIENTAL DO IBAMA. 1. O Imposto Territorial Rural – ITR é tributo sujeito a lançamento por homologação que, nos termos da Lei 9.393/96, permite da exclusão da sua base de cálculo a área de preservação permanente, sem necessidade de Ato Declaratório Ambiental do IBAMA. 2. Recurso especial provido (REsp 665.123/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 05.02.07).

9. OUTROS DIPLOMAS LEGAIS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

Ainda no campo da tutela jurisdicional do meio ambiente, dispõe a constituição, no Capítulo I do Título II, destinado aos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (art. 5º, LXXII): qualquer cidadão é parte legítima para propor **Ação Popular** que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A Lei n. 4.717/65, que regula a ação popular, confere a qualquer cidadão legitimidade para pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, incluindo em seu conceito os bens e direitos de valor econômico, artístico, histórico ou turístico, sem abordar, porém, todos os aspectos do meio ambiente.

Mas, como já ficou mencionado, a CF, no art. 5º, LXXII, admite ação popular, também quando se tratar de ato lesivo ao meio ambiente.

Normas esparsas de proteção ao meio ambiente são encontradas no Código de Águas (Decreto n. 24.643, de 10.07.1934), no Código Florestal (Lei 4.771, de 15.9.1965), no Código de Caça (Lei 5.197, de 3.1.1967), no Código de Pesca (Decreto-lei n. 221, de 28.2.1967), no Código de Mineração (Decreto-lei n. 227, de 28.2.1967), no Código Brasileiro do Ar (Lei n. 6.833, de 30.9.1980), em inúmeros diplomas legais federais e estaduais ou em normas municipais.

Comporta referência, ainda, a Lei n. 6.938, de 31.8.1981, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação; a Lei n. 7.347, de 24.7.1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a Lei n. 7.679, de 23.11.1988, que dispõe sobre a proibição da pesca de espécies em períodos de reprodução. Merece especial destaque a novel Lei n. 9.605/98 e seu Decreto regulamentador n. 3.179/99.

10. PRINCIPAIS ASPECTOS DA LEI N. 7.347/85 (AÇÃO CIVIL PÚBLICA)

Em vigor desde 1985, portanto há quase 30 anos, ela impôs aos juízes e tribunais, que, no exercício de suas funções, tiverem conhecimento de fatos ensejadores da propositura da ação civil pública, a remessa de peças ao MP para as providências cabíveis (art. 7º).

Outorgou a qualquer pessoa o direito e impôs ao servidor público o dever de provocar a iniciativa do MP, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhes os elementos de convicção (art. 6º).

Deixou claro que, na petição inicial, o autor poder requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias (art. 8º).

Conferiu ao MP o poder de instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, e requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames e perícias, no prazo que assinalar, não inferior a dez dias úteis (§ 1º); no § 2º ressaltou a possibilidade de requisição judicial, em caso de sigilo legalmente protegido.

Atribuiu ao MP o poder de promover arquivamento dos autos do inquérito civil ou as peças informativas, exigindo-lhe, porém, que o faça fundamentadamente, e apenas se se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil (art. 9º).

Apenou com reclusão e multa a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo MP (art. 10).

Atribuiu ao Juiz, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o poder de determinar o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor (art. 11).

Previu a possibilidade de medida liminar, concedida pelo Juiz, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo (art. 12).

Adotou, de certa forma, o princípio do art. 4º da LMS, ao dizer que: a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, pode o Presidente do Tribunal, a que competir o conhecimento do respectivo recurso, suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual cabe agravo para uma das turmas julgadoras (§ 1º do art. 12).

Admitiu a outorga, pelo Juiz, de efeito suspensivo ao recurso, para evitar dano irreparável à parte (art. 14).

Deu ao MP o poder/dever de promover e aos demais legitimados facultou a execução da sentença condenatória, quando houver omissão da associação autora (art. 15 da LACP com a redação dada pelo CDC).

Conferiu eficácia *erga omnes* à coisa julgada na ação civil pública, excetuando a hipótese de improcedência por insuficiência de provas e esclarecendo que, nesse caso, qualquer legitimado pode repropô-la, com novas provas art. 16).

Dispensou o adiantamento de custas, emolumentos e honorários periciais e quaisquer outras despesas e afastou a possibilidade de condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais (art. 18 da LACP com a redação dada pelo art. 116 do CDC).

10.1 Projeto de Mudanças na Lei de Ação Civil Pública

Atualmente, quase ao completar seu trintenário, a modificação da festejada lei vem sendo objeto de debates, pelo Projeto de Lei n. 5.139/2009, em trâmite no Congresso Nacional, buscando rediscipli-

nar a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tendo havido mesmo forte discussão acadêmica sobre a possível elaboração de um código de processo coletivo.

O Projeto de Lei passou por discussões dentro do governo, mais especialmente dentro da Casa Civil. Em 13 de abril de 2009, o Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, o abrigou sob o chamado “Pacto Republicano”, e faz parte de um projeto mais amplo de governo. Houve algumas alterações no Congresso, tais como a retirada da tutela da proteção de questões tributárias e previdenciárias, mas já existem propostas de emendas tendentes a restaurar essa proteção.

O relator da comissão que criou o projeto, Luiz Manuel Gomes Júnior, informa as diretrizes que orientam os trabalhos: aperfeiçoar alguns dos instrumentos que já existem na lei atual; acabar com a chamada “loteria judiciária”, na qual é impossível prever o resultado de um processo, uma vez que o novo sistema suspende as demandas individuais na existência de uma ação coletiva; restaura a igualdade no que diz respeito à legitimidade, uma vez que a iniciativa para a ação não é exclusiva do Ministério Público, da Defensoria ou dos colegitimados, mas é uma lei para toda a sociedade, na qual é possível corrigir o polo ativo em qualquer momento.

Três pontos foram especialmente debatidos. O **primeiro** deles, diz respeito à necessidade de inclusão no rol dos direitos tutelados pela ação civil pública das questões tributárias e previdenciárias. A maioria entende que são essas **ações** que geram uma demanda que abarrotava o judiciário e a população só teria a ganhar com decisões coletivas, que contemplassem um número mais abrangente de jurisdicionados, reconhecendo-lhes direitos que muitas vezes geram “filas” de processo, em detrimento da celeridade na solução dos conflitos.

O **segundo**, diz respeito à revogação da Lei n. 9.494/97, que restringe a validade da decisão dada na ação civil pública aos limites da jurisdição territorial do magistrado que a proferiu. A maioria concorda em ampliar esse limite, para tanto, deverá contribuir o **cadastro nacional de ações coletivas**, a fim de evitar demandas repetitivas.

O **terceiro** ponto, objeto de muita controvérsia, é a obrigatoriedade de os jurisdicionados que entraram com ações individuais deverem suspender o processo na existência de ação coletiva. Alguns entendem que isso fere o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

11. JURISPRUDÊNCIA SOBRE MEIO AMBIENTE

11.1 No Supremo Tribunal Federal e no S.T.J.

Há julgados, já sob a vigência da CF/88, do STF e do STJ, sobre competência concorrente, depósito de lixo, desflorestamento, direito de indústria, garimpo de ouro, herbicida, inexistência de dano, interdição de empresa, mineração, poluição do ar, poluição do rio, preservação de oitizeiros, prova, responsabilidade objetiva, suspensão de obra, transferência de indústria, transporte marítimo, usina de lixo, valor econômico. Tudo relacionado ao direito ambiental.

E ainda:

Medida cautelar antecipatória de prova e ação principal por danos à fauna ictiológica;

Ação civil pública ambiental por danos à fauna silvestre;

Ação civil pública ambiental por danos causados ao solo e cursos d'água em virtude de lançamento de resíduos industriais tóxicos;

Ação civil pública ambiental por danos ao meio ambiente, à estética urbana e à paisagem;

Ação civil pública ambiental por danos à reserva obrigatória da cobertura vegetal natural;

Ação civil pública ambiental por danos causados à vegetação natural de preservação permanente;

Ação civil pública ambiental visando a impedir a instalação de usinas de compostagem e incineração de lixo, por ausência de prévio estudo de impacto ambiental e localização em zona de uso desconforme;

Ação civil pública ambiental em virtude de deposição de lixo urbano em Área de Proteção Ambiental (APA).

11.2 Jurisprudência no Tribunal de Justiça de Minas Gerais

EMENTA: MEIO AMBIENTE – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TRANSAÇÃO – POSSIBILIDADE – ACORDO JUDICIALMENTE HOMOLOGADO – TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – COISA JULGADA – EXTINÇÃO DO FEITO COM JULGAMENTO DO MÉRITO QUANTO A

MATÉRIA TRATADA NO ACORDO. (APELAÇÃO CÍVEL N. 1.0479.98.004421-4/001 – COMARCA DE PASSOS – APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO DE M.G., PJ 1ª VARA CÍVEL COMARCA PASSOS – APELADO(S): USINA AÇUCAREIRA PASSOS S/A E OUTRA – RELATOR: EXMO. SR. DES. AUDEBERT DELAGE – Data do Julgamento 29/04/2004 – Data da Publicação 29/06/2004).

EMENTA: MEIO AMBIENTE – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – ENTORNO DE LAGO ARTIFICIAL, ORIUNDO DA CONSTRUÇÃO DE USINA HIDROELÉTRICA – EDIFICAÇÃO NA CITADA ÁREA – QUIOSQUE DE MADEIRA E RAMPAS – INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS ALEGADOS DANOS AMBIENTAIS – DEMONSTRAÇÃO DE QUE NOVA VEGETAÇÃO ESTÁ SENDO FORMADA NO LOCAL. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.04.157057-4/002 – COMARCA DE UBERLÂNDIA – APELANTE(S): MP DO ESTADO MINAS GERAIS – APELADO(A)(S): MARCELO PRIMO MARQUES – RELATOR: EXMO. SR. DES. AUDEBERT DELAGE – Data do Julgamento: 09/03/2006 – Data da Publicação – 14/03/2006).

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PREFEITO – CONDUTAS QUE OCASIONARAM DANOS AMBIENTAIS – INOBSERVÂNCIA DO ART. 225 DA CF/88 – CARACTERIZAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0107.06.999989-7/001 – COMARCA DE CAMBUQUIRA – APELANTE(S): RUBENS BARROS SANTOS EX-PREFEITO(A) MUNICIPAL DE CAMBUQUIRA – APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS – RELATOR: EXMO. SR. DES. AUDEBERT DELAGE – Data do Julgamento 05/10/2006 – Data da Publicação 24/10/2006)

EMENTA: EXECUÇÃO – MINISTÉRIO PÚBLICO – TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) – DESCUMPRIMENTO – EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – VIGÊNCIA DO § 6º DO ART. 5º DA LEI N. 7.347/85 – CASSAÇÃO DA SENTENÇA. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.07.353677-7/001 – COMARCA DE CONTAGEM – APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO

CO ESTADO MINAS GERAIS – APELADO(A)(S): JOSÉ GONÇALVES SEVERO – RELATOR: EXMO. SR. DES. AUDEBERT DELAGE – Data do Julgamento: 17/01/2008 – Data da Publicação: 24/01/2008)

MEIO AMBIENTE – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO – RESPONSABILIDADE MUNICIPAL – INOCORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES. Nos termos do art. 225 da Constituição Federal compete ao Poder Público a defesa e preservação do meio ambiente. Os recursos hídricos se apresentam de primordial importância, não se configurando ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes a imposição de obrigação de fazer ao município a fim de se corrigir as omissões administrativas que importem em ilegalidade. Contudo, veda-se a determinação imediata à realização de obras, sendo necessária a inclusão de sua previsão em lei orçamentária. PROCESSO CIVIL – EFEITOS – TERCEIROS QUE NÃO FORAM PARTE DA LIDE – IMPOSSIBILIDADE – ART. 472 DO CPC. (APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0394.02.023051-9/001 – COMARCA DE MANHUAÇU – REMETENTE: JD 1 V CV COMARCA MANHUAÇU – APELANTE(S): MUNICÍPIO MANHUAÇU E OUTRO(A)(S) – APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS – RELATOR: EXMO. SR. DES. AUDEBERT DELAGE – Data do Julgamento: 19/03/2009 – Data da Publicação: 07/04/2009).

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. ART. 17, V, VI e VII e § 6º da Lei Estadual n. 14.710/2004. Política florestal e de proteção à biodiversidade no Estado. Art. 19,V e VII, e § 6º, do Decreto Estadual n. 43.710/04. Regulamento. Reserva legal. Inconstitucionalidade manifesta. Extrapolação de competência suplementar. Disciplina contrária à legislação federal de regência. Ofensa ao art. 10, V, e § 1º, I, da Constituição Estadual. Representação acolhida. Vício declarado. – A recomposição da reserva legal em imóveis rurais a ser implementada mediante compensação, consoante a legislação federal de regência, somente é possível se se der por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) – RESERVA LEGAL – LEI ESTADUAL N. 14.309/02, ART.

17, V, VI E VII; DECRETO ESTADUAL N. 43.710/2004, ART. 19, V E VI E § 6º – SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE – ALEGADA EXORBITÂNCIA DA NORMA ESTADUAL EM RELAÇÃO À NORMA FEDERAL QUE TRATA DA MESMA MATÉRIA – LEI N. 4.771/65, ART. 44, I, II E III – COMPETÊNCIA CONCORRENTE – SUPOSTA INFRAÇÃO À CR/88, ART. 24, ‘CAPUT’, VI E §§; E, CEMG/89, ART. 10, ‘CAPUT’, V E VI, E §§ 1º E 2º, E, ART. 11, ‘CAPUT’, II E VI – INOCORRÊNCIA – NORMAS ESTADUAIS QUE SE LIMITAM A REGULAMENTAR A NORMA FEDERAL, RESPEITANDO AS DIRETRIZES DITADAS PELA UNIÃO E ATENDENDO ÀQUELAS ESTABELECIDAS PARA A PRESERVAÇÃO E CONSERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE – PRELIMINARES REJEITADAS E REPRESENTAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.07.456706-6/000 – COMARCA DE BELO HORIZONTE – REQUERENTE(S): PROCURADOR GERAL JUSTIÇA ESTADO MINAS GERAIS – REQUERIDO(A)(S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, GOVERNADOR ESTADO MINAS GERAIS – RELATOR: EXMO. SR. DES. RONEY OLIVEIRA – RELATOR PARA O ACÓRDÃO: EXMO SR. DES. HERCULANO RODRIGUES – Data do Julgamento: 27/08/2008 – Data da Publicação: 07/11/2008).

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – REALIZAÇÃO DE QUEIMADAS EM PLANTAÇÕES DE CANA DE ACÚCAR – LEI MUNICIPAL DO MUNICÍPIO DE PONTE NOVA, QUE ESTABELECE PROIBIÇÃO DE QUEIMADA DA PALHA DE CANA DE ACÚCAR – POSSIBILIDADE DE O MUNICÍPIO LEGISLAR SOBRE MEIO AMBIENTE – AUTORIZAÇÃO CONTIDA NO ART. 171, III, ‘B’ DA CONSTITUIÇÃO MINEIRA – CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL RECONHECIDA.

Durante a queimada da palha de cana-de-açúcar a temperatura a 1,5cm de profundidade chega a mais de 100º e atinge 80º centígrados a 15 cm acima da terra, afetando gravemente a atividade biológica do solo, responsável por sua fertilidade. O aumento da temperatura do solo provoca a oxidação da matéria orgânica, sendo que houve constatação na Colômbia de redução de 55% a 95% no teor da matéria orgânica em solo após as queimadas.

As queimadas eliminam os predadores naturais de algumas pragas, como as vespas, que são inimigas da broca da cana *Diatrea saccharalis* (que é a principal praga de Ribeirão Preto) provocando o descontrole desta praga e exigindo a utilização cada vez maior de agrotóxicos, provocando maior contaminação ambiental. Na mesma linha, o fogo não mata as sementes das gramíneas invasoras e estas, por não estarem cobertas pela palha, germinam rapidamente. Para combater essas plantas invasoras, os agricultores utilizam herbicidas em grande escala e em quantidade cada vez maior, motivo pelo qual a cultura da cana é responsável pelo uso de mais de 50% de todos os herbicidas utilizados na agricultura brasileira.

– Empresários mais conscientes não desconhecem tais maléficis efeitos, tanto que se antecipam às exigências legais e conseguem reduzir o uso do fogo – o método mais primitivo, poluente e perigoso ainda em uso. É que a queima emite grande volume de gás carbônico – CO₂ – gases de nitrogênio e enxofre, responsáveis pelas chuvas ácidas. O efeito estufa, já sentido no Brasil, é agravado em virtude das queimadas. Elas ainda provocam significativas perdas de nutrientes para as plantas e facilitam a erosão e aparecimento de ervas daninhas. Somente após a pressão popular e das ONGs contra queimadas foi que alguns empresários se sentiram estimulados a obter tecnologias para a colheita de cana mecanizada, o que até barateou os custos da produção.

– Em síntese: a) O Município pode legislar sobre meio ambiente (art. 171, II, ‘b’ da Carta Minera); b) ninguém mais, em sã consciência, senão com forte predisposição, tem coragem de sustentar a impossibilidade da edição dessa legislação; c) a legislação municipal é meramente complementar e não contraria a do Estado de Minas Gerais; apenas adapta, para as peculiaridades locais, a permissão ampla e irrestrita concedida pela Administração Estadual; d) a legislação municipal não pode **é flexibilizar**, ampliar autorizações, expedir faculdades e **conceder mais** do que concede a lei estadual (nessa hipótese a contraria); mas pode, a toda evidência, como sempre salienta a doutrina, reduzir o espaço de permissão, conceder menos, **proteger mais o solo e os recursos naturais**, do que faz o Estado. Nisso completa, suplementa, adita, adapta e reforça as disposições da União e do Estado a respeito do tema; e) se fosse o contrário, se o Município pudesse legislar apenas para repetir e clonar o que já fez a União e os Estados, esta legislação **seria inútil**; f) conclui-se: o Município não pode

conceder mais do que o Estado concede, não pode permitir **mais**; se legisse apenas para repetir, seria inútil; mas pode, evidentemente, suplementar, aditar, adaptar à realidade local as permissões que o Estado já estabelece. Só assim se pode entender, de modo útil, as disposições constitucionais que determinam a possibilidade de legislação pelo Município.

– Precedente, no mesmo sentido, do Estado de São Paulo – Município de São José do Rio Preto, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 147.007-0/5 (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.07.454942-9/000 – COMARCA DE PONTE NOVA – REQUERENTE(S): SINDACUCAR – SINDICATO DA INDÚSTRIA DE AÇUCAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS E SIAMIG – SINDICATO DA INDÚSTRIA DA FABRICAÇÃO DO ALCÓOL NO ESTADO DE MINAS GERAIS – REQUERIDO(A)(S): PREFEITO MUNICIPAL DE PONTE NOVA E PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PONTE NOVA – RELATOR: EXMO. SR. DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI – RELATOR PARA O ACÓRDÃO: EXMO SR. DES. WANDER MAROTA – Data do Julgamento: 13/05/2009 – Pendente de Publicação).

Comarca de Passos, 20 de julho de 2009. (ENJUR)

11

OS RECURSOS PROCESSUAIS EM DIREITO DE FAMÍLIA

Newton Teixeira Carvalho

1. INTRODUÇÃO

Vemos os recursos, no direito processual civil, como técnicas de controle das decisões judiciais e também instituto indispensável e necessário à revisão destas decisões, diante do inconformismo de uma ou de ambas as partes. Portanto, na nossa visão amplíssima e evitando discussões doutrinárias outras, consideramos até mesmo a ação rescisória, a ação anulatória e o mandado de segurança como espécies de recursos.

Também discordamos de algumas propostas que, com o escopo de encurtar o tempo das decisões judiciais, pugnam pela extinção dos recursos, como aconteceu, por exemplo, nos Juizados Especiais, com o sepultamento do recurso de agravo, seja na modalidade retida ou instrumental e, por conseguinte, com a ressuscitação, naquela Justiça, do mandado de segurança, como sucedâneo de recurso, mormente diante de decisões teratológicas.

Igualmente considerarmos que, o direito ao recurso é respeitado se a revisão ocorrer por um órgão superior, hierarquicamente falando. Portanto, decisões de Juízes de primeira instância, somente o Tribunal é o órgão competente para reformá-la. Há necessidade de verticalização dos recursos e não de sua horizontalização, como vem acontecendo, a exemplo do que ocorreu no Juizado Especial, com a criação das Turmas Recursais.

Na verdade, se o direito de ação e o de defesa são garantidos, constitucionalmente, através do devido processo legal, extirpar recursos do ordenamento jurídico é cercear o direito das partes que atuam no processo, como procedimento em contraditório, de pugnar pela revisão de uma decisão judicial, com a qual não concorda, seja total ou parcialmente.

Ora, se o devido processo legal é garantia constitucional e se há descumprimento por parte do julgador do contraditório, de ampla defesa e da isonomia, acabar com os recursos, quando desprezados tais princípios fundantes do processo, é ensejar a propositura de ação rescisória (que foi proibida no Juizado Especial) ou até mesmo ação anulatória, eis que descumprida foi a Constituição Republicana na ausência do devido processo legal.

Portanto, o que poderia ser revisto e corrigido nos próprios autos do processo, através de recurso próprio, se tolhido este, poderá ser reexaminado em outra ação, com repetições de atos e conseqüente desânimo, principalmente por parte do vencedor, eis que haverá, no caso, frustração de expectativa.

Conseqüentemente, nessa discussão tentaremos imprimir um rito prático e debater assuntos que repercutem, diariamente, nos Juízos Familiaristas, tais como o processo como procedimento em contraditório; o princípio da unirrecorribilidade, os prequestionamentos e reexame de provas nos recursos especial e extraordinário, dentre outros assuntos, de suma importância no Direito das Famílias, sempre a exigir decisões mais céleres e efetivas, sem prejuízo do contraditório.

2. APLICAÇÃO, PELOS TRIBUNAIS, DO ARTIGO 515, PARÁGRAFO 3º E 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O parágrafo 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil permite ao Tribunal, ao dar provimento ao recurso de apelação, interposto contra sentença terminativa, decidir, desde logo, o mérito, se a matéria em análise for exclusivamente de direito.

Pensamos que esse dispositivo legal poderá ser lido e acrescido do disposto no art. 330 do Código de Processo Civil, ou seja, não somente quando a matéria for unicamente de direito, o Tribunal poderá deci-

dir, desde logo, como também quando, “sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”. Evidentemente que, onde se lê audiência, leia-se: em primeira instância.

O parágrafo 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil tem aplicação plena, principalmente quando, após colhidas as provas em audiência, o juiz resolve extinguir o processo, sem enfrentamento de mérito, por falta de pressuposto processual ou condições de ação.

Poderíamos entender, numa análise apressada, que esse dispositivo legal em discussão suprimiria instância. Porém, não é o que ocorre, principalmente quando já há colheita de prova testemunhal e a extinção dos autos do processo, sem enfrentamento de mérito, ocorreu após audiência de instrução e julgamento. O Tribunal, neste caso, estaria aproveitando a prova já existente. O absurdo é, como acontecia anteriormente, determinar o retorno dos autos à primeira instância, apenas para lavratura de nova sentença.

Do mesmo modo não haveria supressão de instância quando as próprias partes pugnassem pelo julgamento antecipado da lide e o juiz extinguisse os autos do processo, sem resolução de mérito. Havendo recurso o Tribunal deverá, se acatá-lo, já pronunciar-se sobre o mérito, de chofre.

Ressalta-se que, se o dispositivo legal em comento autoriza o Tribunal adentrar no mérito, se acatar recurso contra sentença terminativa, com maior razão também o próprio Tribunal deverá julgar o mérito, quando houver julgamento *extra petita* ou quando a sentença for omissa, em sua integralidade, em matéria exclusivamente de direito ou que não carecer mais de provas.

Com efeito, os julgamentos *ultra*, *extra* ou *cita petita* podem ser corrigidos, em primeira instância, através de embargos declaratórios. Porém, se não ofertados aludidos embargos, ainda em primeira instância, no julgamento do próprio recurso de apelação, o Tribunal poderá expugar, da sentença, o excesso (julgamento *ultra petita*) ou incluir o pedido não analisado (*citra petita*) ou, ainda, julgar o mérito, em consonância com o debate estabelecido no juízo *a quo*, retirando o extra e analisando, corretamente, o pedido.

Antes do advento do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, em se tratando de julgamento *extra petita*, necessariamente o Tribu-

nal tinha que anular a sentença, eis que o juiz julgou fora do que foi objeto de debate, em primeira instância.

Entretanto e com lastro no dispositivo legal em comento, o Tribunal poderá, agora, tranquilamente, proferir novo julgamento, eis que a matéria fática já restou superada, em primeira instância, com a colheita das provas ou por ser exclusivamente de direito.

Ora, se mesmo nos julgamentos, sem enfretamento de mérito, o Tribunal, uma vez preenchidos os requisitos do art. art. 515, § 3º, do CPC, pode julgar o mérito, com maior razão também poderá julgar, sem necessidade de anular a sentença omissa, em se tratando de questões meritórias, meramente de direito ou que não careçam mais de provas.

Este exemplo ilustra bem nosso entendimento: em uma ação de dissolução de união estável cumulada com partilha de bens, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais houve por bem anular a sentença, eis que o Juiz esqueceu de partilhar um dos bens, cuja prova da aquisição, durante o período de união estável, se encontrava, de sobejo, comprovada nos autos. Os demais bens foram partilhados.

Portanto, bastava ao Tribunal, uma vez confirmada a união estável, no período da aquisição do bem que, por emissão do Julgador, não foi partilhado, efetuar a meaçaõ, normalmente, com lastro no artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil, eis que estamos diante de questão meramente de direito, ou que não carecia mais de prova, face ao reconhecimento da união estável e na inexistência de documento dispensando a comunicabilidade de tal bem.

Acerca do disposto no artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, assim doutrinam:

Condições de julgamento imediato. Embora da norma conste a aditiva 'e', indicando que o tribunal só pode julgar o mérito se se tratar de matéria exclusivamente de direito e a causa estiver em condições de julgamento imediato, é possível o julgamento de mérito pelo tribunal, quando a causa estiver madura para tanto. Exemplo disso ocorre quando é feita toda a instrução, mas o juiz extingue o processo por ilegitimidade passiva de parte (CPC 267 VI). O Tribunal, entendendo que as partes são legítimas, pode dar provimento à apelação, afastando a carência e julgando o mérito, pois essa matéria já terá sido amplamente debatida e discuti-

da no processo. Esse é o sentido teleológico da norma: economia processual.” (Código de Processo Civil Comentado. 10. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 857).

Do mesmo modo, salutar é o § 4º do artigo 515 do Código de Processo Civil, a permitir que, em segunda instância, as nulidades sanáveis sejam corrigidas, mediante a realização ou renovação de ato processual.

Esse mencionado dispositivo legal tem plena aplicação, principalmente quando se trata de pressupostos processuais sanáveis, a exemplo da ausência ou irregularidade de procuração. Antes, não era incomum, constatando o Tribunal a ausência de procuração por parte do autor, a extinção do feito, sem resolução de mérito, o mesmo acontecendo com a ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação.

Entretanto, faltando pressupostos processuais sanáveis, o equívoco deverá ser corrigido no próprio Tribunal. Fortalecido restou, face ao disposto no § 4º do artigo 515 do Código de Processo Civil dois princípios processuais: *economia processual e busca da verdade real*.

Porém, permitam-nos ir um pouco mais adiante, sempre buscando efetividade plena às normas processuais e na busca da verdade real, sem repetições de atos desnecessários. Pensamos que, ainda com lastro no art. 515, § 4º do Código de Processo Civil, o Tribunal, em vez de anular a sentença, por cerceamento de defesa, poderá determinar que a perícia seja realizada, baixando, inclusive, os autos em diligências ou até mesmo determinando a oitiva de testemunhas, sanando possível nulidade para, posteriormente, julgar o recurso ofertado.

3. DESNECESSIDADE DE AGRAVO, QUANDO EM DISCUSSÃO A AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

FAZZALARI,¹ antes de definir processo, partiu da premissa inicial de procedimento. Segundo seus ensinamentos, todos os atos estatais emanados do ordenamento jurídico (provimentos), devem, necessariamente, ser precedidos de uma sequência de atos preparatórios e

¹ FAZZALARI, Elio. *Instituzioni Di Diritto Processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992.

previstos em normas jurídicas. Esta sequência antecedente do provimento é o que se denomina procedimento.

Segundo se observa de FAZZALARI, o procedimento seria uma sequência de atos, previstos em normas jurídicas, necessários à obtenção de um provimento estatal, e não mera exteriorização fenomenológica do processo. *O processo advém do procedimento e não este do processo.*

Portanto, não é o procedimento mero ato exterior do processo, como pretendem os instrumentalistas e que acabam diluindo o procedimento no processo, absorvendo-o e, por conseguinte, anulando a importante e hoje necessária distinção entre ambos.

Não se pode negar, no contexto jurídico desenvolvido por FAZZALARI, a importância do estudo do procedimento, pois deste instituto, enquanto gênero, advém a noção de processo. A cadeia procedimental da qual nos fala FAZZALARI seria o campo de atuação do contraditório, seu extrato normativo, onde o interessado, valendo-se de direitos e faculdades, exerceria a real possibilidade de contradizer o outro interessado na formação do provimento, defendendo direitos, pretensões e interesses legítimos.

Através da participação do interessado no procedimento para obtenção do provimento estatal, com real possibilidade de dizer e contradizer o copartícipe e em igualdade de situações e condições, *é que a decisão estatal adquire caráter de legitimidade, adjetivo fundamental em um Estado de Direito Democrático.*

A inclusão do interessado na cadeia procedimental, quando o ato final a ser emanado (provimento) venha afetar sua esfera jurídica, é indispensável para que o ato seja legítimo. Esta participação se dará através do contraditório, conferindo-se ao interessado a possibilidade real de manifestar e contradizer o ato final.

Os ideais desenvolvidos por FAZZALARI nos idos da década de 1970, iniciaram um processo de nacionalização em face do direito brasileiro, a ponto da doutrina pátria reconhecer a importância da definição de processo como procedimento em contraditório.

Ainda não se pode afirmar que o conceito de processo como relação jurídica encontra-se superado entre nossos doutrinadores, mas

autorizadas vozes do Direito Processual já levantam a bandeira de FAZZALARI, a ponto de *consignarem a presença do contraditório como fator preponderante para distinção entre procedimento e processo*.

DINAMARCO, apesar de ainda filiar-se à teoria do processo como relação jurídica entre pessoas – conhecida também como Teoria Instrumentalista – analisando tópicos acerca da Teoria Geral do Processo e inclusive citando FAZZALARI, ressaltou a importância do contraditório no desenvolvimento do processo, bem como a necessária presença da cláusula *due process of law* como critério de legitimação do provimento:

O que caracteriza fundamentalmente o processo é a celebração contraditória do procedimento, assegurada a participação dos interessados mediante exercício das faculdades e poderes integrantes da relação jurídica processual. A observância do procedimento em si próprio e dos níveis constitucionais satisfatórios de participação efetiva e equilibrada, segundo a generosa cláusula *due process of law*, é que legitima o ato final do processo, vinculativo dos participantes. (2002, p. 79).

Acerca do tema e já numa construção própria e bem mais adiantada, inclusive com relação à Fazzalari, acrescenta Rosemiro Pereira Leal² que,

Com efeito, o devido processo constitucional, como instituição constitucionaliza, explicita-se pelos elementos do contraditório, ampla defesa e isonomia configurativos de sua teorização, afirmando-se como referente jurídico-discursivo da procedimentação em todos os níveis de atuação da Comunidade Jurídica. A teoria neo-institucionalista do processo tem comprometimentos com a teorização do Direito Democrático, tornando-se impraticável num regime jurídico que esteja ainda identificado com os velhos conceitos de Estado de Direito ou Estado Social de Direito, por suas variadas formas de gestão econômica e de governo (liberal, parlamentar, republicana, presidencialista, monárquica). (2008, p. 88).

NANCI SILVA, perquirindo a importância do contraditório em relação ao processo e vinculando a participação no procedimento dos

² LEAL, Rosemiro Pereira, *Teoria Geral do Processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

sujeitos interessados em seus efeitos, apresenta, em defesa explícita à tese defendida por FAZZALARI, o seguinte discurso:

O contraditório não é audiência bilateral, mas, sim, o direito de a parte ser ouvida. A essência desse princípio é o direito de participação no processo, em simétrica paridade, daqueles que são interessados porque sofrerão seus efeitos. (1996, p. 70)

Em obra onde apresenta estudo sistemático sobre a importância da Jurisdição Constitucional, NANJI SILVA também alerta que o contraditório pressupõe igualdade de poderes e direitos às partes interessadas, pois, segundo a autora:

O contraditório, ao garantir a igualdade das partes envolvidas, assegura-lhes poderes e direitos iguais. Trata-se da principal consequência do tratamento igualitário das partes e consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão com a garantia plena de defesa e reação durante todo o curso do processo. (2002, p. 135)

Portanto, somente haverá processo se presente o contraditório, a ampla defesa e a isonomia. Ausente um destes princípios, estamos diante de mero procedimento e, por conseguinte, desrespeitada foi a Constituição Republicana de 1988.

Na verdade, os princípios, ampla defesa e isonomia, estão compreendidos no contraditório. Havendo cerceamento de defesa e/ou quebra do princípio isonômico, também o contraditório não foi observado.

Assim, se em primeira instância houve cerceamento de defesa, com o indeferimento, pelo juiz, por exemplo, de uma prova, mesmo na ausência de agravo de instrumento, o assunto, nas razões ou contra-razões de apelação poderá ser ressuscitado, eis que, a partir do momento em que houve cerceamento de defesa não há mais que se falar em processo, mais sim em simples procedimento. Portanto, o princípio constitucional, do devido processo legal, foi descumprido, matéria de ordem pública, a repelir o instituto da preclusão.

Destarte, o Tribunal poderá reexaminar, mesmo na ausência de agravo, o assunto e, se for o caso, aplicar o disposto no artigo 515 § 3º do Código de Processo Civil, isto é, determinar a realização do ato, para somente depois prosseguir o julgamento. Não há, sob nosso entendimento, necessidade de anular o feito, mas sim de completá-lo,

desprezando mero procedimento e retornando ao processo, com a observância do contraditório.

Entretanto e se recurso algum foi ofertado, quer nos parecer que a ausência de processo poderá ser questionada em ação rescisória ou ação anulatória de ato jurídico, face à ausência de processo.

4. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE

Para cada decisão, um único recurso. Ofertado dois ou mais recursos contra a mesma decisão, somente o primeiro é que será admissível³. O princípio da unirrecorribilidade ou da unicidade é implícito no sistema recursal brasileiro. No Código de Processo Civil anterior (CPC/39) estava previsto no art. 809.

Logo e considerando que a regra, atualmente, é o manejo do agravo retido, com relação às decisões proferidas em audiência, salvo quando se tratar de decisão grave e de difícil reparação (art. 522 do CPC), necessário é observar aludido princípio, mormente quando se tratar de decisões proferidas em audiência.

Temos exemplo, recente, na 1ª Vara de Família de Belo Horizonte, na qual sou Juiz Familiarista há 12 (doze) anos, quando minoramos os alimentos provisórios, em audiência de instrução e julgamento da própria ação de alimentos. O advogado da alimentada ofertou agravo retido e a decisão atacada foi mantida por nós. Posteriormente e no prazo legal ofertou a alimentada também agravo de instrumento ainda não julgado. Todavia e em razão do princípio da unirrecorribilidade, o agravo de instrumento não pode ser conhecido.

Na execução indireta, verifica-se que o executado, pretendendo ilidir o decreto prisional, oferta agravo de instrumento. Improvido tal recurso, posteriormente impetra *Habeas Corpus*, o que não é possível, eis que, de entender-se o *HC* também como recurso, no sentido

³ Acerca do tema, o Desembargador Célio César Paduani, do TJMG, afirmou: “No sistema processual brasileiro vige o princípio da singularidade, da unirrecorribilidade ou da unicidade recursal – para cada ato judicial recorrível há um único recurso previsto pelo ordenamento, vedada a interposição simultânea ou cumulativa de mais outro, visando à impugnação de um mesmo comando judicial.” Processo n. 1.0699.06.059583-1/001(1), julgado em 04/10/2007 e publicado em 11/10/2007.

amplo e, por conseguinte, contra uma mesma decisão está havendo manejo de dois recursos. Inobservado restará o princípio da univocidade. Demonstraremos abaixo, quando tratarmos de execução indireta, que é cabível também *Habeas Corpus*, desde que, antes, não haja agravo de instrumento. É um ou outro recurso, não ambos, como tem acontecido.

5. PREQUESTIONAMENTO

Inobservado é tal requisito, na maioria dos recursos ofertados perante os Tribunais Estaduais. Na verdade, nas razões ou contra-razões de apelação, necessário é que já haja o prequestionamento, da matéria. Melhor ainda se já em primeira instância iniciar-se o debate acerca do tema. Por exemplo, se se tratar de negativa de Lei Federal, a ensejar recurso especial, dizer qual o artigo que poderá ser desrespeitado se a decisão de primeira instância for diferente da almejada. No caso de descumprimento da Constituição Federal, a permitir recurso extraordinário, qual o artigo daquela Lei Maior pode ser maculado.

E, caso o Tribunal não se pronuncie acerca do prequestionamento, não deixar de ofertar os chamados embargos declaratórios prequestionadores, evitando que o recurso, especial ou extraordinário, não sejam inadmitidos, já que a jurisprudência, pacífica, entende que o prequestionamento é requisito especial de admissibilidade dos recursos extraordinários.

Discordamos do verbete n. 211 da Súmula do STJ a determinar: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

A contrapor o equívoco acima, decidiu o STF no RE 219934-SP⁴, que a simples interposição dos embargos de declaração, mesmo que o tribunal de origem os tenha rejeitado, atende o requisito do prequestionamento.

Com efeito, o enunciado n. 211 da Súmula do STJ transfere ao embargante omissão exclusiva do Tribunal, que é a de pronunciar pre-

⁴ STF, Pleno, RE 219934-SP, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 14.06.2000, Boletim Informativo do STF n. 193, 12 a 16.06.2000.

cisamente sob os pontos suscitados nos embargos declaratórios. A inconstitucionalidade perpetrada pelo Tribunal, que deixou de fundamentar, adequadamente, o acórdão prolatado justamente em razão da interposição dos embargos declaratórios prequestionadores, não pode ser invocada em desfavor do embargante, inclusive inibindo-o de propor recurso especial, como deseja o Superior Tribunal de Justiça, ideia encampada por alguns doutrinadores, infelizmente⁵.

6. EXECUÇÃO INDIRETA

Contra decisão que decreta a prisão do executado, devedor de alimentos, o recurso cabível é o de agravo de instrumento, eis que a prisão não põe fim ao processo. Portanto, estamos ante mera decisão interlocutória. A extinção, a ensejar apelação, ocorrerá somente se existir pagamento ou no caso de os autos serem extintos, por qualquer outro motivo.

Esgotado o prazo de oferta do agravo, perfeitamente possível é o manejo de *Habeas Corpus*, a ser impetrado perante uma das Câmara Civis do Tribunal, para discussão acerca de possível ilegalidade no decreto prisional e considerando, ainda, que em perigo está o direito de ir e vir. A omissão do Tribunal em decidir o *HC* ou se não decidido corretamente poderá ensejar também a propositura de *HC* perante o Superior Tribunal de Justiça, eis que o Tribunal, a partir do momento em que impetrado *HC* perante aquele Sodalício, passa a ser responsável pela prisão ilegal.

7. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

O art. 17 da Lei 1.060/50 (Lei de Assistência Judiciária) determina: “Caberá apelação das decisões proferidas em consequência da aplicação desta lei; a apelação será recebida somente no efeito devolutivo, quando a sentença conceder o pedido”.

⁵ JUNIOR, Nelson Nery. Ainda sobre o Pquestionamento – Os embargos de declaração prequestionadores, in: Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões Judiciais. Coordenadores: Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 863.

Entretanto, aludido artigo não permite uma simples interpretação literal, eis que, se o deferimento ou indeferimento de assistência judiciária ocorrer dentro dos próprios autos da ação principal, em andamento, o recurso cabível será o de agravo de instrumento, eis que trata-se de simples decisão interlocutória.

Também a concessão liminar de assistência judiciária, mesmo que requerida em apenso aos autos principais, desafia o recurso e agravo de instrumento.

O art. 17 tem aplicação, no nosso entendimento, somente quando prolatada sentença, nos autos do requerimento de assistência judiciária autuados separadamente, isto é, em apenso, aos autos principais e assim mesmo se já lançada sentença nestes.

Caso ainda em andamento os autos principais e se proferida decisão no requerimento em apenso, também entendemos ser cabível agravo de instrumento, eis que estamos diante de decisão interlocutória, com relação aos autos principais, ainda não findos.

Porém, o assunto não é pacífico. A divergência acerca do tema foi muito bem explorada por Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro ao doutrinarem:

A despeito da literalidade do texto, contra a decisão de primeiro grau de jurisdição que denega concessão da justiça gratuita ou que julga improcedente a impugnação manejada pela parte adversária, cabe agravo de instrumento, por se tratar de típica decisão interlocutória. A expressa previsão do recurso de apelação contra qualquer decisão que aplica a Lei de Assistência Judiciária (art. 17) tem causado sérias discussões doutrinárias e jurisprudenciais.⁶

8. REEXAME DE PROVA – ENUNCIADO 279, DO STF, E 07, DO STJ

Infelizmente, pacífico é o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, sintetizando nos enunciados acima mencionados, em não admitir recursos perante aqueles Sodalí-

⁶ Friedie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, in: Curso de Direito Processual Civil, 7. ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2009, p. 100/101.

cios, quando se tratar, as razões do recurso, de simples revisão de prova, uma vez que tal exame não se encaixa em qualquer das hipóteses de cabimento desses recursos.

Todavia, sempre discordamos das Súmulas em análise, tendo em vista que simples reexame da prova, já existentes nos autos, jamais poderia ser obstáculo ao manejo do recurso extraordinário e/ou especial. Depois, decidir se há ou não reexame de provas, traz enorme carga subjetiva, o que transforma a admissibilidade do recurso especial, de decisão jurídica, em decisão política.

É inconcebível, sob nossa ótica, apenas a inovação de provas, ao encetar o recurso ao Supremo ou ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, não poderá haver é análise de novas provas, evidentemente. Entretanto, fatos já comprovados ou incontroversos, que levaram à negativa de Lei Federal ou da Constituição Federal, na análise equivocada do Julgador de primeiro ou do segundo grau, deveria sim ensejar o manejo de recursos especial ou extraordinário.

9. CONCLUSÃO

Nosso escopo, ao trazer à baila estes assuntos, foi o de questionarmos e refletirmos, um pouco mais, acerca dos temas acima em discussão, eis que em vez de aderirmos a algumas posições já consolidadas, ousamos enfrentá-las. Na verdade, angustia-nos, sobremaneira, o discurso que pugna pela extinção dos recursos ou que, através de técnicas não legisladas, portanto, inventadas, dificultam ou obstaculizam a chegada de recursos, extraordinário ou especial, ao Tribunal destinatário.

Não é correto fazer de conta que existe recurso especial ou extraordinário. O correto é que os recursos fossem julgados, pelos respectivos Tribunais, sem embaraços outros (prequestionamentos, reexame de provas etc). Parece-nos que há uma certa elitização dos recursos especial e extraordinário, em assim agindo e inclusive podendo haver escolha acerca dos quais serão ou não admitidos.

Com relação à desnecessidade de agravo, quando ausente o devido processo legal, tal colocação tem amparo nas condições de ação e pres-

supostos processuais, que são matérias de ordem pública e, por conseguinte, não precluem. A qualquer momento podem ser conhecidas.

Ora, com maior razão, a ausência do contraditório, inclusive isonomia e ampla defesa, permitirá o juiz, em qualquer instância, conhecer, de ofício, da inexistência de processo e, por conseguinte, anular o procedimento. Sim! Na ausência de processo, estamos diante de mero procedimento.

Na verdade, entendemos que, até mesmo a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, na ausência de processo e, por conseguinte, da presença de mero procedimento, poderá ser ofertada, junto ao Supremo Tribunal Federal, eis que desrepeitada, nesta hipótese, a Constituição, a exigir, principalmente nos julgamentos efetuados pelo Judiciário, a observância do processo e não apenas de mero procedimento.

10. REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação as decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed., V. 3, Salvador: Ed. Jus Podvm, 2009.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Vol. 4 e 5. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

12

O FOCO DA LEI MARIA DA PENHA

Nilseu Buarque de Lima

A Resolução n. 561, de 18 de junho de 2008, determinou a instalação da 14ª Vara Criminal, alterando a Resolução n. 529, de 22 de fevereiro de 2007, que estabelecia normas relativas à tramitação dos feitos relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher.

1. COMPETÊNCIA CÍVEL E CRIMINAL

Inicialmente, não obstante a Lei n. 11.340/06 e a Resolução n. 561/08 disporem que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher têm competência cível e criminal, deve-se observar que o foco principal da 14ª Vara Criminal é a tutela jurisdicional criminal, isso porque, a finalidade da Lei n. 11.340/06 é prevenir, punir e erradicar a Violência contra a Mulher, como consta do artigo 1º da Lei de Regência.

A tutela cível, de natureza instrumental, portanto, secundária, está adstrita às condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Nesta esteira, a atuação da 14ª Vara Criminal na área cível deve se limitar somente às medidas protetivas de urgência, no âmbito de sua competência, desde que a conduta do agressor se amolde a alguma figura típica prevista na lei penal.

2. FINALIDADE DA LEI – PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A lei tem por finalidade a pacificação social solucionando o conflito de interesses.

No caso específico de violência doméstica e familiar contra a mulher praticada por agente imputável, do sexo masculino, sobrepondo a sua condição de homem mediante o uso da força física ou outros recursos que visam colocar a mulher em situação desvantajosa, como forma de violação dos direitos humanos, o artigo 4º da Lei 11.340/06 traça os contornos da Lei cognominada “MARIA DA PENHA” ao dispor que “na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

Para a regular prestação jurisdicional na Vara Especializada de Violência Doméstica Contra a Mulher, urge a necessidade de uma análise do fato concreto a fim de aferir se realmente, naquela circunstância, a mulher está em situação de violência doméstica e familiar. Caso contrário ocorrerá uma avalanche de feitos tornando impraticável a prestação jurisdicional, dada à facilidade do cidadão recorrer ao Poder Judiciário para a resolução de conflitos internos, com a finalidade única de buscar uma satisfação pessoal, que na maioria das vezes se resolve tão logo passe aquele momento de ira e sede de vingança contra o seu agressor, mormente em se tratando de briga de casal.

Daí a necessidade de fixação de paradigma a fim de encontrar o ponto de equilíbrio para aferir as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica. Nesse particular, o artigo 5º da Lei n. 11.340/06 dá o norte, ao dispor que, *litteris*:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Com efeito, ao configurar a violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero, vê-se a todas as luzes que a *mens legis* cria um balizador para os órgãos jurisdicionais especializados, limitando o seu campo de atuação às situações previstas na lei, impedindo que todos os casos de ação ou omissão que desafiam a atuação da justiça comum desaguem nas águas cristalinas dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. O intérprete não pode fazer tábula rasa à finalidade da lei.

Nesta linha de raciocínio, os incisos I, II e III do artigo 5º da Lei n. 11.340/06 instigam-nos a admitir que, para configurar a violência doméstica, são necessários os seguintes requisitos: a) relação de sujeição da mulher, como sexo frágil à condição do homem, como sexo dominante naquela relação fática; b) convivência permanente ou esporádica da vítima e agressor, com ou sem vínculo familiar; c) a habitualidade da agressão, ainda que de formas diferentes.

Logo, afastadas as hipóteses de subordinação em razão do sexo, ausência de convivência entre vítima e agressor e em se tratando de fato isolado, a ação delituosa não se enquadra no gênero violência doméstica ou familiar, deslocando-se a competência para o JESP Criminal ou Varas Criminais da Justiça Comum, ante ao manifesto desvio de finalidade da Lei n. 11.340/06.

3. PROCEDIMENTOS – ARTIGO 13, DA LEI N. 11.340/06

No que diz respeito aos procedimentos, a Lei n. 11.340/06 remete-nos às normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitem com o estabelecido nesta lei (art. 13, Lei n. 11.340/06).

O procedimento criminal não carece maiores digressões, uma vez que o processo inicia-se pela denúncia devidamente instruída com os autos da investigação criminal que lhe deram suporte.

Uma das particularidades do rito reside na prova da materialidade do delito, admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde (art. 12, § 3º) e ainda, a possibilidade do ACD ser juntado no curso do processo até a sentença, por força do que dispõe o artigo 182, § 2º, da Lei n. 8.069/90, aplicável à espécie.

Outra particularidade do procedimento criminal é que não se aplica a Lei n. 9.099/95, independentemente da pena prevista, a teor do que dispõe o artigo 41, da Lei de Regência.

Cumpra observar por oportuno e importante que a Lei n. 11.340/06 não dispensou a representação da vítima nos crimes em que esta é condição de procedibilidade para o exercício da ação penal e sua retratação só é possível em juízo, com a presença do membro do Ministério Público.

Saliente-se, entretanto, se ao comparecer à Delegacia de Polícia a vítima manifestar desde já o desejo de não representar em face do agressor, torna-se desprovida a audiência prevista no artigo 16, da Lei n. 11.340/06, uma vez que ninguém pode se retratar de ato que não praticou.

Por fim, resta ao embate a questão que gira em torno do crime previsto no artigo 129, § 9º, do CP, que segundo jurisprudência majoritária não depende da manifestação da vontade da ofendida, por tratar-se de crime de ação penal pública incondicionada, cujo posicionamento entendemos o correto, dada a influência que o agressor exerce sobre a vítima. Ademais, o artigo 41, da Lei n. 11.340/06 é taxativo ao dispor que “(...) Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Quanto ao procedimento cível, ressalte-se de bom alvitre que a atuação do juízo criminal está limitada às medidas protetivas de urgência que poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida por meio de advogado ou órgão de assistência judiciária em face da ausência de capacidade postulatória, salvo a hipótese de postular em causa própria como advogada.

A Lei prevê também a hipótese de a vítima, ao ser ouvida na Delegacia de Polícia, manifestar o desejo de concessão de medida protetiva à Autoridade Policial, e esta, no prazo de 48h, deverá processar o pedido em autos próprios e remetê-lo ao juiz para apreciação no prazo de 48h, concedendo ou não a medida, com base no poder geral de cautela, *inaudita altera pars*.

A rigor o que fez a lei foi permitir que, excepcionalmente, um procedimento cautelar seja ajuizado sem patrocínio de causídico, uma

vez que, feita a solicitação perante a autoridade policial pela afirmada vítima, o expediente é encaminhado diretamente ao juiz.

Todavia, não se pode perder de vista que a medida protetiva solicitada na polícia, por si só, não basta para assegurar à vítima o direito da tutela jurisdicional de urgência. Ao ser deferida a medida protetiva de urgência a parte deverá ser intimada para, no prazo de 10 (dez) dias, regularizar a representação e requerer a citação do agressor, sob pena de violação aos princípios constitucionais comezinhos do *due process of law*, contraditório e ampla defesa. Decorrido o prazo, sem manifestação da vítima, a medida deve ser revogada e determinado arquivamento do feito.

4. NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Incontroverso, as medidas protetivas de urgência previstas na Lei n. 11.340/06 têm natureza de medida cautelar.

Nesse sentido, ministra-nos a jurisprudência do TJMG.

As excepcionais medidas protetivas do artigo 22 da Lei 11.340/06, consistentes na proibição de determinadas condutas ao agressor (inciso III), têm natureza cautelar, ou seja, visam assegurar o proveito prático do processo e garantir a eficácia da decisão final, devendo perdurar, pois, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sob pena de desvirtuamento do seu caráter cautelar e de se tornarem mais gravosa para o acusado do que a própria sanção penal. APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0223.07.232286– 8/001 – COMARCA DE DIVINÓPOLIS – APELANTE(S): EDERSON LÚCIO ALVES – APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS – RELATOR: EXMO. SR. DES. RENATO MARTINS JACOB.

A cautelaridade advém, de forma irretorquível, do fato de estarem alicerçadas sobre cognição sumária.

Em que pese a especialidade da norma protetiva da mulher, o nosso entendimento é que as medidas protetivas de urgência não subsistem na ausência do procedimento de investigação criminal ou da ação penal correspondente.

A prática tem demonstrado que inúmeras vezes mulheres que se dizem vítimas de violência doméstica ao serem ouvidas na Delegacia de Polícia declaram que não desejam processar criminalmente o agressor, mas insistem no pedido de medidas protetivas.

Ora, se deferidas medidas protetivas independentemente do procedimento criminal, as Varas Criminais Especializadas não passarão de uma extensão das Varas de Família e dos JESCRIM, e em assim sendo, em pouco tempo estarão abarrotadas de processos, inviabilizando-se a prestação jurisdicional.

O processo cautelar, como é sabido, tem natureza instrumental e visa garantir a eficácia prática de providência jurisdicional a ser decidida no processo principal, de onde se extrai a sua necessidade e utilidade, juízo de libação, a fim de garantir com urgência a eficácia da decisão judicial no processo de cognição.

Com efeito, colhe-se do magistério do preclaro Prof. Barbosa Moreira¹ a seguinte lição:

A necessidade do processo cautelar, que lhe justifica a existência, resulta da possibilidade de ocorrerem situações em que a ordem jurídica se vê posta em perigo iminente, de tal sorte que o emprego das outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não se revelaria eficaz, seja para impedir a consumação a ofensa, seja mesmo para repará-la de modo satisfativo.

Remata o mestre:

Isso explica o caráter *urgente* de que se revestem as providências cautelares, e simultaneamente o fato de que, para legitimar-lhes a adoção, não é possível investigar previamente, de maneira completa, a real concorrência dos pressupostos que autorizariam o órgão judicial a dispensar ao interessado a tutela satisfativa: ele tem de contentar-se com uma averiguação superficial e provisória, e deve conceder a medida pleiteada desde que os resultados dessa pesquisa lhe permitam formular um *juízo de probabilidade* acerca da existência do direito alegado, a par da convicção de que, na falta do pronto socorro, ele sofreria lesão irremediável ou de difícil reparação.

¹ In O Novo Processo Civil Brasileiro – 6. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 419/420

Destarte, dada a natureza cautelar das medidas protetivas de urgência, tais medidas só têm razão de existir se iniciado o procedimento criminal. Assim, todas as vezes que a vítima instada a se manifestar, se recusar a representar em desfavor do agressor nos crimes em que a representação for condição de procedibilidade para o exercício da ação penal, as medidas protetivas devem ser rejeitadas de plano, aguardando-se no arquivo o prazo decadencial para o exercício do direito de representação na esfera criminal.

5. CONDIÇÕES PARA O DEFERIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Indubitavelmente a Lei Maria da Penha é um exemplo de implementação para a tutela do gênero feminino, justificando-se pela situação de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar. Sendo assim, é certo que para a concessão das medidas protetivas de urgência o juiz deve se contentar com uma averiguação superficial e provisória.

Todavia, não menos correto afirmar que para a concessão das medidas protetivas é indispensável o mínimo suporte probatório para balizar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O registro de ocorrência e as declarações da vítima, por si só, não bastam para embasar o juízo de convencimento em sede de cognição sumária, haja vista o estado emocional em que a vítima se encontra no momento em que presta as declarações.

Nesse sentido, merece destaque a importância do artigo 12, da Lei n. 11.340/06 ao dispor que, *verbis*:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I – ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III – remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

IV – determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

V – ouvir o agressor e as testemunhas;

VI – ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

VII – remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

Corroborando esse entendimento, o *caput* do artigo 22, da Lei n. 11.340/06 é de clareza solar ao dispor que, *verbis*:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: (...)

Ipsa facto, a constatação do fato previsto na norma só é possível mediante um mínimo suporte probatório. Caso contrário, o indeferimento das medidas protetivas de urgência se impõe, sob pena de violação ao direito de terceiros.

6. DURAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

De resto, uma vez concedida a medida protetiva de urgência, seus efeitos não podem ser *ad eternum*.

Embora o intuito da Lei seja proteger a mulher vítima de violência doméstica, o processo é matéria de ordem pública e não pode ficar ao interesse do sabor da parte.

Logo, tal como ocorre com a medida cautelar no processo civil, as medidas protetivas perdem a sua eficácia caso não seja ajuizada a ação penal no prazo de trinta dias, contados da sua efetivação, salvo por motivos devidamente justificados, com base no princípio da razoabilidade.

Nesse sentido, a jurisprudência do E. TJMG:

Configurada a situação de violência doméstica ou familiar, justifica-se a aplicação de medidas de proteção de urgência previstas na Lei Federal 11.340/06 pelo Juízo competente, em função da suposta ação criminosa atribuída ao paciente, sem que seja ab-

solutamente necessária a oitiva da parte contrária, no entanto, se no prazo máximo para a conclusão do inquérito, não há denúncia ofertada, a sua manutenção depende de fundamento sério e excepcional na razoabilidade, sem o qual a própria medida perde sua eficácia. *HABEAS CORPUS* Nº 1.0000.09.497415– 1/000 – COMARCA DE ARAGUARI – PACIENTE(S): NILO ALVES DA SILVA – AUTORIDADE COATORA: JD V CR INF JUV ACID TRAB COMARCA ARAGUARI – RELATOR: EXMO. SR. DES. JUDIMAR BIBER.

Pela mesma razão, ajuizada a ação penal, as medidas protetivas só podem durar até o trânsito em julgado da sentença que decidiu a ação penal, com ou sem resolução do mérito, dada a provisoriedade que é peculiar à medida cautelar.

Nesse sentido, ministra-nos a jurisprudência do E. TJMG:

As medidas protetivas de urgência, introduzidas pela Lei 11.340/06, possuem natureza cautelar, devendo ser extintas com o trânsito em julgado do processo. APELAÇÃO CRIMINAL N. 1.0223.07.235821– 9/001(1) – RELATORA: EXM^a DES^a JANE SILVA – Julg. em 26/05/2009 – Pub. em 15/07/2009.

7. O ARTIGO 27, DA LEI 11.340/06

Art. 27. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei.

O artigo 27, da Lei n. 11.340/06, ao dispor que “(...) Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei”, não elevou a vítima à categoria de parte. Entendimento diverso estaria incorrendo no erro de violar o princípio da disponibilidade da demanda, obrigando-se a parte a vir ocupar o polo ativo da ação compulsoriamente. A lei não pode obrigar a parte a ser autor. A única exceção é no Processo Penal, em relação ao Ministério Público, na ação penal pública incondicionada.

Com efeito, o artigo 27, da Lei n. 11.340/06 é instituto de proteção à vítima. Logo, não há que confundir “acompanhada de advogado”

(instituto de proteção) com assistência de acusação (instituto do Processo Penal).

A atuação do advogado da vítima deve se limitar em acompanhar a vítima a fim de resguardá-la de qualquer tipo de constrangimento, medo ou opressão diante do seu agressor, ou se for o caso, requerer medidas protetivas.

A vítima na audiência, acompanhada de advogado, está como sujeita do processo, e não como parte, a não ser que se habilite previamente como assistente da acusação, na forma do artigo 268 e seguintes do CPP.

8. CONCLUSÃO

Inegável a contribuição da Lei n. 11.340/06 no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de proteção e defesa da mulher vítima de violência doméstica. Todavia, se não aplicada de forma correta, considerando os fins sociais a que se destina, corre o risco de transformar as Delegacias de Polícia e salas de audiências dos juízos em divã de profissionais da área da psicologia onde a parte ofendida desabafa os seus mais profundos sentimentos na busca da solução de conflitos internos que não foi capaz de resolver na relação doméstica e familiar.

Feitas estas considerações, entendemos que o foco da Lei n. 11.340/06, comprovada a conduta típica que enseja a violência doméstica e familiar contra a mulher é a sanção, visando prevenir, punir e erradicar a violência doméstica contra a mulher, afinal, “(...) Homem de grande ira tem de sofrer o dano; porque, se tu o livrares, virás ainda a fazê-lo de novo” (Provérbios 19:19).

PARTE PRÁTICA

1. CRIMES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA A REPRESENTAÇÃO:

- 1.1. Vítima não representa e não deseja medidas protetivas –
Vista ao Ministério Público.

- 1.2. Vítima não representa e deseja medidas protetivas – Indeferir de plano as medidas protetivas e remeter os autos ao Ministério Público, para, se for o caso, análise e termo de ajustamento de conduta, ou inclusão ao grupo de agressores e/ou auxílio à vítima, observando-se o prazo decadencial para o exercício da representação.
- 1.3. Vítima representa e não deseja medidas protetivas – Requisitar o inquérito policial instruindo o ofício com o próprio expediente da medida protetiva, por economia processual, para análise de eventual pedido de prisão preventiva.
- 1.4. Vítima representa e deseja medidas protetivas – Analisar se o pedido das medidas protetivas tem o mínimo conteúdo probatório (Art. 22, da Lei n. 11.340/06).

Se não tiver nenhuma prova para embasar a decisão de concessão da medida, conforme o caso, remeter os autos ao setor técnico ou à Delegacia de Polícia para fornecimento de subsídio à decisão, fixando-se o prazo de 48h para devolução ao juízo. Com o retorno dos autos, verificado o mínimo suporte probatório, conceder ou não a medida.

Deferida a medida, intimar a vítima para no prazo de 10 (dez) dias regularizar a representação por meio de advogado ou órgão da Defensoria Pública, requerendo a citação do agressor, sob pena de revogação da medida e arquivamento do feito, ressalvada a hipótese do Ministério Público assumir a titularidade da medida protetiva, com o seu prosseguimento.

Indeferida a medida, requisitar o inquérito policial instruindo o ofício com o próprio expediente da medida protetiva, por economia processual.

- 1.5. A audiência do artigo 16 da Lei n. 11.340/06 só em caso de retratação da representação. Não havendo representação não há se falar em audiência porque ninguém se retrata de ato que não praticou.

2. CRIMES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA A REPRESENTAÇÃO

- 2.1. (Art. 129, § 9º, do CP, etc.) – Não é necessária a representação.

- 2.2. Vítima não deseja medidas protetivas – Adotar o mesmo procedimento do item 1.3.
- 2.3. Vítima deseja medidas protetivas – Adotar o mesmo procedimento do item 1.4.

3. PROCEDIMENTOS VISANDO O SANEAMENTO DA 14ª VARA CRIMINAL

- 3.1. Separar todos os feitos com pedido de medidas protetivas sem representação criminal, nos casos em que a representação é condição de procedibilidade para o exercício da ação penal.
- 3.2. Nos casos acima, decorrido o prazo decadencial, mandar vir conclusos os autos para o despacho de revogação da medida e arquivamento, caso contrário, aguardar o prazo decadencial.
- 3.3. Cancelar todas as audiências em que a parte tenha declarado na Delegacia de Polícia que não deseja representar em face do agressor, nos crimes em que a representação for condição de procedibilidade da ação penal.

13

ÉTICA E MORAL

Nilson Reis

O tema, que escolhemos, quer parecer-nos adequado à realidade vivida pelo universo da humanidade, porquanto se assenta em crise moral, diante do perdimento dos valores morais, uma vez que considera-se, indubitavelmente, que ética é ciência do comportamento moral das pessoas humanas na comunidade em que vivem, ou seja, na sociedade e, então, como doutrina o ilustrado magistrado paulista Dr. José Renato Nalini, o objeto da ética é a moral.

Na conduta da pessoa observa-se o seu comportamento, a sua postura, a sua atividade, o seu exercício profissional e, como se nasce para ser feliz, é natural o seu dever de observar sempre o valor do bem, daí a conclusão de que a ética é ciência de costumes e moral o seu objeto, porquanto baliza e demonstra às pessoas os valores e princípios morais, que devem dirigir-se à sua existência, ou seja, é o espelho exemplar da conduta humana, conducente ao bem, ao bom, às virtudes e nunca ao mal, que não deve ser cometido.

Vislumbra-se, portanto, no campo dos costumes das pessoas, que a ética tem natureza e caráter absolutos. É, como significativamente exemplifica aquele ilustre magistrado paulista, que a ética é igual a um semáforo: o sinal verde indica que a pessoa pode atravessar a via pública. O amarelo anuncia o cuidado, a precaução e a advertência. O vermelho é a proibição de que não pode, nem deve, atravessar a rua. Contudo, também não se ignora que há entendimento relativo do conceito de ética, quando estar-se-ia discorrendo sobre o subjetivismo da pessoa, porque a consciência humana é a fonte criadora dos valores: o bem dela nasce e a regra moral provém de convencionalismo.

Aqui poder-se-ia, numa dissertação dialética, dizer que, no estudo da ética, há, historicamente, classificação teórica (empírica, anarquista, utilitarista, ceticista, ética subjetiva, ética dos bens, dos fins, “endemonismo ou endemonia, felicidade em grupo”), mas, a meu sentir, cabe também lembrar-se, então, na história, de Kant, na sua filosofia de que ordinariamente o que a pessoa faz, de Sócrates (só sei que nada sei), de Protágoras (se tudo é verdade, nada é certo, o comando é subjetivista), ética de Sócrates (470 a.C.) conhece-te a ti mesmo, o objeto do conhecimento é a alma humana: para saber o que é bom é preciso ser sábio. A ética de Platão (427 a.C.), autor de “A República”, a harmonização da alma e das virtudes, instituindo hierarquia para alcançar o bem supremo, Aristóteles entende a descoberta do bem absoluto para a permanente prática da virtude, Epicuro (271 a.C.), a felicidade está na naturalidade pessoal, de sentido individualista, a ética estoica: a pessoa deve idealisticamente libertar-se das afeições, pois estaria submisso à afetividade. Enfim, o estudo da ética foi e é, como entendo, fonte de formulação de teorias da atuação humana, pertinente à intimidade, à intenção, à vontade, às virtudes, ao bem e ao mal.

As doutrinas estão entre o real e o ideal, valores, deveres, vontade, meio e fim, liberdade moral (vontade da pessoa) e jurídica (atividade limitada pelo dever). No estudo da ética, a primeira base moral cristã, como entendo, é a Bíblia e diz o citado e festejado magistrado paulista: “O surgimento de Cristo não rompe com a moral das velhas escrituras, mas enfatiza dois mandamentos: ‘Amarás o Senhor, teu Deus, de todo o coração, com toda a tua alma e com toda a força e ao próximo com a ti mesmo?’”

Inspirado no amor – e o poeta diz que só o amor vence a guerra – “tudo aquilo que quereis que os homens façam, fazei-o também por eles” e percorrendo a história cristã não se pode deixar da lembrança de Santo Agostinho, dizendo que a pessoa humana busca felicidade e, se não a consegue, não será feliz, e de Santo Tomás de Aquino, que enfatiza a verdade moral: fazer o bem e evitar o mal diante das obrigações.

Com estas digressões históricas, queremos dizer, que a ética jamais deixou de ser preocupação da humanidade e bradamos, diante

das violências vividas pela sociedade, que a moral é objeto da ética, a comandar a vida humana e a atividade profissional, pois, como somos seres individuais, o ambiente social, a sociedade, depende da consciência individual de cada um.

E agora, na relação de Ética e Direito, a jurídica se entrelaça com a moral, porquanto dissemos anteriormente, a ciência ética é o comportamento moral do homem e do profissional na sociedade, na comunidade das pessoas, recorrendo-me, novamente, àquele magistrado, para dizer:

1. O Direito e a moral disciplinam a relação entre os homens por meio de normas, que são obrigatórias.
2. Tanto as normas jurídicas, como as morais, são imperativas, substantivas e impositivas.
3. Direito e moral visam a coesão e harmonia sociais, na satisfação da necessidade social.
4. Moral e Direito são formas históricas do comportamento humano e se modificam de acordo com a sua função social.

A vida moral é interior enquanto a jurídica é exterior. A Constituição da República inseriu, em seu texto nobre, o princípio da moralidade, como um dos princípios da Administração Pública (artigo 37) e, observando os Direitos e Garantias Fundamentais lá estatuídos, estão guardados os deveres éticos da igualdade das pessoas, da liberdade, da proibição de tortura, do tratamento desumano, da liberdade de pensamento, do direito de resposta, da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, da intimidade, da honra privada, da honra e imagem das pessoas, enfim, os artigos 1º, 3º e 5º e seus incisos são de núcleo ético e moral, como também o trabalho e a justiça social, a infância, a juventude, a paternidade e maternidade, a família, a entidade familiar, o dever cívico, o ambiente ecologicamente equilibrado, a improbidade administrativa, a liberdade de imprensa também se limita pelos deveres éticos, pois, caso contrário, estaria violentando a dignidade das pessoas, ferindo a moral, enfatizando que há preceito insculpido no texto constitucional de que a Lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Diz Carlos Lega, em *Deontologia Forense*, Milano, 1975, p. 17, *apud* PASQUALE GIANNITI, citado pelo ilustrado magistrado pau-

lista Dr. José Renato Nalini, em *Ética Geral e Profissional*, 4ª edição, RT, 2004, “o homem das leis ‘examina o torto e o direito do cidadão no mundo social em que opera; é, a um tempo, homem de estudo e homem público, persuasivo e psicólogo, orador e escritor. A sua ação defensiva e a sua consulta incidem profundamente sobre o contexto social em que atua”.

A deontologia forense é a teoria dos deveres, razão por que contém normas éticas que devem ser inflexivelmente respeitadas pelo profissional no exercício da nobre profissão, que leva o direito da parte, como semente, para buscar a prestação jurisdicional, com o desate do processo, proporcionando a solução do conflito e, conseqüentemente, a proclamação do direito emergente do que está discutido, em contraditório e ampla defesa, nos autos processuais.

É de Aduino Fernandes:

A alma humana tem, por seu lado, uma espécie de vida secreta, cheio de exigências tão profundas e tão sutis, que a vida social não se completaria se tais exigências deixassem de ser satisfeitas.

Do domínio desta abstração, é que nascem as obrigações morais, sob mil formas diversas, revestidas de ações ou atos, que tanto podem ser positivos como negativos, pertencerem ao Direito ou à moral.

Acreditamos no Poder Judiciário e vale ressaltar a advertência de Merriam:

O poder sem justiça repousa sem uma base incerta e os seus dias estão contados. Se perguntamos o que é justiça, a resposta não é imediata; mas é fácil de se encontrar o seu sentido na comunidade. Basta ultrajá-la ou violá-la para que o intangível se torne real e o indefinível evidente e eficaz em termos de autoridade e de moral.

Então, devem prevalecer os critérios éticos no exercício da missão constitucional do magistrado, dos operadores de Direito e na própria vida. São constantes estudantes e no saber está o caminho da reflexão jurídica e convicção, plantados nos princípios aludidos, que conduzem às virtudes imaculadas, as quais jamais são atingidas por quem não as pratica e respeita, infringindo os deveres proclamados pelos princípios constitucionais, que iluminam as normas infracionais, e pelos graves

deveres que dominam a retidão na direção e desate do processos e dos profissionais, que também nele atuam, porque indispensáveis a administração da justiça, os quais igualmente tem os deveres profissionais em Código de Ética e Disciplina, assim como os que atuam no Poder Público. E porque não dizer na vida privada.

BIBLIOGRAFIA

Nalini, José Renato. *Ética Gerale Profissional*, 4. ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Palestras e trabalhos deste autor com citação de outros juristas-doutrinadores.

14

PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA DO MILITAR ESTADUAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de um país é considerada na lição de Rui Barbosa a rainha das leis, a verdadeira soberana dos povos. Uma leitura atenta da obra de Hans Kelsen¹ evidencia os fundamentos deste entendimento, que tem como base a norma fundamental, e o princípio da *hierarquia das leis*, representado por uma pirâmide, e desenvolvido pelo jusfilósofo alemão.

A Constituição Federal de 1988 pode ser considerada uma Constituição jovem quando comparada com a Constituição de 1824, que vigorou até 1891², e extremamente recente quando comparada com a Constituição dos Estados Unidos da Americana, que data de 17 de setembro de 1787³. Apesar destas diferenças, até o mês de junho de 2004, a Carta de 1988 já havia sido alterada por *quarenta e quatro Emendas*, sem contar as Emendas de Revisão, *que foram seis*.

Na realidade, *uma nova Constituição está sendo escrita por meio do poder constituinte derivado*, que somente conhece um limite, pelo

¹ KELSSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

² Constituições Brasileiras de 1824 a 1988 vol. I, org. BECKER, Antonio; CALVACANTI, Vanuza. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004.

³ Constituições Estrangeiras, trad. CARVALHO, José Luiz Tuffani. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2003.

menos por enquanto, o das *cláusulas pétreas*, que não podem ser objeto de Emenda Constitucional, conforme dispõe o art. 60, § 4º, da CF, sob pena de quebra do *Estado de Direito*.

As edições reiteradas de Emendas Constitucionais demonstram que o país ainda não alcançou uma maturidade constitucional, sendo necessário que a norma fundamental seja modificada para atender aos denominados *princípios de governabilidade*, que estão intrinsecamente relacionados com os princípios que devem reger a política como Ciência, conforme a lição dos pensadores socráticos.

As várias modificações realizadas no texto constitucional têm produzido reflexos na legislação infraconstitucional, e também nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, e o único órgão com competência para dizer o direito no caso concreto, em atendimento ao *art. 5º, inciso XXXV, da CF*, princípio da jurisdição única, que foi adotado pelo legislador constituinte originário.

2. SERVIDORES MILITARES

Em razão da dicotomia que ainda existe entre civis e militares, surgem vários questionamentos aos direitos e garantias que são assegurados aos integrantes das *Forças de Segurança* (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares), e as Forças Armadas, que possuem as suas funções previstas no texto constitucional.

As prerrogativas que são estabelecidas a determinados estamentos da Administração Pública têm por objetivo assegurar a autonomia dos servidores, para que estes possam bem desenvolver as suas funções. Mas, ao mesmo tempo, a lei prevê os meios necessários à fiscalização e controle por parte dos órgãos competentes das atividades desenvolvidas pelos agentes públicos.

Os militares segundo a Constituição Federal dividem-se em: *militares federais*, e *militares estaduais*. Na seara do direito militar, os integrantes de uma mesma Corporação podem ser divididos basicamente em dois círculos: *praças e oficiais*. Nas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, os oficiais podem chegar até o posto de Coronel, enquanto que nas Forças Armadas podem alcançar o posto de Oficial General.

A estabilidade destes servidores públicos não é adquirida de forma semelhante a dos servidores civis. Nas Forças Armadas, as praças adquirem a estabilidade com *10 anos de efetivo serviço prestado*, em atendimento as normas do Estatuto dos Militares. Nas Forças de Segurança, a aquisição da estabilidade dependerá das disposições da legislação estadual. No Estado de Minas Gerais, o Código de Ética e Disciplina estabelece que a estabilidade é adquirida *com três anos de efetivo serviço*, enquanto que no Estado de São Paulo, por força do Regulamento Disciplinar, a estabilidade é adquirida com *10 anos de efetivo serviço*.

Os oficiais adquirem a sua estabilidade, ou na melhor técnica jurídica, a vitaliciedade, após serem declarados *2º ou 1º Tenente*, dependendo do curso frequentado, Curso de Habilitação a Oficiais, Curso de Formação de Oficiais, Curso Complementar Técnico, *pelo aluno ou cadete*. Enquanto estiver na condição de aspirante a oficial, aluno, ou cadete, o militar fica sujeito às mesmas disposições que são aplicadas às praças, soldado a subtenente, ou suboficial.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu nos arts. 42, e 144, os direitos e prerrogativas que são assegurados aos oficiais das *Forças de Segurança*, e também aos oficiais das *Forças Armadas*. No art. 125, § 4º, última parte, também foram estabelecidas as prerrogativas que são asseguradas às praças, e a maneira que estas e os oficiais poderão perder a graduação, posto ou patente.

3. PERDA DO POSTO E DA PATENTE

A Constituição Federal, em nenhum momento, estabeleceu que os oficiais, Forças Armadas e Forças de Segurança, poderão perder o posto ou a patente *por meio de um procedimento que não seja o representado por uma decisão judicial*, proferida por Tribunal Militar em tempo de paz, ou um Tribunal Especial em tempo de guerra, conforme estabelece o *art. 142, § 3º, inciso VI*.

Os Juizes e Tribunais Militares também possuem expressa previsão na Constituição Federal, conforme dispõe o *art. 92, inciso VI*, o que significa que somente este órgão do Poder Judiciário previsto na lei fundamental é que poderá decidir sobre a perda do posto ou da patente dos oficiais, e da graduação das praças.

A natureza do ilícito, comum ou militar, previsto em Lei Especial, Código Penal, ou Código Penal Militar, ou Leis Especiais Militares, não afasta a competência do Tribunal Militar para decidir sobre a perda do posto ou da patente do militar, federal ou estadual, conforme ensina a doutrina com base nas disposições estabelecidas no texto constitucional⁴.

O Superior Tribunal de Justiça, no *ROMS n. 15711/GO*, que teve como relator o Ministro Jorge Scartezzini, 5ª Turma, por v.u, reconheceu a possibilidade de um oficial da Polícia Militar ser excluído da Corporação *por ato do Comandante Geral*, afastando desta forma *as disposições do art. 125, § 4º, c.c o art. 142, § 3º, incisos VI e VII*, por entender que somente no caso de *crime militar* é que a decisão deve ser proferida pelo Tribunal de Justiça Militar.

A garantia que foi assegurada a esta categoria de militares já era expressamente prevista nas Constituições anteriores, *Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, EC n. 01 de 1969*, o que demonstra que a Constituição Federal de 1988 em nada inovou, mas apenas deu continuidade a uma tradição já consagrada no ordenamento jurídico nacional.

Neste sentido, se um militar, oficial, federal ou estadual, for condenado por violação às disposições da *Lei de Tortura, Lei Federal n. 9.455/97*, caberá ao Tribunal de Justiça Militar, nos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, ou ao Tribunal de Justiça, nos demais Estados da Federação, decidir sobre a perda do posto ou da patente do infrator.

O art. 142, § 3º, incisos VI e VII, da CF, conforme mencionado, é expresso a respeito desta matéria, não existindo lacunas quanto às disposições que se aplicam à espécie. O mesmo acontece, caso o militar venha a praticar um crime comum ou militar. Se o infrator, militar, for condenado *a uma pena superior a dois anos, ou caso seja considerado mediante processo administrativo incompatível com oficialato*, somente o Tribunal competente é que poderá decidir sobre a perda do posto ou da patente.

⁴ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

Apesar da clareza do texto constitucional existem decisões judiciais entendendo que o juiz da Justiça Comum, ou mesmo a autoridade administrativa, Comandante Geral, poderá demitir o oficial dos quadros da Corporação Militar a qual pertence, *contrariando desta forma as normas que tratam da matéria*.

4. PERDA DA GRADUAÇÃO

As praças segundo o art. 125, § 4º, da CF, somente perderão a sua graduação mediante uma decisão judicial a ser proferida por Tribunal Militar competente. Neste aspecto, no tocante a esta categoria de militares, existem vários questionamentos e interpretações quanto ao conteúdo da norma constitucional.

A princípio as mesmas garantias asseguradas aos oficiais foram asseguradas às praças. Depois, passou a ser aplicado o entendimento segundo o qual *somente no caso de crimes, comum ou militar, é que as praças ficariam sujeitas a perda da graduação*, mediante uma decisão a ser proferida pelo Tribunal Militar. O S.T.F e o S.T.J firmaram entendimento que o *Comandante Geral possui competência para demitir as praças das Forças de Segurança*. É importante se observar, que o art. 125, § 4º, da CF, não fez esta diferenciação, e nem *quanto a natureza do ilícito, comum ou militar*.

A respeito do assunto, destaca-se o acórdão proferido na apelação cível n. 202.087-1/2, v. u, pela Colenda 1ª Câmara Cível, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que teve como relator o Des. Álvaro Lazzarini, onde este decidiu que, “a igualdade buscada pelo artigo 125, § 4º, da C.F, teve origem na Emenda n. 2P01407-1, de 13 de janeiro de 1988, de autoria do Deputado Constituinte Paulo Ramos, Major da Reserva da Polícia Militar do Rio de Janeiro, que buscava com este projeto colocar um término a desigualdade existente entre membros de uma mesma Corporação”.

Deve-se observar ainda, que Álvaro Lazzarini com fundamento no Recurso Especial n. 121.533-0, que teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, e que reconheceu por unanimidade a vitaliciedade das praças, preceitua que *o Comandante Geral das Polícias Militares não mais possui atribuição para demitir as praças de suas Corporações*, cabendo ao Tribunal competente decidir sobre esta

questão, após um procedimento semelhante ao adotado para o Conselho de Justificação, onde deverá ser assegurado ao acusado a ampla defesa, e o contraditório.

Nos embargos declaratórios n. 202.087-1/4-01, julgados em 14 de junho de 1994, a Colenda 1ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, decidiu que, “POLICIAL MILITAR – Perda da Graduação de praça e demissão – Competência – Ato do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo e não do Comandante Geral da Polícia Militar – Inteligência do art. 125, § 4.º, da CF”. RT n. 708/78-80.

Apesar do entendimento exposto por Álvaro Lazzarini e outros doutrinadores, o Supremo Tribunal Federal modificou o seu posicionamento a respeito da perda da graduação das praças, e passou a reconhecer a competência do Comandante Geral para a demissão desta categoria de militares por meio de ato administrativo. Assim, após um processo administrativo regular, onde seja assegurada a ampla defesa e o contraditório, o Comandante Geral mediante decisão fundamentada poderá demitir as praças das fileiras da Corporação Militar, Polícia Militar ou Corpos de Bombeiros Militares.

Na seara do campo criminal, o entendimento do Supremo Tribunal Federal não tem aplicação, e *a Justiça Comum não possui competência para impor a um militar, praça, condenado por violação, por exemplo a Lei de Tortura, ou a uma pena superior a dois anos, por crime comum ou militar, a perda da graduação*. A competência para proferir esta decisão, no caso das praças que integram as Forças de Segurança, pertence exclusivamente ao Tribunal Militar, ou nos demais Estados da Federação, ao Tribunal de Justiça.

Novamente, apesar da clareza do texto constitucional, os Tribunais não têm compartilhado deste entendimento. No entender dos Pretórios, a Justiça Militar, Estadual, representada pelo Tribunal de Justiça Militar, MG, SP, e RS, ou nos demais Estados, pelo Tribunal de Justiça, somente poderá decidir sobre a perda da graduação das praças no caso de crimes militares previstos em lei, Código Penal Militar. Caso contrário, esta competência será da Justiça Comum do Estado, podendo inclusive ser aplicada pelo órgão judicial de 1ª instância.

Além disso, esta garantia restringida pelos entendimentos dos Tribunais de Sobreposição não tem sido estendida *aos militares das For-*

ças Armadas, que em atendimento as disposições do art. 5º, caput, da CF, princípio da igualdade, deveriam receber o mesmo tratamento. Desde a edição da Emenda Constitucional n. 18, de 1998, no Brasil existem duas categorias de militares, que devem receber *tratamento semelhante*, uma vez que ficam sujeitos aos mesmos dispositivos legais, Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão exposta deve ser analisada em conformidade com a pretensão do legislador constituinte, que teve por objetivo assegurar ao militar, que fica sujeito ao *tributo de sangue*, ou seja, ao cumprimento de suas funções até mesmo com o *sacrifício da própria vida*, prerrogativas que são necessárias para se evitar influências políticas, ou mesmo pressões indevidas por qualquer setor da sociedade, *que possam prejudicar o cumprimento das missões estabelecidas pelo texto constitucional.*

Deve-se esclarecer, que as prerrogativas asseguradas aos militares não significam guarida a impunidade. Os Tribunais Militares têm decidido pela perda do posto, ou da patente, e mesmo da graduação das praças, *toda vez que fique comprovado que estes militares violaram os preceitos que juraram cumprir.*

O respeito a competência estabelecida na CF é fundamental na preservação do devido processo legal. A perda da função pública – que era consequência natural da condenação a sanção superior a dois anos – passou a ser vista como procedimento autônomo, iniciado após o trânsito em julgado da decisão condenatória, pelo Ministério Público⁵.

Os art. 142 e 144, da CF, estabeleceram garantias que devem ser observadas nos processos de perda de função dos militares. Em nenhum momento, o constituinte originário impediu que os militares, oficiais ou praças, possam perder o seu posto e patente, ou graduação.

⁵ PINTO, Mônica Cristina Moreira. *Inconstitucionalidade do procedimento nas representações para aplicação de penas acessórias a militares no Tribunal de Justiça do Espírito Santo*. Jus Navigandi, Teresina, n 8, n 445, set/04. Disponível em : <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>.

Apenas, estabeleceu um procedimento, devido processo legal, para que a decisão possa ser proferida, desde que comprovada a responsabilidade do infrator.

Portanto, a paz social somente poderá ser preservada com a resolução dos conflitos em conformidade com o devido processo legal, que é uma garantia estabelecida na Constituição Federal e nos Instrumentos Internacionais que foram subscritos pelo Brasil.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

LAZZARINI, Álvaro. *Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 240p.

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. Coord. Yussef Cahali – 1ª ed 2ª tiragem. São Paulo: Editora RT, 1996. 447p.

PINTO, Mônica Cristina Moreira. *Inconstitucionalidade do procedimento nas representações para aplicação de penas acessórias a militares no Tribunal de Justiça do Espírito Santo*. Jus Navigandi, Teresina, n. 8, n. 445, set/04. Disponível em : <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Responsabilidade do Estado por Atos das Forças Policiais*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

Constituições Brasileiras de 1824 a 1988 vol. I e II, org. BECKER, Antonio; CAVALCANTI, Vanuza. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004.

Constituições Estrangeiras, trad. CARVALHO, José Luiz Tuffani. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2003.

Código Penal Militar. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

Código de Processo Penal Militar. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

15

A VALIDADE DO INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA

Vitor Luís de Almeida

1. INTRODUÇÃO

No início do século XXI, a utilização dos sistemas de informática na prática dos atos processuais e do próprio processo tornou-se uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006 dispôs sobre a informatização do processo judicial e a Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008, inserida nas últimas reformas do Código de Processo Penal, deu nova redação ao artigo 217 desse diploma processual e possibilitou, em casos excepcionais, a inquirição de testemunhas e da vítima por videoconferência.

Nesse panorama, em 08 de janeiro de 2009 foi publicada a Lei n. 11.900, que alterou o artigo 185 do Código de Processo Penal, para permitir a realização do interrogatório e outros atos processuais por meio da videoconferência e outros mecanismos eletrônicos audiovisuais.

Ocorre que, grande parte da doutrina e alguns Tribunais manifestam uma grande resistência quanto à realização do interrogatório *on-line*, sob o fundamento de ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

2. O INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

À luz dos dispositivos legais do Código de Processo Penal, alterados pela Lei n. 11.900, de 2009, o interrogatório do réu preso será rea-

lizado, no estabelecimento em que estiver recolhido, em sala própria, desde que garantidas a publicidade do ato, a presença do defensor e a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares da Justiça.

Não sendo isso possível, de maneira excepcional, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, em decisão fundamentada (da qual as partes deverão ser intimadas com 10 dias de antecedência), poderá, no caso de réu preso, deferir a realização de interrogatório por meio de videoconferência, sob a condição de a medida ser necessária para: (I) prevenir risco à segurança pública, quando haja fundada suspeita de que o réu integra organização criminosa, ou exista risco fuga durante o seu deslocamento até a audiência; (II) possibilitar a participação do réu no respectivo ato processual, no caso de existir, por força de enfermidade desse ou de outra circunstância pessoal, relevante dificuldade da sua presença em juízo; (III) impedir que o réu influencie no ânimo de testemunhas ou da vítima, desde que a colheita de depoimentos destas não possa ser realizada por videoconferência, nos termos do artigo 217 do Código de Processo Penal; (IV) responder à gravíssima questão de ordem pública.

Conforme preconiza a lei, no estabelecimento prisional, deverá haver uma sala reservada para realização dessa modalidade de interrogatório, a qual, inclusive, será fiscalizada pelos corregedores, pelo juiz da causa, pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil. Será ainda assegurada, nessa sala, a presença de um advogado, que irá acompanhar o réu; além de ser garantida a presença de outro defensor na sala de audiência no Fórum.

Em primeiro lugar insta ressaltar que a referida lei, no intuito de salvaguardar os direitos fundamentais do réu disciplinou minuciosamente o procedimento que deverá ser observado, rigorosamente, pelo juiz ao determinar a realização do interrogatório à distância. A regra continua sendo o interrogatório pessoal a ser realizado no estabelecimento penal em que o acusado encontre-se preso. O interrogatório *on-line* é exceção e como tal, sua adoção deverá ser devidamente fundamentada pelo juiz da causa que, em sua decisão, deverá apontar algum dos requisitos que autorizam o procedimento nessa modalidade.

Em linhas gerais, o interrogatório realizado por meio de videoconferência encontra duas correntes antagônicas sobre a sua utiliza-

ção. A primeira, seguindo a visão da Teoria do Garantismo Jurídico, entende que o uso da videoconferência viola o direito fundamental da ampla defesa (técnica e autodefesa), devido principalmente à ausência do direito de presença física do interrogado, ou seja, uma dinâmica contraditória entre a declaração solene dos direitos fundamentais num ordenamento jurídico e o emprego dos meios necessários para a sua concretização. A segunda, de acordo com a ótica estadista, argumenta em defesa da videoconferência, com a diminuição das fugas, resgates, celeridade processual, economia orçamentária, dentre outras.

Nesse diapasão, vale ressaltar que em 14 de agosto de 2007, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 88.914, no qual foi Relator o Ministro César Peluso, analisou a questão do interrogatório *on-line*, sob a égide de uma lei estadual de São Paulo que autorizava a realização do interrogatório sob essa forma, decidindo pela invalidade do ato.

Analisando o relatório do *Habeas Corpus* 88.914, verifica-se que o Ministro César Peluso destaca os pontos negativos dessa modalidade de interrogatório: a) o interrogatório realizado por meio desse recurso tecnológico agrediria o direito de o acusado estar perante o Juiz, isto é, o de sua presença real no interrogatório; (b) o interrogatório em estabelecimento carcerário reduziria a garantia da autodefesa, pois não proporcionaria ao acusado serenidade e segurança necessárias para delatar seus comparsas; além disso, não haveria a garantia de proteção do acusado contra toda forma de coação ou tortura física ou psicológica; (c) haveria a perda do contato pessoal entre o Juiz e o acusado, o que tornaria a atividade judiciária mecânica; (d) o interrogatório *on-line* violaria o princípio da publicidade dos atos processuais, já que este aconteceria em estabelecimento carcerário.

Grande parte da doutrina processualista criminal defende a mesma linha de entendimento do Ministro César Peluso. Esses expositores do direito dividem o direito à ampla defesa, previsto no artigo 5º, LV, da CF, em direito à defesa técnica (o réu é representado por advogado) e direito à autodefesa (feita pelo próprio acusado). A autodefesa é composta do direito de audiência e o direito de presença. Traduz-se a primeira pela possibilidade do interrogado influir sobre o convencimento do magistrado mediante o seu depoimento. O segundo exte-

rrioriza-se pela oportunidade do réu tomar conhecimento e posição a todo instante, diante das alegações e provas que serão produzidas no processo. Asseveram que, mesmo considerando que o Estado tenha todos os recursos técnicos básicos para o funcionamento do sistema de videoconferência, existirá, mesmo que remota, a possibilidade de falha ou vulnerabilidade quanto à transmissão de mídia, ou mesmo, a inviabilidade da devida comunicação entre o réu e seu advogado. Qualquer medida que venha a trazer insegurança ao ato processual, ou qualquer forma que venha a limitar o exercício da autodefesa ou defesa técnica, será uma afronta contundente ao direito fundamental à ampla defesa.

Quanto à vedação da autoincriminação, entendem que as dificuldades perpetradas pelo sistema, sobretudo a falta de contato direto do acusado com o juiz, também traria prejuízo ao réu uma vez que impediria que o magistrado pudesse perceber suas reações e conhecer sua personalidade o que, certamente influencia em sua decisão.

No que pertine ao devido processo legal, salientam os opositores ao interrogatório *on-line* que, pelas mesmas razões já explanadas, esse meio de realização do ato processual ofenderia a regularidade do processo a qual também é uma garantia constitucional.

Não obstante os ponderáveis argumentos utilizados como fundamentos à invalidade do interrogatório por videoconferência, entendemos que tal novidade é resultado da evolução tecnológica e não produz nenhum atraso no direito de defesa do acusado.

A observância aos princípios da ampla defesa, em especial em sua manifestação de autodefesa, e da vedação à autoincriminação resta inabalada mesmo com a utilização da videoconferência.

A mudança legislativa estabelece a utilização de sala específica, fiscalizada pelo juiz do processo, pelos corregedores, pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil. Ademais, o interrogatório deverá ocorrer na presença de dois advogados, um que acompanhará o réu e outro onde ocorrer à audiência, sendo-lhes garantida a comunicação por meios telefônicos, inclusive do preso com aquele defensor que não está presente. É de se ressaltar que antes de ser interrogado, o réu poderá ainda acompanhar pelo mesmo sistema de videoconferência a oitiva da vítima, a inquirição de testemunhas de

acusação, de defesa, os esclarecimentos dos peritos, as acareações, e o reconhecimento de pessoas e coisas.

Segundo as disposições legais, o interrogatório *on-line* será realizado em tempo real, oportunizando ao juiz avistar-se com o réu, vendo suas reações e percebendo sua insegurança ou tranquilidade ao responder as perguntas que lhe são propostas. A tecnologia a ser utilizada é de elevado avanço propiciando um real contato, tal como ocorre nas inúmeras reuniões por videoconferência largamente utilizadas nos dias atuais no meio empresarial.

O princípio da identidade física do juiz, hoje legalmente previsto no processo penal brasileiro, também não restará ofendido uma vez que, salvo exceções legais, o mesmo magistrado que presidir o interrogatório deverá julgar a ação. Ademais, ressalte-se que esse princípio, como todos os demais, não é absoluto, uma vez que atos processuais podem ser realizados mediante cartas precatórias. Além disso, nos julgamentos em instâncias recursais não há o contato pessoal dos magistrados com o réu, sendo tal circunstância insuficiente para invalidar a decisão do órgão recursal.

Lado outro, o interrogatório por videoconferência garante pontos de alta positividade ao processo, em especial a maior celeridade na realização dos atos processuais, o menor dispêndio material do Estado com o transporte dos acusados até o Fórum quando impossível a presença do juiz e demais participantes da audiência no estabelecimento penal, além da maior segurança tanto aos demais participantes do processo como ao próprio acusado, em especial nos casos de envolvimento desse em organizações criminosas que pudessem planejar sua libertação ou mesmo eliminação durante a escolta o que traria riscos não só ao réu e agentes públicos, mas também a toda a sociedade.

Como a alteração legislativa procedeu uma modificação no procedimento do interrogatório, disciplinado pelo próprio Código de Processo Penal, não há de se falar em violação ao devido processo legal, tal como perpetrado na fundamentação do *Habeas Corpus* que analisava uma lei estadual que disciplinava a matéria. Como é cediço, nos termos do artigo 22, I, da Constituição Federal, apenas a União pode legislar sobre processo. Não obstante, a atual modificação deu-se por lei federal que alterou o processo penal. O devido processo legal pres-

supõe a regularidade de procedimento a qual nasce da observância das leis processuais. Assim, havendo expressa previsão legal sobre a realização do interrogatório por esse meio, oriunda do ente competente para legislar sobre a questão, não há de se falar em ofensa ao direito que o acusado possui de se ver processado na forma estabelecida em lei, pois tal ato agora tem expressa e válida previsão legal inserida no próprio Código de Processo Penal.

Vale ressaltar que apesar de o réu encontrar-se no estabelecimento penal quando da realização do ato, estará em sala própria, devidamente fiscalizada e na companhia de um advogado. De outra monta, na sala de audiências do Fórum encontrar-se-ão todos os demais participantes do ato, sendo o contato em tempo real, não restando, portanto, ofensa ao princípio da publicidade. Ademais, como o próprio Código de Processo Penal prevê a utilização da videoconferência para a realização de outros atos processuais como a oitiva de testemunhas e da vítima, em casos excepcionais, o argumento de ofensa à publicidade não tem como prevalecer sob pena de nulidade também, dos demais atos a serem realizados sob tal meio.

Por fim, esclareça-se que, analisando o direito comparado, verifica-se que vários outros países como Itália, França, Alemanha e Espanha, já utilizam-se do sistema de videoconferência, com previsão legal e limitado a circunstâncias excepcionais, devidamente fundamentadas pelo magistrado, nos mesmos moldes da atual modificação brasileira. A alteração, por conseguinte, vem seguir exemplos de utilização positiva perpetrados pelo direito estrangeiro.

A natureza jurídica do interrogatório como meio de defesa e de prova, não resta, portanto, violada pela adoção da videoconferência, uma vez que há consonância entre as garantias dos envolvidos no processo, sobretudo o acusado, e a celeridade e segurança disponibilizadas pela informatização.

3. CONCLUSÃO

Como se pode depreender do conteúdo versado, apesar das críticas versadas à alteração legislativa perpetrada pela Lei n. 11.900, de 2009 no que pertine à previsão legal de realização do interrogatório por videoconferência, a novidade processual incorporada pela nova lei foi de grande valia.

As contribuições trazidas nos critérios de celeridade, economia e segurança para o processo e seus envolvidos são pontos positivos que garantem um avanço na busca de uma justiça mais célere e menos dispendiosa.

Lado outro, as alegadas ofensas aos princípios da ampla defesa, devido processo legal, publicidade e vedação à autoincriminação podem ser afastadas através de uma interpretação menos garantista dos direitos do réu, conforme explanado em nosso entendimento.

O avanço da tecnologia é tamanho, de modo que a qualidade dos sistemas de som e imagem poderá garantir que nenhum dos direitos do réu seja violado, propiciando ao magistrado os mesmos subsídios que a presença física do réu poderia proporcionar para a formação de sua convicção. As garantias do acusado serão ainda resguardadas pelos membros da Magistratura, Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil e demais pessoas envolvidas na realização do ato.

Ademais, não é demasiado ressaltar que o interrogatório *on-line* é uma exceção e não a regra. Será utilizado apenas nos casos previstos na lei e mediante decisão fundamentada do magistrado sobre a necessidade de sua adoção.

No atual contexto do século XXI, no qual as evoluções tecnológicas se fazem presentes em todos os setores da sociedade, a inovação legislativa que permite a adoção do interrogatório por videoconferência vem perpetrar uma continuidade na evolução processual em consonância com o mundo moderno e informatizado.

A exceção ao interrogatório pessoal, empregada com necessária e rigorosa cautela para sua adoção, analisando os requisitos legais que a autorizam, vislumbra, portanto, ainda que sobre as veementes críticas sobre sua adoção, uma evolução positiva, ou mesmo, um mal necessário.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- CAPEZ, Fernando. *Interrogatório por videoconferência*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2009. Disponível em: www.damasio.com.br.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 13. ed.; Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *et ali*. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal*. São Paulo: Método, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A nova Lei do interrogatório por videoconferência*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 27 de janeiro de 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PAIXÃO JÚNIOR. Manuel Galdino da. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Interrogatório por videoconferência: o ano de 2009 começou bem*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 28 de março de 2009.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.