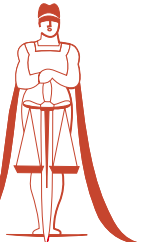


ISSN 0101 - 949X

JUSTITIA



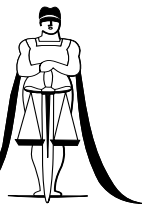
Publicada desde 1939

MPSP

A Revista do Ministério Público de São Paulo

207 jan./jun. 2016

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Diretor

Wallace Paiva Martins Junior

Conselho Redacional

Arthur Migliari Junior

Sérgio de Oliveira Médici

Vladimir Brega Filho

Zenon Lotufo Tertius

Coordenação Geral

Maria de Fatima Vieira dos Santos da Silva

Concepção de Projeto Editorial

Ada Santos Seles

Revisão de Texto (Língua Portuguesa)

Ada Santos Seles

Tradução para Língua Inglesa

Daniela Helena Francisco Gonçalves

Editoração Eletrônica

Marcelo Soares

SUBÁREA DE APOIO TÉCNICO – REVISTA JUSTITIA

Praça Dr. João Mendes, s/nº – 15º andar – salas 1.502 e 1.504 – Centro

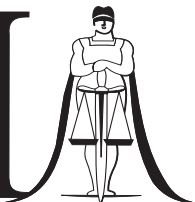
01501-900 – São Paulo – SP – Brasil – E-mail: justitia@mpsp.mp.br

Tels.: (55 11) 3243-4883/4840/4837 – Fax: (55 11) 3243-4885

Solicita-se permuta.

As ideias e conceitos expressos nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela
**Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com
a Associação Paulista do Ministério Público**

ISSN 0101-949X

Justitia	São Paulo	Ano 73	v. 207	2016	jan./jun. 2016	p. 1-482

JUSTITIA / Ministério Público de São Paulo. São Paulo, SP : Procuradoria-Geral de Justiça, Associação Paulista do Ministério Público, 1939 -. Semestral

ISSN 0101-949X

1939 – 2013-2014-2015 (1 – 204/205/206)
2016 (207,

1. Direito – Periódicos. I. São Paulo (Estado) Ministério Público.
CDU – 34(816.1) (05)

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela
**Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com
a Associação Paulista do Ministério Público**

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Procuradoria-Geral de Justiça
Gianpaolo Poggio Smanio

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Presidente
Felipe Locke Cavalcanti

JUSTITIA

Diretor
Wallace Paiva Martins Junior

Conselho Redacional

Arthur Migliari Junior
Sérgio de Oliveira Médici
Vladimir Brega Filho
Zenon Lotufo Tertius

Conselho Editorial

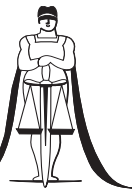
António Cluny (Portugal)
Antonio Magalhães Gomes Filho
Antonio Scarance Fernandes
Celso Lafer
Dalmo Dallari
Dirceu de Mello
Eugênio Zaffaroni (Argentina)
Fabio Konder Comparato
Hugo Nigro Mazzilli
Giulio Illuminati (Itália)

Jan Simon (Alemanha)
José Celso de Mello Filho
José Renato Nalini
Jorge Miranda (Portugal)
Jorge Figueiredo Dias (Portugal)
Maria Berenice Dias
Maria Schnebli (Zurique-Suíça)
Richard Boscovich (Miami-EUA)
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery

Conselho Consultivo

Carlos Alberto de Salles
Gianpaolo Poggio Smanio
José de Oliveira
Susana Henriques da Costa
Vidal Serrano Nunes Júnior

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela
**Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com
a Associação Paulista do Ministério Público**

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Ano 2016

Procurador-Geral de Justiça
Gianpaolo Poggio Smanio

Subprocuradores-Gerais de Justiça

Políticas Administrativas e Institucionais
José Antonio Franco da Silva

Jurídica e Competência Originária
Nilo Spinola Salgado Filho

Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubo

Planejamento Institucional
Paulo Sérgio de Oliveira e Costa

Corregedor-Geral
Paulo Afonso Garrido de Paula

Vice-Corregedor-Geral
Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Chefe de Gabinete
Luiz Henrique Cardoso Dal Poz

Diretor-Geral
Ricardo de Barros Leonel

Ouvidor
Roberto Fleury de Souza Bertagni

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Composição – 2016

Presidente

Procurador-Geral de Justiça

Gianpaolo Poggio Smanio

Corregedor-Geral

Paulo Afonso Garrido de Paula

Procuradores de Justiça – Conselheiros

José Correia de Arruda Neto

Liliana Mercadante Mortari

Luis Paulo Sirvinskas

Luiz Antonio de Oliveira Nusdeo

Marcio Sergio Christino

Monica de Barros Marcondes Desinano

Paulo Sergio Puerta dos Santos

Tiago Cintra Zarif (Secretário)

Vidal Serrano Nunes Junior

ÓRGÃO ESPECIAL DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Composição – 2016

Presidente

Procurador-Geral de Justiça

Gianpaolo Poggio Smanio

Corregedor-Geral

Paulo Afonso Garrido de Paula

Membros Natos

Fernando José Marques

Álvaro Augusto Fonseca de Arruda

Pedro Franco de Campos

José Correia de Arruda Neto

Carlos Augusto Salles Sgarbi

João Eduardo Gesualdi Xavier Freitas

João Machado de Araújo Neto

Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz

Oscar Mellim Filho

Antonio de Pádua Bertone Pereira

Sérgio Neves Coelho

Jurandir Norberto Marçura

Walter Paulo Sabella

Luiz Cyrillo Ferreira Júnior

Rodrigo César Rebello Pinho

Ana Maria Napolitano de Godoy

Fernando José Martins

João Alves de Souza Campos

Luiz Antonio Guimarães Marrey

Newton Reginato

Membros Eleitos

Dora Bussab

Ana Margarida Machado Junqueira Beneduce

Hamilton Alonso Junior

Juang Yuh Yu

Andréa Chiaratti do Nascimento Rodrigues Pinto

Pedro de Jesus Juliotti

José Oswaldo Molineiro

José Reynaldo de Almeida

Paulo Sérgio de Oliveira e Costa

Carlos Eduardo Fonseca da Matta

Edgard Moreira da Silva

David Cury Júnior

Maria da Gloria Villaça Borin Gavião de Almeida

Dimitrios Eugenio Bueri

Rodrigo Canellas Dias

Mario Antonio de Campos Tebet

Mario Luiz Sarrubbo

Antonio Celso Pares Vita

Martha de Toledo Machado

Marcos Hideki Ihara

DIRETORIA DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Composição – 2016

Presidente

Felipe Locke Cavalcanti

1º Vice-Presidente

Márcio Sérgio Christino

2º Vice-Presidente

Gabriel Bittencourt Perez

1º Secretário

Paulo Penteado Teixeira Junior

2º Secretário

Tiago de Toledo Rodrigues

1º Tesoureiro

Marcelo Rovere

2º Tesoureiro

Francisco Antonio Gnipper Cirillo

Diretora de Relações Públicas

Paula Castanheira Lamenza

Diretor de Patrimônio

Fabiola Moran Faloppa

Diretora de Aposentados

Cyrdemia da Gama Botto

Diretor de Prerrogativas

Salmo Mohmari dos Santos Júnior

EDITORIAL

A Revista *Justitia*, tradicional difusora da Ciência do Direito, em seus longos anos de história, não descarta de sua vocação institucional de manancial de reflexões e inovações.

Atenta ao seu perfil como mecanismo de divulgação das doutrinas de Ministério Público, ela oferece ao mesmo tempo estudos doutrinários e manifestações processuais em temas de alto espectro e inegável relevância.

Direito é ciência; é produto de razão e de crítica; é experiência teorizada e técnica de composição de conflitos de interesse. Conhecer o Direito exige reflexão e sensibilidade. Afinal, não é possível obnubilar a premissa fundamental de que o Direito rege a vida dos homens em sociedade. Ao empregá-lo, o intérprete jamais deve olvidar que na raiz das relações entre os homens, ou entre estes e as coisas, permeiam interesses, necessidades, vontades etc. de seres humanos.

Ao disponibilizar a presente edição da Revista *Justitia* o Conselho Deliberativo e Redacional tenciona prosseguir a sua missão, oferecendo à comunidade jurídica e forense contribuições para conhecimento e evolução da Ciência do Direito, desejando a tantos quantos dela aproveitem agradável leitura.

Wallace Paiva Martins Junior
Procurador de Justiça
Diretor

SUMÁRIO / CONTENTS

CRIMINAL / CRIMINAL

Crime de Desenvolvimento Clandestino de Atividades de Telecomunicação: Análise do Artigo 183, da Lei nº 9.472/1997, à Luz da Moderna Dogmática Penal

Crime of Clandestine Development of Telecommunication Activities: Analysis of Article 183 of Law No. 9,472/1997, in the Light of the Modern Criminal Dogmatics

César Eduardo Lavoura ROMÃO, Christiany Pegorari CONTE e Diego Yasuda Rodrigues de OLIVEIRA 17

Imputação Objetiva

Objective Imputation

José Francisco CAGLIARI 37

O Crime de Desobediência à Requisição Emanada pelo Ministério Público em Inquérito Civil e a Responsabilidade Penal do Prefeito Municipal

The Crime of Disobedience to the Requisition Issued by the Public Prosecution Office in Civil Investigation and the Criminal Responsibility of the Municipal Mayor

Flavio Eduardo TURESSI, Mário Antonio de Campos TEBET e Mauricio SALVADORI 63

Questões Atinentes ao Júri

Matters relating to the Jury

Ronaldo Batista PINTO 89

CÍVEL / CIVIL

Arbitragem no Direito Brasileiro com Ênfase na Convenção Arbitral: Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral

Arbitration in Brazilian Law with Emphasis on Arbitration Agreement: Arbitration Clause and Arbitration Agreement

Fernando Luz Sinimbu PORTUGAL 109

Cirurgia Transexual: Realidade Médica, Legal e Social

Sex Reassignment Surgery: Medical, Social and Legal Realities

Eudes Quintino de OLIVEIRA JÚNIOR, Pedro Bellentani Quintino
de OLIVEIRA e Gabriela Bellentani de Oliveira ANDRADE 141

Notas sobre o Plágio e a Contrafação

Notes on Plagiarism and Counterfeiting

Leonardo Estevam de Assis ZANINI 159

Os Poderes-Deveres das Agências Reguladoras do Sistema Financeiro na Coleta e Remessa de *Notitia Criminis* de Delitos Econômico-Financeiros – com Ênfase no Branqueamento de Capitais: a Prerrogativa de Requisitar Documentos e Outros Elementos de Prova

The Powers and Duties of Financial System Regulators in Collecting and Remitting Notitia Criminis for Economic and Financial Crimes – with Emphasis on Money Laundering: the Prerogative of Requesting Documents and Other Evidence

Karla Padilha Rebelo MARQUES 179

INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS / DIFFUSE AND COLLECTIVE INTERESTS

Crueldade contra os Animais – Leis Municipais Inconstitucionais

Cruelty to Animals – Unconstitutional Municipal Laws

Eloisa BALIZARDO e Luiz Fernando Gagliardi FERREIRA 217

Poderes do Juiz na Ação Civil Pública Ambiental

Powers of the Judge in Environmental Public Civil Action

Luís Alberto Thompson Flores LENZ 241

DOCTRINA DO MINISTÉRIO PÚBLICO / THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE DOCTRINE

O Ministério Público e a Assembleia Nacional Constituinte: as Origens de um Texto Inovador

The Public Prosecution Office and the National Constituent Assembly: the Origins of an Innovative Text

Mylene COMPLOIER 257

MANIFESTAÇÕES PROCESSUAIS

CRIMINAL / CRIMINAL

Conflito negativo de atribuição – Lesões corporais culposas na direção de veículo automotor agravadas (em concurso formal) – Pena máxima que supera o limite de competência *Ratione Materiae* do Juizado Especial Criminal – Eventual cabimento de transação penal

Negative conflict of allocation – Manslaughter personal injury aggravated in the steering wheel of automotive vehicle (in formal tender) – Maximum penalty which exceeds the limit of competence Ratione Materiae of Special Criminal Court – Eventual appropriateness of plea bargaining

Márcio Fernando Elias ROSA 283

Conflito negativo de atribuição – Atuação de policiais militares que, no desempenho da função, praticaram, em tese, crime doloso contra a vida

Negative conflict of allocation – Military police officers action that, while performing their duties assigned, committed, in thesis, manslaughter crime against life

Márcio Fernando Elias ROSA 289

CPP, Art. 28 – Requerimento de retorno do inquérito policial à origem, a fim de se colher as declarações de uma das vítimas, bem como realizar eventual reconhecimento pessoal ou fotográfico do indiciado

CPP, Art. 28 – Application for the return of the police inquiry to its origin, in order to collect the declaration from one of the victims, as well as, eventually, recognize the indicted in person or through photographs

Márcio Fernando Elias ROSA 297

CÍVEL / CIVIL

Ação Civil Pública Ambiental – Averbação de reserva legal com câmputo de APP – Necessidade de se afastar o câmputo em razão da inconstitucionalidade do artigo 15 da Constituição Federal com a demonstração da perda ambiental no caso concreto

Environmental Public Civil Action – Legal reserve registration calculated on the basis of the permanent preserved area – Need to derogate the calculation due to unconstitutionality of Article 15 of the Federal Constitution through the demonstration of the environment loss in the particular case

Jaime Meira do NASCIMENTO JUNIOR e Reinaldo IORI NETO 301

Ação Civil Pública Ambiental c.c. Improbidade Administrativa – Empresa Extratora de Areia e Cetesb – Destruição de Floresta em APP pela Extração Irregular de Areia – Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) Firmado pelo MP com base em Informações Técnicas apresentadas pela Cetesb com Danos Ambientais Subdimensionados

Environmental Public Civil Action in accordance with Administrative Improbability – Extractor Company of Sand and Cetesb – Destruction of the Forest in Permanent Preserved Area for Irregular Extraction of Sand – Conduct Adjustment Declaration signed by the Public Prosecution Office based on Technical Information submitted by Cetesb containing Undersized Environmental Damages

Jaime Meira do NASCIMENTO JUNIOR e Laerte Fernando LEVAI 355

Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão – Ausência de edição de lei específica que estabeleça percentual mínimo dos cargos de provimento em comissão na estrutura administrativa do Município de Itobi e da Câmara Municipal de Itobi a serem preenchidos por servidores de carreira

Declaratory Action of Unconstitutionality by Omission – Absence of enacting of particular law providing minimum percentage of commissioned positions to be filled by public officers in the administrative structure and in the City Council of the City of Itobi

Márcio Fernando Elias ROSA 411

Agravo de Instrumento – Direito Civil – Adoção póstuma – Guarda judicial em vida – Demonstração de início de processo de adoção plena em vida – Inequívoca manifestação de vontade do adotante – Comprovação de situação fática de filho – Autorização para adoção póstuma – Provimento do Recurso

Interlocutory Appeal – Civil Law – Posthumous adoption – Legal custody in life – Unequivocal manifestation of the adopter’s will – Proof of child status – Authorization for posthumous adoption – Provision of the Appeal

Paulo Roberto SALVINI 421

Apelação – Direito Civil e Processual Civil – Ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva – Extinção do processo sem julgamento do mérito – Violação à garantia constitucional de acesso à justiça – Apreciação da situação de paternidade – Consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança – Reforma da sentença – Provimento do Recurso de Apelação

Appellate – Civil and Civil Procedural Law – Action for recognition of socio-affective paternity – Termination of the proceedings without judgment on the merits – Breach of the constitutional guarantee of access to justice – Assessment of paternity – Consistency with the principle of human dignity and in the child’s best interest – Judgment Reform – Provision of Appellate Review

Paulo Roberto SALVINI 427

Constitucional – Administrativo – Ação direta de inconstitucionalidade – Emenda nº 21, de 10 de setembro de 2014, à Lei Orgânica do Município de Guarujá – Imposição de restrição à realização de contratos com o prefeito, vice-prefeito, vereadores, ocupantes de cargos em comissão ou função gratificada, com as pessoas ligadas a qualquer deles

Constitutional – Administrative – Direct action of unconstitutionality – Amendment No. 21, September 10, 2014, to the Organic Law of the Municipality of Guarujá – Imposition of restriction on accomplishment of contracts with the mayor, deputy mayor, councilor, commissioned positions employees or remunerated activity, with people connected to anyone from them

Nilo Spinola SALGADO FILHO 431

Constitucional – Administrativo – Ação direta de inconstitucionalidade – Lei nº 308, de 1º de julho de 1996, do

Município de Paranapanema – Exigibilidade de provimento efetivo para postos inerentes à advocacia pública

Constitutional – Administrative – Direct action of unconstitutionality – Law No. 308, July 1, 1996, Municipality of Paranapanema – Demandability of effective provision to inherent positions to public advocacy

Márcio Fernando Elias ROSA 445

Direito Processual Civil – Direito da Criança e do Adolescente – Ação de Guarda – Direito Intertemporal (CPC/73 e CPC/15) – Antinomia de Normas – Competência (Relativa/Absoluta) – Declínio de Competência – Nulidade dos Atos Decisórios

Civil Procedural Law – Children and Adolescents Rights – Custody Action – Intertemporal (CPC /73 and CPC 15) – Antimony Regulation – Jurisdiction (Limited/Absolute) – Jurisdiction Decline – Nullity of Decision Acts

Larissa Buentes FRAZÃO 451

Proposta de Alteração do ECA (Lei nº 8.069/1990) – Infância e Juventude – Adolescente infrator portador de transtorno mental – Liberação compulsória aos 21 (vinte e um) anos que não atende à necessidade de tratamento adequado e à proteção social

Proposed Amendment to the ECA (Law No. 8,069/1990) – Childhood and Youth – Adolescent offenders with mental disorders – Compulsory release after 21 (twenty one) years old, which does not meet the necessity of appropriate treatment and the social protection

Luis Fernando de Moraes MANZANO 457

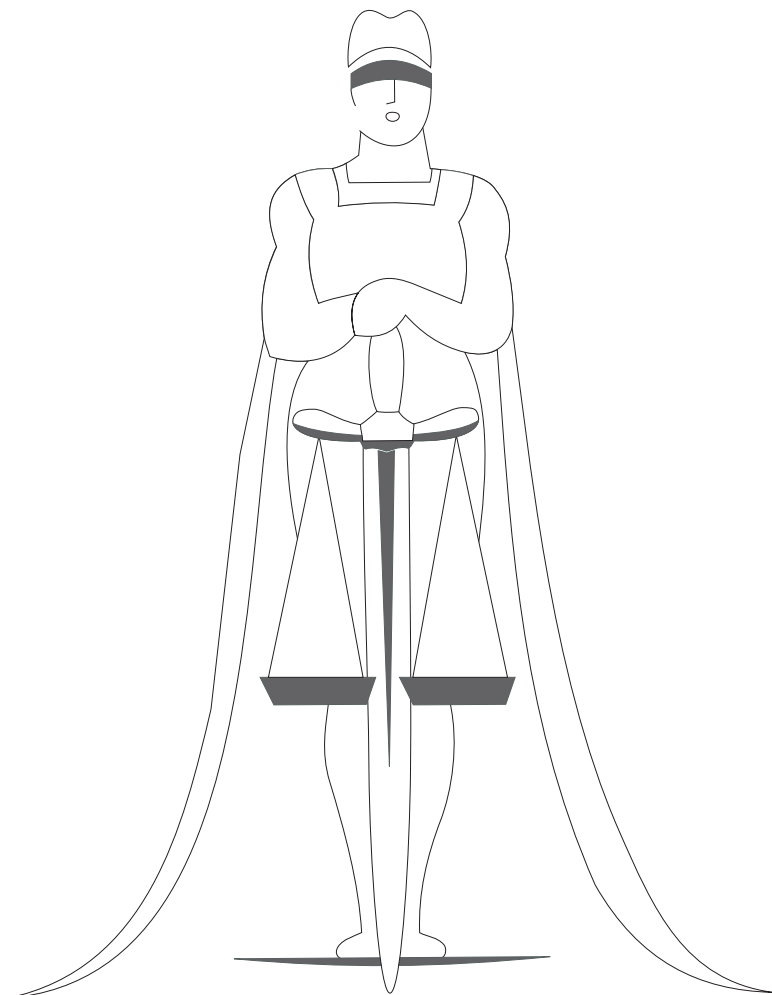
ÍNDICE DE ASSUNTOS 475

SUBJECT INDEX 479

ÍNDICE DE AUTORES / AUTHORS INDEX 481

CRIMINAL

CRIMINAL



Crime de Desenvolvimento Clandestino de Atividades de Telecomunicação: Análise do Artigo 183, da Lei nº 9.472/1997, à Luz da Moderna Dogmática Penal

César Eduardo Lavoura ROMÃO*

Christiany Pegorari CONTE**

Diego Yasuda Rodrigues de OLIVEIRA***

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Tutela penal do meio ambiente digital. 2 Delimitação do bem jurídico. 3 Os princípios relacionados à missão do Direito Penal. 4 O artigo 183 da Lei nº 9.472/1997. 4.1 Casuística: atividades de telecomunicações x serviço de valor adicionado. 4.2. Atividade clandestina de telecomunicação e princípio da insignificância. 4.3. Clandestinidade no desenvolvimento da atividade de telecomunicação x requerimento administrativo perante a Anatel. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** O avanço tecnológico, aliado à necessidade de se fornecer o acesso aos novos meios de comunicação e informação, fez surgir novos bens jurídicos na sociedade. Nesse novo cenário, ante os fatos da vida em sociedade, houve a valoração no que diz respeito a proteger juridicamente esses bens. As telecomunicações, objeto de tratamento pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foram consideradas, pelo legislador infraconstitucional, como dotadas de dignidade penal, merecedoras, as-

* Advogado criminalista. Professor de Direito Penal e Processual Penal das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

** Advogada criminalista. Professora de Direito Penal e Processual Penal no curso de Direito da PUC-Campinas. Coordenadora do curso de extensão sobre Crimes Digitais e da especialização em Direito Digital da PUC-Campinas. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Mestre em Direito da Sociedade da Informação pela FMU. Doutoranda em Educação pela PUC-Campinas.

*** Assessor jurídico na Procuradoria Regional Eleitoral em São Paulo. Bacharel em Direito pela FMU. Bacharel em Administração de Empresas pela Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP).

sim, da tutela penal. Com efeito, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, no art. 183, trata, especificamente, da exploração clandestina de serviços de telecomunicações. O presente trabalho tem por objetivo analisar os elementos deste tipo penal, à luz da moderna dogmática penal, levando-se em conta os princípios que informam a missão do Direito Penal, o conceito de tipicidade (formal e material), bem como a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. Para tanto, far-se-á, inicialmente, breve consideração no que tange à legitimidade da tutela penal que recai sobre o art. 183 da referida lei, aludindo-se à teoria dos mandados constitucionais de criminalização, o que servirá de fundamento para a afirmação e conclusão de que, para ser legítima, a tutela penal, nunca se olvidando de que se trata da *ultima ratio*, deve ser convergente aos institutos em constante evolução na doutrina e na jurisprudência.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Telecomunicações. Dignidade penal. Princípio da insignificância.

Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar o delito do art. 183 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, à luz da moderna dogmática penal, sobretudo no que tange aos princípios relacionados à missão do Direito Penal – princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, princípio da intervenção mínima e subprincípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.

Para tanto, far-se-á, prefacialmente, uma análise, ainda que breve, acerca da delimitação e escolha do bem jurídico protegido. Neste ponto, a incursão no tema dos mandados constitucionais de criminalização elucidará o fundamento da proteção jurídico-penal realizada.

O núcleo desta pesquisa é a avaliação, teórica e casuística, dos elementos do tipo penal do art. 183 da lei em comento, mais especificamente (i) sobre o que se entende a respeito da definição, para efeitos penais, do significado de “atividades de telecomunicações”, à luz dos conceitos de tipicidade formal e material, princípio da ofensividade e da insignificância e garantismo penal; (ii) a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância; e (iii) a valoração da elementar “clandestinamente” em face da boa-fé do agente que possua procedimento administrativo de regularização de atividade pendente pela mora excessiva da Administração Pública.

Ao final, serão apresentadas soluções, com base nas teorias e nos conceitos abordados ao longo deste ensaio, aperfeiçoando o silogismo do raciocínio desenvolvido.

1 Tutela penal do meio ambiente digital

A Constituição Federal de 1988 apresenta um conceito ampliado de meio ambiente, composto por diversas facetas, como: meio ambiente natural (constituído pela atmosfera, elementos da biosfera, águas, mar territorial, solo, subsolo, recursos minerais, fauna e flora); meio ambiente artificial (espaço urbano construído pelo homem); meio ambiente cultural (delimitado pelo art. 216 da CF/1988); meio ambiente do trabalho (local de desenvolvimento das atividades laborais); patrimônio genético; e, até mesmo, meio ambiente digital (CONTE; FIORILLO, 2013, p. 11/12).

O meio ambiente digital tem como finalidade interpretar os arts. 220 a 224 da Constituição Federal em face dos arts. 215 e 216 com a segura orientação dos princípios fundamentais indicados nos arts. 1º a 4º da Carta Política pátria em face, particularmente, da denominada “cultura digital”, estabelecendo a tutela jurídica das formas de expressão, dos modos de criar, fazer e viver, assim como das criações científicas, artísticas e, principalmente, tecnológicas realizadas com a ajuda de computadores e outros componentes eletrônicos com a observância do disposto nas regras de comunicação social determinadas por esse ordenamento constitucional.

O meio ambiente digital, por via de consequência, fixa no âmbito do direito positivo pátrio, os deveres, direitos, obrigações e regime de responsabilidades inerentes à manifestação de pensamento, criação, expressão e informação realizados pela pessoa humana com a ajuda de computadores (art. 220) dentro do pleno exercício dos direitos culturais assegurados a brasileiros e estrangeiros residentes no país (arts. 215 e 5º, d) orientado pelos princípios fundamentais da Constituição Federal (arts. 1º a 4º) – todos dispositivos da CF/1988.

A tutela jurídica do meio ambiente digital está disciplinada nos arts. 225, 215, 216 e 220 a 224 da CF/1988, devendo, tais dispositivos, ser interpretados com base nos fundamentos estabelecidos entre os arts. 1º a 4º desse ordenamento e, ainda, assegurando os direitos e as garantias elencadas no art. 5º.

A análise do tipo de desenvolvimento clandestino de atividades de comunicação integra o chamado “Direito Penal no Espectro”, que abarca desde o art. 183 da Lei nº 9.472/1997, passando pelo art. 155, § 3º, do Código Penal (interceptação clandestina de sinal de TV a cabo), pelo denominado Direito

de Antena, pelos crimes contra a propriedade imaterial (art. 184 do CP) e, até mesmo, por quaisquer condutas perpetradas com auxílio das tecnologias de informação e comunicação, notadamente a internet (criminalidade cibernética).

2 Delimitação do bem jurídico

A proteção jurídico-penal inicia-se com a escolha, pelo legislador ordinário, do bem jurídico reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento da sociedade. No ordenamento jurídico positivo brasileiro, a Constituição Federal, por ocupar o ponto mais alto na hierarquia das normas, fornece, também na seara penal, elementos para que se possa estabelecer o bem jurídico a ser resguardado.

Essa orientação normativa conferida pela Constituição Federal apresenta-se de maneira expressa ou implícita. São os chamados mandados constitucionais de criminalização, os quais, em síntese, dirigem-se ao legislador infraconstitucional e servem como verdadeiras ordens (daí por que “mandados”) no sentido de haja produção legiferante para que este ou aquele bem jurídico receba tutela penal, em virtude de sua relevância.

Os mandados constitucionais de criminalização podem ser expressos ou implícitos. Expressos, quando houver disposição clara e direta no sentido de que lei infraconstitucional deve conferir tutela penal a tal bem; implícitos, nos casos em que, por meio de interpretação sistemática, haja a possibilidade de se inferir que o legislador constituinte conferiu maior relevo a certo bem jurídico, de modo que este seja merecedor de maior proteção.

A respeito do tema, afirma Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2007, p. 135-146) que:

Saber se determinado bem jurídico deve ser objeto de proteção penal envolve considerar princípios do Direito Penal como o da intervenção mínima e da subsidiariedade. Se for possível tutelar eficazmente esses bens com medidas cíveis ou administrativas, então não haverá a obrigação de criminalizar. A decisão 39, I, do Tribunal Constitucional alemão é indicativa dessa característica, ao dizer que o legislador estará obrigado a instituir sanções penais “em casos excepcionais, se a proteção ordenada pela Constituição não pode ser alcançada de nenhuma outra forma (...)”. Esta é uma das mais significativas diferenças entre os mandados implícitos e expressos de criminalização. Para

os primeiros, cabe sindicar a presença de dignidade penal (*Strafwürdigkeit*) e a necessidade da pena (*Strafbedürftigkeit*).

[...]

A obrigação tácita de criminalizar envolve um juízo de proporcionalidade, levando a um arranjo entre dois elementos deste princípio: a proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente. O reconhecimento de que determinado bem jurídico exige a atuação do legislador, no sentido da criminalização, supõe que outros mecanismos de controle social são inadequados ou insuficientes.

Os preceitos impositivos delineados pelo constituinte vinculam materialmente o próprio legislador ordinário (na escolha dos bens jurídicos tutelados e na forma de atuação da política criminal), bem como o Judiciário, “*que deve cumprir seu papel na atualização constitucional (Verfassungsaktualisierung) interpretando as leis ordinárias tal qual preceituado na própria Constituição*” (MACIEL, 1996, p. 93-94). Os bens são valores essenciais à manutenção da harmonia social e estão relacionados a essa utilidade. Têm a sua relevância identificada pelo Estado que passa a tutelá-los juridicamente, transformando-os em bens jurídicos.

Por assim dizer, a ciência do Direito Penal é importante para uma racional concretização, seleção e individualização dos interesses mercedores de proteção penal. Agrega-se, a este ponto, uma relação em que a pena imposta é uma consequência ocasionada pela condição axiológica do bem, e este tem sua relevância exatamente na proteção exercida pela pena (ALMEIDA, 2009, p. 29).

Nesse sentido, cumpre ressaltar que:

Há evidente diferença – fundamento do princípio da fragmentariedade¹ – entre tutelar um bem da vida e incluí-lo no seletorol dos bens jurídico-penais. Para ser legítima a tutela penal, é necessário que o bem seja “digno” dessa proteção, e que sua lesão ou ameaça efetivamente mereça uma sanção penal. A imprescindibilidade da tutela penal deve ser observada

¹ De acordo com esse princípio, apenas os ilícitos que atentam contra valores fundamentais para a manutenção e o progresso do ser humano e da sociedade podem configurar ilícitos penais, colocando o Direito Penal na última etapa de proteção do bem jurídico.

tendo em vista a proporcionalidade entre a relevância do bem jurídico protegido e as consequências sociais estigmatizadoras, inexistentes nos outros ramos do Direito. (BRITO, 2009, p. 14)

Maurício Ribeiro Lopes (2000, p. 351-352) assevera que “a Constituição Federal é o instrumento legitimado para ajudar a concretizar o conceito de bem jurídico, não apenas orientando o legislador, mas com força vinculante limitativa do poder punitivo do Estado”. As limitações constitucionais ao legislador penal estão previstas como direitos e garantias fundamentais traduzidas em princípios.

Sobre o tema, Manoel da Costa Andrade (1992, *passim*) apresenta os pressupostos de “dignidade penal” e “carência de tutela penal” como legitimadores da eleição de um bem jurídico para ser merecedor de tutela penal. Nas lições do referido autor, por “dignidade penal” entende-se o fato de que as interferências do Direito Penal devem ser reservadas a valores ou interesses sociais e constitucionalmente relevantes, orientados sempre pela dignidade da pessoa humana – o que também homenageia o princípio da fragmentariedade, comentado há pouco.

A “carência de tutela penal”, por sua vez, refere-se ao princípio da subsidiariedade, ou seja, a criminalização só será legítima quando não for suficiente a proteção do bem jurídico feita por nenhum dos outros ramos do Direito.

Assim, a missão do Direito Penal no Estado Democrático e Social de Direito “é a proteção subsidiária dos bens jurídicos mais relevantes contra condutas inconciliáveis com as condições de uma convivência pacífica, livre e materialmente segura dos cidadãos” (BRITO, 2009, p. 15).

Nesse sentido, Figueiredo Dias (2007, p. 43) entende serem capazes de proteção penal os bens relacionados a um aspecto geral, isto é, supraindividuais, coletivos ou difusos. Claus Roxin (2006, p. 9) também sinaliza que a definição de bem jurídico não pode ser limitada a bens jurídicos individuais, abarcando também bens jurídicos gerais.

Ademais, como indica Gianpaolo P. Smanio (2002, p. 132) sobre o bem jurídico (protegido penalmente) como direito fundamental reconhecido pela Constituição:

A visão constitucional defendida hoje por inúmeros doutrinadores em todo o mundo nada mais é do que o desenvolvimento da visão positivista, reconhecendo a criação

do conceito do bem jurídico-penal a partir das normas jurídicas hierarquicamente superiores às demais, quais sejam, aquelas decorrentes da Constituição Federal.

Assim, a importância do bem jurídico em questão para a sociedade fez com que a Constituição Federal brasileira determinasse a proteção criminal, levando à relevância do bem jurídico em análise, que se traduz na necessidade de sua proteção em âmbito penal.

Existem três conceitos relevantes sobre crime: (i) o formal, que se traduz na existência de uma norma que defina determinada conduta como crime (em respeito à tipicidade); (ii) o material, que trata da lesão ou ameaça de lesão a um bem juridicamente tutelado; e (iii) o analítico, que define o delito de acordo com os seus elementos estruturais, dividindo-o em fato típico e antijurídico².

A legislação penal brasileira adota o conceito analítico de crime, mas também utiliza os conceitos formal e material como princípios constitucionais-penais, respectivamente traduzidos pelo princípio da reserva legal³ e pelo princípio da lesividade⁴, que norteiam a atuação do Direito Penal na criminalização de condutas, bem como na punição destas.

A tutela jurídica de determinados bens é mutável e varia de acordo com o momento histórico e com o grupo social que se estuda. Alguns bens jurídicos, ao longo do tempo, deixam de ter relevância penal, assim como novas relações se apresentam merecedoras de tutela.

É o que vem acontecendo com o bem jurídico em tela, e vários outros que tiveram suas ameaças potencializadas na sociedade contemporânea, que avançou tecnologicamente, passando a ser denominada “sociedade da informação”, por alguns, ou, ainda, de “pós-moderna” ou de “sociedade de risco”, por outros⁵.

² Para alguns autores, a culpabilidade também integra o conceito de crime.

³ Consoante dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

⁴ Por esse princípio não existirá infração penal caso a conduta perpetrada não ofereça ao menos perigo de lesão ao bem jurídico. Serve como parâmetro para a atuação do Direito Penal, delimitando-o nas esferas legislativa e jurisdicional.

⁵ Vejam-se, entre outros, Beck (1998); Sanchez (2000); e Díez Ripollés (2005), por todos, passim.

Ao se tratar dos bens relacionados aos chamados direitos de terceira geração, ou seja, bens jurídicos difusos, analisar-se-ão seus respectivos sistemas de proteção, criados para atender à sua característica supraindividual, conforme já se comentou. É o que ocorre quando se estuda o sistema constitucional e legal criado para proteger a criação, expressão, pensamento, comunicação e informação (CONTE; FIORILLO, 2012, p. 13-17).

Verifica-se, portanto, que os serviços de telecomunicações foram objetos de tratamento específico e expresso do constituinte originário, o qual, por mais de uma vez, fez referência expressa a este tema (arts. 21, XI; 22, IV; 48, XII, e 155, § 3º, da CF/1988). Houve, assim, maior preocupação no tocante ao bem jurídico “serviços de telecomunicações”, o que justifica a tutela penal conferida pela Lei nº 9.472/1997.

Fixadas essas premissas, pode-se afirmar que o art. 183 da lei *sub examen* protege a segurança dos meios de comunicação, bem jurídico dotado de dignidade penal.

3 Os princípios relacionados à missão do Direito Penal

Antes de iniciar-se a análise do tipo penal do art. 183 da Lei nº 9.472/1997 cabe elencar, ainda que brevemente, os princípios atinentes à missão do Direito Penal, a qual é a proteção de bens jurídicos.

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos revela verdadeira proibição de que o Direito Penal seja utilizado para a tutela de bens ilegítimos ou outros fins.

O princípio da intervenção mínima, por sua vez, determina que o Direito Penal tem de se preocupar – apenas – com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade (GRECO, 2010, p. 45). Assim, é de ser reconhecida a *ultima ratio* do Direito Penal, na medida em que este deve interferir o menos possível na vida em sociedade. Desse princípio, derivam dois subprincípios, quais sejam, o da subsidiariedade e o da fragmentariedade. De acordo com o primeiro, o Direito Penal apenas deve ser aplicado quando estritamente necessário, de tal modo que sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle; pelo segundo, observa-se que somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado é que devem estar sujeitos ao Direito Penal. Por fim, tem-se o princípio da adequação social, que, segundo Rogério Greco (2010, p. 54), possui dupla função:

Uma delas, já destacada acima, é a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade.

4 O artigo 183 da Lei nº 9.472/1997

É cediço que a moderna dogmática penal, em especial em países que adotam o regime democrático, conceitua a tipicidade penal de forma bipartida ou composta pela (i) tipicidade formal, que é a adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstratamente previsto em lei; e (ii) a tipicidade material, a qual se revela pela lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

O dispositivo sob análise está assim redigido:

Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena – detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

A norma que se extrai do tipo penal refere-se à tutela da segurança das telecomunicações, bem jurídico de interesse tanto público quanto privado, isto é, interesse transindividual, caracterizando o que parte da doutrina cognomina de “fenômeno da espiritualização do Direito Penal”.

4.1 Casuística: atividades de telecomunicações *versus* serviço de valor adicionado

A primeira indagação que se faz é no sentido do que se deve entender pela elementar objetiva do tipo penal “atividades de telecomunicação”.

Para tanto, a própria lei, nos arts. 60 e 61, traz a resposta, ao consignar, respectivamente, o conceito jurídico de serviço de telecomunicação e o de serviço de valor adicionado. Vejam-se:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

Depreende-se dos dispositivos transcritos que “serviço de telecomunicações” é gênero, do qual são espécies (i) a telecomunicação propriamente dita; e (ii) a estação de telecomunicações, que são os equipamentos destinados à atividade.

No entanto, resta claro que o “serviço de valor adicionado”, como consta expressamente do § 1º do art. 61, não constitui serviço de telecomunicações, “classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte”.

Este é o cerne da questão, aqui investigada.

No dia a dia forense, costuma-se deparar com casos em que pessoas são denunciadas pela prática do delito em tela, tanto por desenvolverem atividade típica de provedor de acesso à internet quanto pela instalação de

equipamentos responsáveis pelos *links* dedicados de acesso à rede mundial de computadores (internet).

No primeiro caso, para viabilizar a prestação e a fruição do Serviço de Valor Adicionado para pessoas físicas ou jurídicas, há a contratação e o fornecimento, pela concessionária de serviço público responsável, dos *links* dedicados de acesso à internet. Firmado o contrato e disponibilizado o *link*, é possível, por meio de equipamentos específicos (roteadores, *hubs* e antenas), disseminar o sinal de acesso. Na segunda hipótese, a própria pessoa interessada lança mão de equipamentos, clandestinos, destinados a criarem os *links* de acesso, para, em um segundo momento, repassá-los aos usuários-consumidores.

Em suma, os serviços (*links*) disponibilizados pela concessionária de serviço público possibilitam o ingresso do usuário (internauta) na rede mundial de computadores. Para se conectar à internet, entretanto, o usuário (internauta) precisa de uma infraestrutura de telecomunicações. E essa infraestrutura é disponibilizada pela empresa concessionária autorizada a prestar os serviços de telecomunicações na modalidade serviço de comunicação multimídia (SCM).

A *celeuma* refere-se justamente à interpretação extensiva que se pretende conferir ao significado da expressão “atividades de telecomunicação”.

Há casos⁶ em que o agente é denunciado por explorar o serviço de provedor de acesso à internet, que é serviço de valor adicionado, nos termos da precitada lei, e não serviço de telecomunicações.

Ocorre que, como já demonstrado linhas atrás, a própria Lei nº 9.472/1997 diz que as únicas duas espécies de serviços de telecomunicações são a atividade de telecomunicação propriamente dita (§ 1º do art. 60) e a estação de telecomunicações (§ 2º do art. 60).

Desse modo, à luz do princípio da taxatividade⁷ e da vedação da analogia *in malam partem*⁸, a afirmação de que o serviço de provedor de acesso à internet

⁶ TRF da 5ª Região, 4ª Turma. HC 4661. Rel. Des. Fed. Margarida Cantarelli, *DJE* 26.04.12; TRF da 5ª Região, 3ª Turma. ACR 9617. Rel. Des. Fed. Maximiliano Cavalcanti, *DJE* 17.12.12.

⁷ No mesmo sentido, opinando pela atipicidade formal, por ausência de clandestinidade, bem como pela impossibilidade de interpretação extensiva desfavorável ao réu, foi o Parecer no 0247/2013, exarado pelo membro do Ministério Público Federal (PRR da 5ª Região), nos autos da Ação Penal no 0001501-62.2011.4.05.8201, ACR 9763-PB.

⁸ Veja-se dispositivo do Estatuto de Roma:

– o qual é serviço de valor adicionado – constitui elemento objetivo do tipo penal sob análise, por fazer parte do conceito de serviço de telecomunicações, é manifestamente ilegal.

Ao enfrentar a questão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no REsp 456.650-PR, por meio do voto da lavra da Relatora, a Ministra Eliana Calmon, assentou:

Em síntese, entendeu o Tribunal recorrido que a Internet é um serviço de valor adicionado que possibilita o acesso dos usuários e provedores de informações à rede, sendo que estes últimos apenas viabilizam o acesso dos primeiros ao sistema, não se constituindo tal atividade em serviço de telecomunicação ou comunicação a ensejar a incidência do ICMS.

[...]

Não tenho dúvida em classificar, diante do inteiro teor da norma, como sendo SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO a atividade desenvolvida pelos provedores, excluído expressamente no § 1º transcrito da rubrica serviço de telecomunicações.

No mesmo sentido, em julgado recente, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região conta com julgado assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESENVOLVER CLANDESTINAMENTE ATIVIDADES DE TELECOMUNICAÇÃO (ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97). RETRANSMISSÃO DE INTERNET VIA CABO. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. 1. Apelação em face de sentença que julgou procedente a denúncia e condenou o réu como incurso nas penas do art. 183 da Lei nº 9.472/97 (desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação). 2. Nos termos do art. 61, parágrafo 1º, da Lei nº 9.472/97, “Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações”. 3. Em que

“Artigo 22. Nullum crimen sine lege.

[...]

2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

pese o relatório da ANATEL ter classificado a atividade desenvolvida pelo denunciado como “Serviço de Comunicação Multimídia”, a atividade, em verdade, enquadra-se no conceito de “Serviço de Valor Adicionado”. É que o serviço prestado pelo apelante, por si só, não possibilitava a emissão, transmissão ou recepção de informações. Para ter acesso à internet, os usuários precisavam de uma terceira pessoa para efetuar o serviço de retransmissão de internet via cabo, servindo a atividade do réu apenas de canal físico para que ficasse estabelecido um vínculo comunicacional entre os usuários e a internet. 4. “A atividade desempenhada pelos provedores de acesso à internet constitui serviço de valor adicionado (art. 61 da Lei 9.472/97)” (REsp 201000416169, Eliana Calmon, STJ – Segunda Turma, DJE DATA: 22/06/2010). 5. Apelação provida, para absolver o acusado, por atipicidade da conduta, a teor do art. 386, III, do CPC)⁹.

Assim, para que reste caracterizada a tipicidade formal, no caso concreto, é imprescindível a adequação da atividade desenvolvida pelo agente àquela definida no art. 60 da Lei nº 9.472/1997.

4.2 Atividade clandestina de telecomunicação e princípio da insignificância

Situação controvertida na jurisprudência refere-se à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, no delito analisado.

Não raras vezes as pessoas, valendo-se de equipamentos amadores cujo alcance é limitado, captam o *link* dedicado de acesso à internet (que é disponibilizado pela concessionária de serviço público) e o transmitem, de modo oneroso ou não, a outros usuários.

Nessas hipóteses, entende-se ser possível a aplicação do princípio da insignificância, desde que, na esteira dos critérios ou requisitos elencados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, estejam presentes, no caso concreto: (i) a mínima ofensividade da conduta (se o serviço de provedor de acesso à internet for a número ínfimo de pessoas); (ii) ausência de periculosidade social da ação (se a atividade empre-

⁹ TRF da 5ª Região, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti, ACR 9295, DJe 28.09.12.

sarial desenvolvida for lícita); (iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta (o ordenamento jurídico não considera a conduta imputada ao agente como altamente maléfica); e (iv) inexpressividade da lesão ao bem jurídico (se o contexto fático demonstrar que o bem jurídico tutelado sofreu lesão que, em razão da fragmentariedade do Direito Penal, não merece sanção penal).

Ao tratar da aplicação do princípio da insignificância ao delito *sub examen*, porém, pela prática da conduta na modalidade “explorar serviço de radiodifusão pirata” (atividade de telecomunicação clandestina), o Supremo Tribunal Federal prolatou decisão assim ementada:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. OPERAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. IMPUTAÇÃO AO PACIENTE DA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 183 DA LEI 9.472/1997. BEM JURÍDICO TUTELADO. LESÃO. INEXPRESSIVIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CRITÉRIOS OBJETIVOS. PRESENÇA. APURAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I – Conforme perícia efetuada pela Anatel, o serviço de radiodifusão utilizado pela emissora não possuía capacidade de causar interferência prejudicial aos demais meios de comunicação, o que demonstra que o bem jurídico tutelado pela norma – segurança dos meios de telecomunicações – permaneceu incólume.

II – Rádio comunitária operada com os objetivos de evangelização e prestação de serviços sociais, denotando, assim, a ausência de periculosidade social da ação e o reduzido grau de reprovabilidade da conduta imputada ao paciente.

III – A aplicação do princípio da insignificância deve observar alguns vetores objetivos: (i) conduta minimamente ofensiva do agente; (ii) ausência de risco social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (IV) inexpressividade da lesão jurídica.

IV – Critérios que se fazem presentes, excepcionalmente, na espécie, levando ao reconhecimento do denominado crime de bagatela.

V – Ordem concedida, sem prejuízo da possível apuração dos fatos atribuídos ao paciente na esfera administrativa¹⁰.

A Suprema Corte adotou, em suma, como razões de decidir, que a atividade de telecomunicação, conquanto desenvolvida de maneira clandestina e, nessa medida, formalmente adequada ao tipo penal, carecia de tipicidade material, já que os equipamentos utilizados pelo agente eram amadores, de alcance limitado, não ferindo o bem jurídico protegido pela tutela penal, o qual permaneceu incólume.

4.3 Clandestinidade no desenvolvimento da atividade de telecomunicação x requerimento administrativo perante a Anatel

Outra questão colhida da praxis forense diz respeito à clandestinidade no desenvolvimento de atividades de telecomunicações, na pendência de requerimento administrativo perante a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

É comum a situação em que o agente, pretendendo desenvolver atividades de telecomunicações de modo regular, ingresse com requerimento administrativo nessa agência reguladora, a qual, em mora excessiva, prolongue o procedimento administrativo atinente à autorização pleiteada.

Nesses casos, se o agente, na pendência injustificada da análise de seu procedimento administrativo pela agência reguladora, passar a desenvolver atividades de telecomunicação, seriam essas atividades consideradas clandestinas?

Pensa-se que a resposta há de ser negativa.

Existe mera irregularidade procedimental, que poderia ser dirimida no âmbito administrativo, efetivando-se assim o princípio da intervenção mínima. Acerca desse princípio, adverte Luiz Regis Prado (2008, p. 138) que deve o Direito Penal ocupar-se tão somente da:

[...] defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor

¹⁰ STF. HC, 115.729/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18/12/2012, DJe 13.02.2013.

as mais sérias restrições aos direitos fundamentais. Nesses termos, a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessário para a sobrevivência em comunidade – como *ultima ratio legis* –, ficando reduzida a um mínimo imprescindível. [...] O uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica.

Em se considerando que o sistema processual penal brasileiro tem cunho eminentemente garantista, há de se observar o postulado *nulla lex poenalis sine necessitate* (FERRAJOLI, 2010, p. 91-93), que, em suma, revela-se como o princípio da estrita legalidade cujo corolário é o princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal. Apenas se cumprido tal postulado – da legalidade estrita e da imprescindível necessidade do Direito Penal – é que haverá motivação jurídica idônea para eventual sentença condenatória.

Conclusão

A dinâmica da vida em sociedade faz com que o surgimento de novos fatos seja incorporado e estes, valorados pela sociedade, de modo que ao Legislativo cabe verificar a conveniência e necessidade de se regular a matéria, por meio de lei. *Grosso modo*, essa é a cognominada teoria tridimensional do Direito, traçada por Miguel Reale.

O meio ambiente digital insere-se nesta hipótese. Com o advento da tecnologia, não só benefícios foram apresentados à sociedade, mas também os riscos e a oportunidade da prática de delitos. Nesse passo, a Lei nº 9.472/1997 passou a regular os serviços de telecomunicações e prever tipos penais que criminalizam condutas praticadas nesse ambiente.

No que tange especificamente ao delito previsto no art. 183 do diploma legal *sub examen*, vê-se que se criminaliza a conduta daquele que “desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação”.

Nessa medida, para fins penais, a elementar “atividade de telecomunicação” é interpretada de acordo com o art. 60 dessa mesma lei, o qual, em confronto com o art. 61, que trata de “serviço de valor adicionado”, demonstra que este não constitui serviço de telecomunicações, “classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte”.

A interpretação aludida é a mais adequada, por que restritiva e convergente à vontade do legislador.

ROMÃO, C. E. L.; CONTE, C. P.; OLIVEIRA, D. Y. R. de. Crime of clandestine development of telecommunication activities: analysis of article 183 of Law No. 9,472/1997, in the light of the modern criminal dogmatics. *Justitia*, São Paulo, v. 207, p. 17-35, Jan./Jun. 2016.

- **ABSTRACT:** The technological breakthrough, allied to the need of providing access to new means of communication and information, has come up with new legal assets in society. In this new scenario, from the facts of life in society, there was a valuation in order to legally protect such assets. Telecommunications, the scope of treatment by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, were considered by the infra-constitutional legislator, as endowed with criminal dignity, deserving thus the penal tutelage. Indeed, the Article 183 of the Law No. 9,472 of July 16, 1997, deals specifically with the clandestine exploitation of telecommunications services. The current job aims to analyze the elements of this penal type, at the light of the modern criminal dogmatics, taking into account the principles which inform the mission of the Criminal Law, the concept of typicality (formal and material) as well as about the possibility of the application of the Principle of Insignificance. Therefore, a brief consideration will initially be made regarding the legitimacy of the criminal tutelage which is attributed to the Article 183 of the mentioned law, referring to the theory of constitutional mandates of criminalization, which will serve as a basis for the claim and conclusion that to be legitimate, the penal tutelage should be converging to institutes in constant doctrinal evolution and jurisprudence, never forgetting it is the *ultima ratio*.
- **KEY WORDS:** Telecommunications. Criminal dignity. Principle of insignificance.

Referências

ALMEIDA, Bruno Rotta. A discussão sobre a tutela penal de valores supraindividuais: ponderações a partir da teoria do bem jurídico penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, ano 5, n. 29, p. 29-38, abr./maio 2009.

- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- BRITO, Auriney Uchoa de. O bem jurídico penal dos delitos informáticos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências, ano 17, n. 199, p. 14-15, jun. 2009.
- CONTE, Christiany Pegorari; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Crimes no meio ambiente digital*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Crimes ambientais*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COSTA ANDRADE, Manoel da. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 2, n. 2, p. 173-205, abr.-jul. 1992.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Questões fundamentais – a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais – teoria e prática*. Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- LOPES, Maurício Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. Aspectos penais na Constituição. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, n. 13, p. 93-94, jan./mar. 1996.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 1.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. de André Luis Callegari e Nereu José Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANCHEZ, Jesús María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2000.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 39, p. 125-147, jul./set. 2002.

Imputação Objetiva

José Francisco CAGLIARI*

- **SUMÁRIO:** 1 O caráter dogmático do direito penal e sua evolução. 2 A teoria da imputação objetiva – considerações preliminares. 3 O nexo de causalidade. 3.1 Resultado jurídico e resultado natural. 3.2 A teoria da equivalência dos antecedentes. 4 Antecedentes históricos da teoria da imputação objetiva. 4.1 Teoria da causalidade adequada. 4.2 Teoria da relevância. 5 As origens da teoria da imputação objetiva. 5.1 A teoria de Karl Larenz. 5.2 A teoria de Richard Honig. 6 Critérios da teoria da imputação objetiva. 6.1 Criação de um risco desaprovado – as situações de exclusão da imputação. 6.1.1 Risco permitido. 6.1.2 Diminuição do risco. 6.1.3 Ausência de incremento do risco. 6.2 Realização (ou concretização) do risco desaprovado no resultado. Conclusões. Referências.
- **RESUMO:** O artigo tem por escopo examinar a teoria da imputação ao tipo objetivo (ou simplesmente teoria da imputação objetiva) como ferramenta para corrigir os excessos decorrentes da adoção da teoria da equivalência das condições quanto ao nexo de causalidade. Após apreciação sumária do conceito de tipo, e de como se desenvolveu sua estruturação na dogmática jurídico-penal, passa-se ao estudo do tema relativo à causalidade natural (física) e de sua distinção com a imputação do resultado ao autor de uma conduta típica. Examinam-se os antecedentes históricos e as teorias que deram origem à moderna concepção da imputação objetiva. Por fim, analisam-se os critérios dessa teoria, quais sejam, a criação de um risco juridicamente desaprovado; e a realização (ou concretização) desse risco no resultado.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Teoria geral do crime. Tipo objetivo e tipo subjetivo. Nexos de causalidade. Nexo normativo. Imputação ao tipo objetivo.

* 49º Promotor de Justiça Criminal da Capital. Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI). Professor Titular de Direito Penal da Universidade de Sorocaba (UNISO). Mestre em Direito das Relações Sociais (Direito Penal) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público (ESMP-SP). Autor da obra *O dolo e a culpa na evolução do conceito de culpabilidade*. Campinas: Bookseller, 2006.

Introdução

Ainda que se tomem os seus diversos conceitos (causal, final, social) que se construíram ao longo da evolução da dogmática jurídico penal, e mais particularmente, da teoria geral do crime, pode-se afirmar que o crime é, em última análise, uma conduta humana, e não um ente abstrato, como pretendiam os clássicos.

Aceita a ideia de que o delito é um comportamento humano, censurável porque “lesivo de um interesse que possa comprometer as condições de existência, conservação e progresso da sociedade” (BETTIOL apud MARQUES, 1997, p. 22-23), surge, como condição desse juízo de reprovação, a necessidade de se demonstrar que, de fato, a conduta em exame produziu a lesão do interesse tutelado pelo direito.

Apresenta-se, então, o tormentoso tema do nexo de causalidade, isto é, do vínculo entre a conduta humana e a lesão típica, de sorte que se possa estabelecer ser aquele comportamento a causa desta ofensa.

Várias foram as formulações teóricas que se apresentaram para estabelecer a natureza e o alcance desse vínculo, ou, por outras palavras, quando uma lesão jurídica pode ser imputada a determinada conduta, de sorte a possibilitar a responsabilização do(s) seu(s) autor(es).

A despeito dos esforços, o tema ainda se exhibe controverso.

É nesse contexto que surgiu a teoria da imputação objetiva, que se examina neste breve estudo.

1 O caráter dogmático do direito penal e sua evolução

O direito penal, como toda ciência jurídica, possui caráter dogmático¹, porque suas manifestações têm por fulcro as normas ou preceitos estabelecidos pelo legislador. Trata-se de ciência normativa, cujo objeto é o *dever-ser*. Seu método é o técnico-jurídico, de natureza lógico-abstrata, a orientar o estudo das relações jurídicas, a construção lógica dos institutos jurídicos e a formulação do sistema, que, como dizia Nelson Hungria (1942, v. 4, p. 283), “é a mais perfeita forma do conhecimento científico”. Mérito do jurista ale-

¹ A propósito, “Dogma” es un vocabulo griego que significa algo así como “opinión”, “disposición”, “proposición doctrinal”. La dogmatica es la ciencia de los dogmas” (ROXIN, 1997, p. 190, nota 1). Sobre o tema, confirmam-se ainda: Fragoso (2002, p. 12 e ss.); Marques (1997, p. 42 e ss.); Noronha (1982, p. 16); e Jesus (1999, p. 8).

mão Rudolf von Ihering, que o expôs no âmbito do direito privado, o método dogmático consiste, conforme sintetizam Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 164), “numa análise da letra do texto, em sua decomposição analítica em elementos (unidades ou dogmas) e na reconstrução destes elementos em forma coerente, tudo o que produz como resultado uma construção ou teoria”. A dogmática é, assim, na expressão de Asúa (1950, p. 67), a “reconstrução científica do direito vigente”. E, por *dogmática jurídico-penal*, conforme conceitua Roxin (1997, p. 192), entende-se “a disciplina que se ocupa da interpretação, sistematização, elaboração e desenvolvimento das disposições legais e opiniões da doutrina científica no campo do direito penal”. Seu principal campo de investigação é a teoria do fato punível, também denominada *teoria geral do delito*, que, mediante a abstração dos tipos concretos da Parte Especial, abarca os pressupostos gerais da ação punível.

Conquanto a investigação histórica permita encontrar traços de sistematização em obras de alguns práticos do direito comum, a formulação do conceito de crime, hoje aceito, quase unanimemente, como *ação típica, antijurídica e culpável*, é resultado de paciente e profundo trabalho científico-sistemático que, iniciado em fins do século XIX, desenvolveu-se intensamente ao longo do século passado, e continua a evoluir. O estudo dessa história dogmática evidencia fases que, animadas por concepções filosóficas distintas e marcadas pela influência dos fatores sociológicos próprios de cada época, ensejaram, na essência, a construção de três sistemas que os estudiosos costumam reunir sob a nomenclatura de *conceito clássico de delito*, *conceito neoclássico de delito* e *conceito finalista de delito*. Nenhum desses sistemas, porém, logrou suplantar, por completo, os demais, de sorte que hoje coexistem, nas diferentes direções empreendidas pela dogmática jurídico-penal do *pós-finalismo*, concepções provenientes de todos.

A opinião predominante na dogmática recente move-se no sentido de alcançar, segundo escreve Gallas (1959, p. 64), “uma síntese entre os novos impulsos que devemos ao finalismo e certas conclusões irrenunciáveis da fase anterior de desenvolvimento de nossa ciência, determinada por um pensamento valorativo e teleológico”.

Caracteriza-se, pois, o direito penal, na atualidade, como resume Chaves Camargo (2002, p. 33), pelo “ecletismo das correntes que predominam na dogmática jurídico-penal”, para completar, com apoio em Silva Sanches, que:

[...] este ecletismo torna duvidosa, muitas vezes, a aceitação de formas dogmáticas, por referir-se a considerações axiológicas, de influência neokantiana, ou como tópicos soluções *ad hoc*, que decorre da crítica contra a dogmática dedutivo-abstrata, do clássico. Há, ainda, referências ontológicas e postulados de política criminal. (CAMARGO, 2002, p. 33)

2 A teoria da imputação objetiva – considerações preliminares

Afasto-me, para logo, o equívoco de pensar que a expressão “imputação objetiva” esteja a se referir à responsabilidade penal objetiva, isto é, à possibilidade de responder o sujeito pelo resultado, desde que presente a relação de causalidade entre este e a conduta daquele, independentemente da verificação do dolo ou da culpa.

Trata-se, em verdade, de construção teórica que procura explicar quando e como determinado evento típico pode ser juridicamente atribuído a alguém. A nomenclatura mais correta, aliás, é *imputação ao tipo objetivo*. Se assim é, convém, antes de mais nada, um exame do valor semântico da expressão.

O vocábulo imputação, derivado do latim *imputatio*, de *imputare* (levar em conta, atribuir), significa:

[...] a declaração ou atribuição, que se faz, de que a ação pertence a uma pessoa ou foi praticada pela mesma. Nesse sentido, quer significar o ato pelo qual se declara que alguém, como autor ou causador de uma ação, como efeito, de que é causa, deve responder pelas consequências da mesma ação. (DE PLÁCIDO E SILVA, 1967, p. 802)

Pode-se, pois, afirmar, com Mir Puig (apud GRECO, 2000, p. 10), que “imputação é a valoração de algo como atribuível a alguém”.

A consideração do que seja tipo objetivo, por sua vez, demanda um exame, ainda que sumário, do conceito de tipo, e de como se desenvolveu sua estruturação na dogmática jurídico-penal.

O conceito de tipo, como elemento autônomo dentro da estrutura conceitual de crime, deve-se a Ernst von Beling que, em 1906, na obra *Die Lehre vom Verbrechen*, o expôs como o conjunto dos elementos descritivos do fato punível, contido na lei². No sistema *clássico de delito*, calcado na concepção

² A obra foi, posteriormente, suplementada e alterada, em alguns aspectos, pelo próprio autor, com um opúsculo intitulado *Die Lehre vom Tatbestand*, de 1930.

causal-naturalista de ação, o tipo assumiu uma característica marcadamente objetiva. Era ele compreendido como a descrição puramente externa e objetiva, desprovida de qualquer predicado de valor, do desenrolar de uma conduta prevista na lei penal.

Já no sistema *neoclássico de delito*, embora ainda alicerçado no conceito *causal-naturalista de ação*, surgiram profundas modificações no âmbito da tipicidade. A descoberta dos *elementos normativos do tipo*, que encerram um conteúdo de valor, e o reconhecimento dos *elementos subjetivos do injusto* afastaram completamente a formulação clássica de que a tipicidade revestia características exclusivamente descritivas e objetivas³. O tipo já não mais se entendia, como na formulação clássica, como a descrição puramente externa, objetiva, da ação, desprovida de qualquer predicado de valor. Converteu-se, então, em *tipo de injusto*, contendo, não poucas vezes, elementos normativos e elementos subjetivos. Por isso escreve Juarez Tavares (1980, p. 40) que “a verificação no delito de elementos normativos do tipo e das características subjetivas do injusto veio a contribuir decisivamente para decretar a falência do conceito de tipo de Beling”.

As modificações já delineadas pelo sistema *neoclássico* se aperfeiçoaram, de modo revolucionário, com a doutrina *finalista* da ação, formulada por Hans Welzel, em 1931. Definiu-a o penalista alemão, como “o exercício de uma atividade finalista”, elevando a vontade à condição de “espinha dorsal da ação”. Já não se concebe a conduta humana sem o seu elemento característico, fundamental, a intencionalidade, isto é, sem o seu finalismo. “Esse finalismo”, escreve Assis Toledo (1994, p. 227), “o elemento intencional, inseparável da ação, é o seu elemento direcional, é, em resumo, o dolo”.

O tipo, na concepção finalista, é representado como *ação tipificada*. Por outras palavras, constitui a formalização jurídico-penal dos componentes

³ Juarez Tavares (1980, p. 38) indica que os elementos normativos do tipo foram descobertos por Max Ernst Mayer, Edmund Mezger e Max Grünhut. Atribui-se a H. A. Fischer o descobrimento, no âmbito do direito privado, de elementos subjetivos que poderiam influir na definição de injusto, em obra publicada em 1911. O fenômeno já fora observado, na esfera do direito penal, por Johannes Nagler (1911) e por Alexander Graf zu Dohna (1905). Pouco depois, quase simultaneamente, Alfred Hegler e Max Ernst Mayer produziram a ordenação sistemática desses elementos. Deve-se a Edmund Mezger o desenvolvimento pleno da teoria dos elementos subjetivos do injusto (JESCHECK, 1981, v. 1, p. 435, e, mais detalhadamente, BRUNO, 1967, v. 1, p. 361, nota 7).

da ação proibida. “O ordenamento jurídico deve concretizar suas disposições penais, isto é, deve descrever objetivamente a conduta que proíbe: matar, furtar, cometer adultério, etc. Deve especificar a ‘matéria’ de suas proibições”, anota Welzel (2001, p. 49; 1970, p. 74). O tipo é precisamente essa descrição, objetiva, material, da conduta proibida. Mas, desde que a missão do tipo seja exatamente a caracterização da conduta proibida, e considerando que a finalidade da conduta, isto é, o dolo, integra o conceito da conduta, então o dolo deve pertencer ao tipo, como de resto todos os demais elementos subjetivos do injusto.

Nesse caso, resume Maurach (1966, p. 31), “o tipo se converte em um *fenômeno complexo*. Está integrado por uma parte *subjetiva* e outra *objetiva*. A parte subjetiva do tipo forma seu componente *final*, a parte objetiva é seu componente *causal*, sendo o componente causal dominado e dirigido pelo componente final”.

Nos crimes dolosos, essas duas partes são o *tipo subjetivo* e o *tipo objetivo*. Este último representa a manifestação exterior da vontade. Nas palavras de Welzel (1970, p. 93), “o delito não é unicamente a vontade má, senão a vontade má que se realiza num fato. O fundamento material de todo delito é a concretização da vontade em um fato externo”.

Núcleo do *tipo objetivo* é a conduta delituosa (ação ou omissão), definida por um verbo (matar, ofender, subtrair, apropriar-se etc.), a que se agregam outros elementos secundários ou complementares, isto é, todas as demais características que o legislador conferir como indispensáveis à identificação do crime. Assim são o objeto material (*v.g.*, no furto, no roubo, no tráfico ilícito de entorpecentes) e o resultado (nos crimes materiais) e ainda de outras circunstâncias relativas ao tempo (*v.g.*, no homicídio privilegiado, no infanticídio, no furto noturno), ao lugar (*v.g.*, no ato obsceno), ao meio (*v.g.*, no homicídio qualificado, art. 121, § 2º, III) e ao modo de execução (*v.g.*, no homicídio qualificado, art. 121, § 2º, IV), ao autor (*v.g.*, no infanticídio, no peculato), à vítima (*v.g.*, no infanticídio, na exposição ou no abandono de recém-nascido) e ao bem jurídico (*v.g.*, na violação de direito de autor).

O *tipo subjetivo* compõe-se, necessariamente, do dolo, como elemento subjetivo geral, e, eventualmente, de intenções ou tendências, como elementos subjetivos especiais (elementos subjetivos do tipo ou do injusto), presentes em determinados delitos (furto, roubo, estelionato etc.).

Feitas essas considerações, já é possível esboçar uma noção do que seja a teoria da imputação ao tipo objetivo. Trata-se de uma construção teórica que pretende estabelecer os fundamentos jurídicos que permitam atribuir

a alguém a realização do tipo objetivo, sem recorrer ao exame do tipo subjetivo, isto é, estabelecer as bases da imputação no plano exclusivamente objetivo do tipo.

3 O nexó de causalidade

Como já se consignou no item 1 deste artigo, a investigação histórica da dogmática jurídico-penal evidencia fases que, animadas por concepções filosóficas distintas e marcadas pela influência dos fatores sociológicos próprios de cada época, ensejaram, na essência, a construção de três sistemas reunidos, costumeiramente, pelos estudiosos costumam sob a nomenclatura de *conceito clássico de delito*, *conceito neoclássico de delito* e *conceito finalista de delito*, com o propósito de fornecer subsídios para a solução dos mais intrincados problemas que desafiam a intervenção do direito penal.

Dentre esses problemas, avulta, como um dos mais antigos, obscuros e controversos, o que diz respeito à relação de causalidade, isto é, ao elo entre a conduta humana e o resultado típico, à aferição da “causa” do resultado.

Mas, como também já se anotou no item 1 deste artigo, nenhum daqueles sistemas logrou suplantar, por completo, os demais, de sorte que hoje coexistem, nas diferentes direções empreendidas pela dogmática jurídico-penal do *pós-finalismo*, concepções provenientes de todos. Naturalmente, a relação de causalidade não poderia permanecer refratária a esse dinamismo doutrinário. É justamente na discussão teórica do nexó de causalidade que se apresenta, com maior visibilidade, a teoria da *imputação ao tipo objetivo*. O tema objeto deste artigo está, pois, essencialmente ligado ao estudo da relação de causalidade. Essencialmente, mas não exclusivamente, como se verá.

3.1 Resultado jurídico e resultado natural

Convém, portanto, um exame do tema relacionado ao nexó de causalidade, e das teorias formuladas para a sua explicação. Iniciar-se-á este breve estudo com uma distinção que se afigura essencial ao propósito aqui estabelecido: resultado jurídico e resultado natural.

O crime é, essencialmente, uma conduta humana: *nullum crimen sine conduta* (ou, *nullum crimen sine actione*). Resultado, pode-se afirmar, é a consequência dessa conduta. Sob o prisma jurídico, ou normativo, resultado é a lesão ou a ameaça de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal. Sob esse aspecto, não há crime sem resultado. Na doutrina pátria, dizia Nelson Hungria (1942, v. 1, p. 13):

[...] a toda ação ou omissão penalmente relevante corresponde um *eventus damni* ou um *eventus periculi*, embora, às vezes, não seja perceptível pelos sentidos (como, por exemplo, ‘a ofensa à honra’, no crime de *injúria*) [...] todo crime produz um dano (real, efetivo) ou um perigo de dano (relevante possibilidade de dano, dano potencial), isto é, cria uma alteração no mundo externo que afeta à existência ou à segurança do bem ou interesse que a lei protege com a *ultima ratio* da sanção penal.

Sob o prisma natural (ou naturalístico), resultado é a modificação provocada no mundo exterior pela conduta. Nem todo crime, porém, produz um resultado naturalístico, porque há infrações penais que se aperfeiçoam sem a necessidade de uma modificação física, e outras que não produzem alteração alguma no mundo natural. Costuma-se, então, classificar os crimes em: a) *materiais*; b) *formais*; e c) *de mera conduta*. Os *crimes materiais* são aqueles em que o tipo descreve um resultado natural e exige a sua produção para que se consume (v.g., o homicídio). Os *crimes formais* são aqueles em que o tipo descreve um resultado natural, mas não exige a sua realização para que se consume, sendo por isso também chamados de *crimes de consumação antecipada*, pois a lei antecipa o momento consumativo, não aguardando a efetiva produção do resultado natural (v.g., o crime de concussão). Os tipos que descrevem os *crimes formais* são chamados de *tipos incongruentes*, uma vez que neles há um descompasso entre a finalidade pretendida pelo sujeito ativo e a exigência típica. Os *crimes de mera conduta* são aqueles em que o tipo não descreve um resultado natural, mas apenas a conduta, sendo por isso também chamados de *crimes de (simples) atividade* (v.g., ato obsceno ou da desobediência).

3.2 A teoria da equivalência dos antecedentes

Posta a distinção entre resultado jurídico (ou normativo) e resultado natural (ou naturalístico), volta-se ao exame do nexos de causalidade ou relação de causalidade. Nexos causal é a ligação concreta, física, material e natural que se estabelece entre a conduta do sujeito e o resultado naturalístico, por meio do qual se pode verificar se aquela (a conduta) é, ou não, causa deste (resultado).

Tenha-se presente que essa verificação atende exclusivamente às leis da física, mais especificamente, da causa e efeito, sem nenhum tipo de indagação atinente ao aspecto subjetivo, à finalidade que anima a conduta do sujeito, isto é, se desejava, ou não, a produção do resultado. Vale

dizer, não se perquire, nesta fase, sobre o dolo ou a culpa do sujeito. Relação de causalidade, pois, é a relação de causa e efeito entre a conduta humana e o resultado naturalístico.

Diversas foram as teorias formuladas, no âmbito da dogmática jurídico-penal, para explicar essa relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. Interessa a este estudo, para logo, o exame da teoria da equivalência dos antecedentes, também conhecida como teoria da *conditio sine qua non*, porque adotada por diversas legislações e, tradicionalmente, pelo direito positivo brasileiro.

Ensinam os estudiosos que a teoria foi primeiramente apresentada pelo processualista austríaco Julius Glaser, em 1858, que propôs uma fórmula de supressão mental das ações para determinar-se se são, ou não, causas do resultado. A teoria foi, posteriormente, desenvolvida pelo magistrado do Tribunal Supremo do *Reich*, Maximilian von Buri, que cuidou de introduzir na jurisprudência alemã sua fórmula de relação causal, estabelecendo que é causa do resultado toda condição da qual dependeu sua produção, independentemente da sua maior ou menor proximidade ou importância, mas todas equivalentes (CAMARGO, 2002, p. 47-48; TAVARES, 2000, p. 210-211).

Como já assinalado, essa é a concepção tradicionalmente acolhida no direito positivo brasileiro. Soa, com efeito, o art. 13, *caput*, do Código Penal: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Assim também dispunha o art. 11, *caput*, do Código Penal de 1940.

Por essa formulação, portanto, toda e qualquer conduta (ação ou omissão) que, de algum modo, ainda que minimamente, haja contribuído para a produção de determinado resultado, deva ser considerada causa desse resultado. Tudo aquilo que, excluído da cadeia de causalidade, ocasionar a eliminação do resultado (procedimento de supressão mental hipotética), deve ser considerado como sua causa, pouco importando se, isoladamente, tinha ou não idoneidade para produzi-lo. Não há, pois, para essa concepção, distinção alguma entre causa, concausa, condição, ocasião etc..

A doutrina da equivalência dos antecedentes, de forte inspiração naturalista, mostrou-se insuficiente para a solução de diversas situações concretas, sobretudo aquelas relacionadas com os chamados cursos cau-

sais anômalos (ou improváveis)⁴. No entanto, a crítica mais severa que se dirige a essa construção refere-se à sua extrema amplitude, que pode levar ao chamado *regressus ad infinitum* quando se examina a relação de causalidade (natural) de determinado acontecimento, uma vez que sempre haverá uma causa que provoca o resultado posterior (uma causa de um resultado é precedida de outras que, em uma cadeia causal, sucedem-se nos fenômenos da natureza, em uma série infinita de causas). Assim, sob o prisma estritamente naturalístico, é forçoso admitir-se que o fabricante da arma de fogo, e o comerciante que a vendeu ao homicida contribuíram (foram causa natural) para o crime por este cometido (há quem considere que mesmo os pais do homicida, por havê-lo concebido, seriam também causadores do resultado).

As soluções propostas para obviar a amplitude da teoria da equivalência das condições procuram excluir o nexo causal no âmbito da tipicidade. Assim, no direito pátrio, o rigor da equivalência é atenuado nas hipóteses de superveniência de causa relativamente independente da conduta. Dispõe o art. 13, § 1º, do Código Penal: “A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.”. Semelhante era a redação do parágrafo único do art. 11 do Código Penal de 1940 (TAVARES, 2000, p. 216).

De outra banda, à configuração da tipicidade não basta o nexo causal. Exige-se, ainda, o chamado nexo normativo, assentado sobre a existência de dolo ou culpa (quando admitida) no atuar do sujeito. Como escrevia Magalhães Noronha (1982, p. 129-130),

⁴ Citam os autores, ente eles, as seguintes situações: a) a *causalidade alternativa*: ocorre quando duas ou mais causas concorrem para o resultado, sendo cada qual suficiente, por si só, para a sua produção (A e B, independentemente e sem conhecimento recíproco, ministram veneno na alimentação de C. Este morreria com a dose de A ou de B. Logo, excluindo-se cada causa, o resultado teria ocorrido); b) a *causalidade alternativa com doses insuficientes*: no exemplo citado, qualquer das doses seria, por si só, insuficiente para a produção do resultado; c) *interrupção de cursos causais salvadores*: é o caso daquele que impede que um bote alcance pessoa que está se afogando, vindo esta a morrer. A dificuldade está em fundamentar a causalidade da atuação, pois não houve uma força atuante no sentido da vítima, uma vez que a causa específica do resultado (morte) foi a água; d) *desvio do curso causal*: o ladrão principiante, trêmulo e inseguro, aponta um estilete para um homenzarrão forte e anuncia o assalto. A vítima, surpreendentemente, apavora-se, sofre um infarto e morre.

[...] claro é que a teoria da equivalência dos antecedentes se situa exclusivamente no terreno do elemento *físico* ou *material* do delito, e por isso mesmo, por si só, não pode satisfazer à punibilidade. É mister a consideração da *causalidade subjetiva*; é necessária a presença da *culpa* (em sentido amplo), caso contrário haveria o que se denomina *regressus ad infinitum*: seriam responsáveis pelo resultado todos quantos houvessem física ou materialmente concorrido para o evento.

Cabe salientar, nesse passo, que a tipicidade de determinado fato somente se verifica quando reunidos todos os seus elementos – objetivos e subjetivos. Não basta, assim, a demonstração da causalidade física (objetiva), entretanto, exige-se a comprovação da causalidade subjetiva (ou nexos normativo), isto é, a presença do dolo ou da culpa. É o que se extrai do disposto nos arts. 18 e 19 do Código Penal. Nos termos do pensamento finalista: o tipo encerra um *fenômeno complexo*. Está integrado por uma parte *subjetiva* e outra *objetiva*.

4 Antecedentes históricos da teoria da imputação objetiva

As tentativas de corrigir os excessos decorrentes da adoção da teoria da equivalência das condições fizeram surgir outras construções com o propósito de estabelecer a relação de causalidade no âmbito penal. De todas elas, convém um rápido exame de duas propostas, apontadas como as principais: a teoria da causalidade adequada e a teoria da relevância.

4.1 Teoria da causalidade adequada

A teoria da causalidade adequada, ou teoria da adequação, é atribuída ao médico e fisiólogo alemão Joannes von Kries que, entre 1886 e 1888, pretendeu solucionar os problemas da teoria anterior (da equivalência), sobretudo aqueles relacionados à sua amplitude. Antes, porém, Ludwig von Bar já havia proposto a teoria da regra de vida (1871), que é idêntica à teoria da adequação.

Em verdade, o propósito da teoria da adequação não foi substituir a teoria da equivalência dos antecedentes, mas sim corrigir as críticas que lhe eram dirigidas, restringindo o seu conceito de causa. Por isso, como escreve Juarez Tavares (2000, p. 219), “não é propriamente uma teoria da relação causal, mas uma teoria da imputação, porque pretende limitar a causalidade natural, segundo parâmetros juridicamente aceitáveis”.

Se, para a teoria da equivalência, causa é toda condição do resultado, para a teoria da adequação, causa será, unicamente, a *condição adequada do resultado*, isto é, aquela condição “que, segundo as relações comuns da vida social, possua idoneidade genérica para produzir tais lesões”⁵. Ou, mais sinteticamente, causa é a condição que, conforme a experiência, é adequada ao resultado produzido. Por outras palavras, causa é a condição que produza o resultado de modo previsível. As condições imprevisíveis do resultado não são causa em sentido jurídico.

A questão da previsibilidade (probabilidade) do resultado, para determinar-se a *causa adequada*, é avaliada segundo um critério objetivo denominado *prognose posterior objetiva* (ou *prognose póstuma-objetiva*, ou *prognóstico posterior-objetivo*), proposto por Max Rumelin:

[...] será previsível tudo aquilo que um homem prudente, dotado dos conhecimentos médios adicionados aos conhecimentos especiais de que o autor porventura disponha, no momento da prática da ação (isto é *ex ante*) entenda como tal. Logo, para que se examine se uma ação (por ex., mandar o tio a uma viagem de avião) é ou não causa adequada do resultado (morte em atentado terrorista), basta que se pergunte se um homem prudente, colocado na posição do autor, teria a possibilidade de prever o resultado. É claro que, neste exemplo do atentado terrorista, inexistirá causalidade, por inexistência de previsibilidade. Contudo, se o autor soubesse do atentado, o juízo de previsibilidade objetiva deveria ser formulado partindo-se também destes conhecimentos especiais. A resposta, portanto, seria outra: o autor teria causado o resultado. (GRECO, 2000, p. 26)^{6, 7}

⁵ Esta é a formulação da teoria por seu criador, Von Kries (GRECO, 2000, p. 25).

⁶ Noticia Luís Greco (2000, p. 23-25) que, embora consolidada na doutrina e na jurisprudência alemãs, a teoria da equivalência dos antecedentes levava a sérias injustiças, sobretudo nos casos dos chamados crimes qualificados pelo resultado. Antes da reforma penal de 1953, para que alguém respondesse por lesões corporais seguidas de morte, bastava que houvesse praticado dolosamente a primeira ação, causando – mesmo sem dolo ou culpa – o resultado qualificador. Aquele que ferisse dolosamente a vítima que viesse a falecer por causa de um acidente com a ambulância responderia pelo crime qualificado pelo resultado: lesões corporais seguida de morte. Para evitar uma tal punição sem culpa, a teoria da adequação começou a ganhar adeptos na doutrina. Hoje, após a reforma legislativa e o desenvolvimento de uma teoria da imputação, possui ela reduzido número de defensores.

⁷ Ao tratar de aplicar a adequação aos crimes qualificados pelo resultado, exemplifica Juarez Tavares (2000, p. 220): “nos delitos qualificados pelo resultado, o resultado mais grave –

As críticas que se apresentam com maior vigor em relação a essa proposta residem na dificuldade de se estabelecer critérios seguros para a determinação do juízo de previsibilidade, e na negação da causalidade de ações inadequadas, que muitas vezes se constata empiricamente. Como resume Luís Greco (2000, p. 26-27):

[...] negar a causalidade neste exemplo do atentado terrorista é ir longe demais, uma vez que aqui bem existe nexo causal entre ação e resultado; este nexo causal, unicamente, é irrelevante para o Direito, porque inadequado. Daí porque a doutrina moderna recusa a adequação enquanto teoria da causalidade, para considerá-la uma teoria da imputação.

4.2 Teoria da relevância

A teoria da relevância foi proposta, em 1921, por Edmund Mezger, que, sem abandonar o conceito científico geral de causalidade, pretendeu distingui-lo do conceito de responsabilidade. A causalidade, que é um conceito lógico pertencente à ciência em geral, tem, na equivalência das condições, a relação entre o agir e o resultado. Esse nexos material, contudo, não conduz, por si só, à responsabilidade jurídico-penal, por não significar a equivalência jurídica.

Na concepção de Mezger (apud GRECO, 2000), a teoria da equivalência dos antecedentes está correta para a constatação da causalidade. Causa é mesmo toda condição do resultado. Todavia, ainda que reconhecido que determinado fator é causa, nem por isso terá ele relevância para o direito.

O problema da teoria da equivalência é “igualar, erradamente, nexos causal e nexos de responsabilidade” (p. 116). O que os tipos entendem por causa vai além do sentido que a teoria da equivalência atribui a esta palavra. Para o direito penal, só será típica a causação que se puder dizer relevante (p. 122). “O fato de todas as etapas de uma cadeia causal serem causalmente equivalentes não implica em sua equivalência jurídica” (p. 122) Causa típica é a condição relevante do resultado. (MEZGER apud GRECO, 2000, p. 28-29)

como a morte no latrocínio – deve ser produzido pela violência empregada pelo agente e não decorrer de fato geral ou de um enfarte da vítima, salvo se o agente conhecia a circunstância de ser ela também cardíaca ou isto pudesse ser objetivamente previsível em face de suas reações ou estado emocional”.

Na apuração do que seja relevante para a produção do resultado, seguindo a teoria anterior (da adequação), Mezger afastou, porque irrelevante, tudo aquilo que for imprevisível ao homem prudente, situado no momento da prática da ação. Só o objetivamente previsível é causa relevante de um resultado. Mas, não para aí: Mezger ainda acrescentou outro critério: a *interpretação teleológica dos tipos*. Nesse caso, as condições que determinaram o resultado devem ser analisadas com relação ao tipo penal, para verificar-se quais sejam relevantes para o direito penal. Será o *telos* específico de cada tipo da Parte Especial que explicitará o que seja relevante, ou não. Assim, no famoso caso da inundação – o autor joga um balde de água nas torrentes que acabam de estourar a represa e avançam sobre a cidade – o autor certamente teria causado o resultado em sua forma concreta (a inundação com X litros de água) e o teria feito de modo objetivamente previsível. Contudo, o fato de jogar um balde de água em uma inundação não pode ser considerado relevante em face do tipo de inundação (MEZGER apud GRECO, 2000, p. 29-30).

Em resumo, segundo essa doutrina, deve-se fazer a determinação do nexo de causalidade mediante a da teoria da equivalência das condições, mas a imputação do resultado somente se pode efetivar com base na relevância jurídica da respectiva cadeia causal, observando-se a finalidade da norma e os caracteres de cada tipo penal.

Apontam os autores que a deficiência do pensamento de Mezger foi considerá-lo como um problema a ser resolvido na Parte Especial, deixando de desenvolver o que havia de universal e válido na sua construção, isto é, deixando de chegar até uma teoria geral da imputação. Reconhece-se-lhe, porém, o mérito de distinguir entre o problema naturalístico (causalidade) e o jurídico (imputação), o que não havia sido feito pela teoria da adequação (que confundia essas etapas), e, além disso, o de, ao recorrer à interpretação dos tipos, inscrever-se como precursor da moderna teoria da imputação, desenvolvida principalmente por Claus Roxin e seus seguidores.

5 As origens da teoria da imputação objetiva

Apontam os estudiosos que a teoria da imputação objetiva tem origem nas obras de Karl Larenz e de Richard Honig, respectivamente, de 1927 e 1930, cujas proposições mergulharam em um período de letargia que durou pouco mais de quatro décadas, até que, no início dos anos 1970, foram resgatadas pelos estudos de Claus Roxin e de Enrique Gimbernat Ordeig, apontados

como os responsáveis pelo impulso que culminou com sua aceitação na Europa, sobretudo na Alemanha e na Espanha⁸.

5.1 A teoria de Karl Larenz

O civilista e jusfilósofo Karl Larenz foi buscar na filosofia de Hegel os fundamentos para uma teoria de imputação⁹. A sua construção tem como fundamento a vontade do ser racional, que pode reconhecer o efeito de determinadas causas, prevendo as consequências e fixando a direção desejada de acordo com sua finalidade. Hegel reconhecia a imputação somente nos fatos causados dolosamente. Larenz procurou corrigir a estreiteza dessa concepção, admitindo, na sua teoria, a possibilidade de ser dirigido o curso causal a evitar-se o resultado e, portanto, o produzido no âmbito da culpa em sentido estrito. Mas o conceito de finalidade não pode ser compreendido senão de modo objetivo, isto é, não se pode imputar somente aquilo que foi conhecido e querido pelo ser racional, mas também aquilo que poderia ser conhecido e compreendido pela vontade. Logo, torna-se possível imputar, como obra da pessoa, aquelas consequências compreendidas na finalidade objetiva da ação, isto é, tudo aquilo que for *objetivamente previsível*.

Em resumo, Larenz erigiu, como critério de imputação, a possibilidade de previsão, isto é, a previsibilidade. Mas a previsibilidade não apreciada do ponto de vista subjetivo do autor concreto, mas, sim, objetivamente, pela pessoa, pelo ser racional. *As consequências objetivamente previsíveis são, portanto, atribuíveis à pessoa, enquanto ser racional.*

⁸ Nesse sentido, vejam-se, entre outros: Greco (2000, p. 14-23); Camargo (2002, p. 61 e ss.); e Rocha (2001, p. 53 e ss.).

⁹ A esse respeito, destaca-se que, “Para Hegel, a liberdade é inerente ao homem enquanto sujeito racional. Essa liberdade manifesta-se no mundo através da vontade, da vontade livre, da vontade moral. A vontade, por sua vez, exterioriza-se sob forma de uma ação. A ação é, portanto, uma objetivação da vontade. A vontade tem o poder de controlar os cursos causais em determinado sentido, de maneira que o resultado de todo esse empreendimento pode-se considerar, ao final, como obra do sujeito. É a vontade que anima as nossas ações, é ela que faz de uma ação uma ação [...] Se a ação é, em essência, a vontade, o que estiver contido nessa vontade é atribuível ao sujeito. Aparece aqui a idéia de finalidade: são imputadas aquelas consequências que formam um todo com a ação, a qual é dominada por uma finalidade. O acaso, obviamente, será aquilo que não está compreendido na vontade, na finalidade. É acaso tudo aquilo que for estranho à vontade, que não for conhecido [...] O que estiver compreendido na vontade do agente é um ato seu, o que ali não se encontrar é acaso, não lhe podendo ser imputado” (GRECO, 2000, p. 16-17).

Fica, assim, afastada qualquer responsabilidade do agente por fato decorrente de um acidente.

Como observa Luís Greco, exatamente por formular uma teoria de ação (a imputação determina o que é obra, ação de um sujeito), o trabalho de Larenz influenciou de modo decisivo os debates em torno do conceito de ação. Aliás, a formulação da teoria finalista da ação foi marcadamente influenciada pela teoria da imputação de Larenz, cuja afinidade teria sido apontada pelo próprio Hans Welzel. Assim, por paradoxal que possa parecer, pode-se afirmar que a “teoria finalista da ação e a imputação objetiva tal como a conhecemos hoje são irmãs, ambas filhas da teoria da imputação de Larenz (GRECO, 2000, p. 19-20).

5.2 A teoria de Richard Honig

Alguns anos mais tarde, em 1930, Richard Honig, no sentido de uma revisão da teoria de Karl Larenz, trouxe para o campo do direito penal a ideia da imputação objetiva. Honig, ao se afastar deliberadamente de elucubrações filosóficas, sustentou construir seu modelo partindo da Teoria Geral do Direito. Na visão de Greco (2000, p. 21, grifo do original):

O comportamento humano é uma exteriorização da vontade. É através da vontade que o homem intervém na natureza, controlando os cursos causais para atingir seus fins. Contudo, a vontade aqui não deve ser compreendida em termos subjetivos, como aquilo que o autor almejava, e sim em termos objetivos, como aquilo que podia ter almejado. Logo, esta direção objetiva da vontade é a peça-chave no juízo de imputação: Como é justamente a intervenção orientada a um fim que constitui a essência do comportamento humano, *a dirigibilidade objetiva a um fim* é o critério para a imputação de um resultado e, portanto, para o distinguir de um acontecimento fortuito. *Será imputável aquele resultado que se possa considerar dirigido a um fim.*

A teoria da imputação de Honig, assim como a de Larenz, é uma teoria da ação, mas, para aquele estudioso, de uma ação típica. “Se a atuação da vontade não é típica, ela sequer é uma ação no sentido que interessa ao direito penal”, diz Honig (apud GRECO, 2000, p. 21). O principal mérito da obra de Honig é a clareza com que distingue a questão ontológica (causalidade) da questão normativa, axiológica (imputação). Por fim, como salienta Luís Greco (2000, p. 22),

[...] o fato de vislumbrar na teoria da imputação uma teoria não da ação, como queria Larenz, mas da ação típica, e a recusa de fundamentar sua concepção na filosofia hegeliana abrem a possibilidade de que se funcionalize a teoria considerações que dizem respeito aos fins do Direito Penal. E é justamente isso que fará Roxin, no fundamental estudo de 1970 – dedicado a Honig – no qual faz nascer a moderna teoria da imputação objetiva.

6 Critérios da teoria da imputação objetiva

Como já consignado anteriormente, no item 3.2, a doutrina da equivalência dos antecedentes, de forte inspiração naturalista, mostrou-se insuficiente para a solução de diversas situações concretas, sobretudo aquelas relacionadas com os chamados cursos causais anômalos (ou improváveis). Mas a crítica mais severa que se dirige a essa construção é a sua extrema amplitude, que pode levar ao chamado *regressus ad infinitum*.

As soluções propostas para obviar a amplitude da teoria da equivalência das condições procuram excluir o nexo causal no âmbito da tipicidade. Mas os corretivos fundados em regras legisladas, como a do art. 13, § 1º, do Código Penal brasileiro, ou na consideração do nexo normativo (ou causalidade subjetiva), como limitadores da causalidade natural, não satisfizeram à doutrina. Por considerarem essas construções pouco convincentes, os estudiosos do direito penal lançaram-se a buscar, ao lado da causalidade mecânica ou ontológica (natural), um modo de imputar o resultado ao autor de uma conduta típica com base em um conceito jurídico (e não físico) de causalidade.

É nesse contexto que se insere a teoria da imputação objetiva. Com a finalidade de lançar objetivamente as bases de uma responsabilidade pessoal e não apenas causal, buscou ela estabelecer critérios normativos que pudessem fundamentar a imputação em relação a um resultado típico, conforme os fins de proteção da norma e o alcance do tipo de injusto.

Registre-se, então, que a teoria da imputação objetiva não se presta a substituir a teoria da equivalência dos antecedentes, isto é, não veio à luz para resolver o problema da causalidade natural. Ao contrário, salvo algumas exceções, sustentam os estudiosos que a verificação da causalidade (natural) continua sendo necessária. Nos chamados crimes *materiais* (ou *de resultado*) – em que a existência do crime depende da produção de um resultado natural – segue-se estabelecendo, sempre, antes de analisar a realização da imputação objetiva, a causalidade. A causalidade natural constitui, assim, um pressuposto da imputação objetiva. É necessária, mas não suficiente, à imputação

do resultado ao seu autor. Nesses casos, comprovado o requisito da causalidade, chega o momento de verificar a sua relevância desde o ponto de vista normativo, isto é, a relação de imputação objetiva.

Conquanto não inteiramente acabada, visto que há, ainda, desacordos na doutrina sobre os pontos em que se assenta, pode-se afirmar que a comprovação da relação de imputação objetiva exige as seguintes condições: a) *a criação de um risco juridicamente desaprovado*; e b) *a realização (ou concretização) desse risco no resultado*.

6.1 Criação de um risco desaprovado – as situações de exclusão da imputação

A missão do direito penal é a proteção subsidiária dos bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade. Sua função é, assim, eminentemente preventiva e preventivo-geral, uma vez que objetiva prevenir lesões a bens jurídicos. O tipo, a estrutura conceitual que determina o que é, em princípio, proibido, não pode isolar-se dessa missão do direito penal: ele tem uma função eminentemente preventivo-geral. O tipo incorpora o imperativo, a normal penal, que é, portanto, um comando, uma norma de determinação. Assim, *se o direito penal proíbe condutas para proteger bens jurídicos, é óbvio que só fará sentido proibir condutas que, de alguma forma, os ameacem, em outras palavras: condutas perigosas*.

Mas nem todos os comportamentos perigosos são proibidos pelas normas penais. O cotidiano é repleto de condutas que geram riscos altamente significativos, ou, na terminologia da imputação objetiva, *juridicamente relevantes*. A quantidade anual de óbitos no trânsito é mais do que prova do perigo inerente a essa atividade. Igualmente, a fabricação e a comercialização de armas de fogo são permitidas dentro de certas condições (restrições), ainda que se considere que armas são artefatos perigosos, com vocação para destruir bens jurídicos. Os exemplos poderiam multiplicar-se. Proibir, simplesmente, a prática de toda ação perigosa congelaria a vida social, “transformaria o dia-a-dia em um museu” (WELZEL apud GRECO, 2000, p. 82)¹⁰, restringindo a liberdade dos cidadãos de modo absolutamente desproporcional ao ganho efetivo em proteção aos bens jurídicos. O direito penal objetiva a proteção

¹⁰ Imagem cunhada por Welzel, ao fundamentar a necessidade do conceito de adequação social.

de bens jurídicos, mas não a proteção a qualquer custo: só é político-criminalmente defensável proibir ações que, além de arriscadas, ultrapassem o *risco permitido*.

Então, por risco desaprovado deve-se compreender aquele que exacerba ou supera os limites do social e juridicamente tolerado, isto é, aquele que extravasa o limite aceitável de risco que se permite para cada atividade.

Assim, nos casos em que o resultado deriva de conduta amparada por risco que não ultrapassa os limites da normalidade (daquilo que é social e juridicamente admitido) não haverá imputação. Nesse passo, a teoria da imputação objetiva opera com alguns critérios adicionais, com força para excluir a imputação, quais sejam, a) o do *risco permitido*; b) o da *diminuição do risco*; e c) o da *ausência de incremento do risco*.

6.1.1 Risco permitido

Compreende-se como de *risco permitido* uma conduta que cria um risco juridicamente relevante, mas que, de modo geral (independentemente do caso concreto), está permitida. Assim, a imputação objetiva se exclui quando a ação que causalmente produziu o resultado, não supera os limites do risco permitido. Protótipo do risco permitido é a condução de veículos, observando-se as regras de trânsito. Incluem-se nesse âmbito, também, o tráfego aéreo, o fluvial, o funcionamento de instalações industriais (especialmente perigosas), as intervenções médico-curativas dentro do marco da *lex artis*, as práticas esportivas que implicam risco etc.

Assim, por exemplo, se “A”, obedecendo rigorosamente às regras de condução de veículos, vem a envolver-se em acidente de trânsito de que resulte a morte de “B”, não responderá por ela, ainda que, do ponto de vista estritamente natural, a tenha causado.

Questão fundamental salientada pelos doutrinadores é que o *risco permitido* exclui a tipicidade e não a antijuridicidade. E isso porque, um comportamento que gere um risco autorizado considera-se socialmente normal, não porque no caso concreto esteja tolerado em razão do contexto que se encontra, mas porque nessa configuração é aceito de modo natural.

Ressalte-se que a prática de comportamento que gera um *risco permitido* é resolvida, segundo os paradigmas da sistemática finalista, também pela exclusão da tipicidade, pela exclusão do nexu normativo, isto é, ausência de dolo ou de culpa em sentido estrito. A conduta do motorista “A”, não sendo informada pelo dolo, nem tampouco decorrente da inobservância do cuidado objetivo (não se houve o motorista “A” com imprudência, negligência ou imperícia), afasta a tipicidade.

6.1.2 Diminuição do risco

Exclui-se também a imputação objetiva, quando o agente, não tendo criado o risco, modifica o curso causal, de tal forma que a consequência seja mais favorável ao bem jurídico protegido, muito embora possa caracterizar um dano a esse mesmo bem jurídico. É a hipótese da *diminuição do risco*. O exemplo citado por Roxin é o do sujeito que, vendo uma pedra que voa perigosamente em direção à cabeça de outra pessoa, ainda que não possa neutralizá-la, somente logra desviá-la a uma parte do corpo que é menos perigosa. Apesar da causalidade, não comete lesão corporal. Outro exemplo, muito próximo, é citado por Juarez Tavares (2000, p. 225): “A” afasta, com um forte empurrão, o revólver de “B”, fazendo com que atinja o ombro, mas impedindo que alcance a cabeça de “C”. Embora o empurrão de “A” seja causal para a lesão no ombro de “C”, não lhe será imputada tal lesão, porque, com sua conduta, “A”, na verdade, *diminuiu o risco* de uma lesão bem maior do bem jurídico, que seria a morte de “C”. Um terceiro exemplo, oferecido por Chaves Camargo (2002, p. 73): um sujeito que empurra um deficiente físico que está prestes a atravessar uma rua e lhe causa, com a queda, lesões corporais, mas evita que seja atingido por um veículo que trafega normalmente, e que poderia matá-lo.

Em todas essas hipóteses, a despeito da causalidade material (física), exclui-se a imputação do resultado porque seria absurdo proibir ações que tão somente melhoram o estado do bem jurídico protegido.

Saliente-se que as hipóteses de *diminuição do risco* seriam, de regra, solucionadas pela doutrina tradicional desde o ponto de vista da antijuridicidade, aceitando-se um estado de necessidade justificante. Para a teoria da imputação objetiva, entretanto, o que se exclui é a tipicidade do fato, que, por isso, torna-se irrelevante para o direito penal. Mas, como escreve Chaves Camargo (2002, p. 34), “assim, a ação deve visar ao mesmo bem jurídico e ser do mesmo titular (§) Quando, ao contrário, a ação de diminuição de risco refere-se a bens jurídicos diversos ou de titularidade diferente, estamos diante de uma causa de justificação, relacionada com a antijuridicidade”.

6.1.3 Ausência de incremento do risco

Afasta-se, igualmente, a imputação ao tipo objetivo, quando o agente, ainda que não tenha diminuído o risco para o bem jurídico, tampouco o aumentou de modo juridicamente considerável, isto é, quando ocorrer *ausência de incremento do risco*. Juarez Tavares (2000, p. 226) explica que, para se apurar se houve ou não aumento do risco para o bem jurídico, dois critérios

devem ser utilizados: a) o da *capacidade do domínio do processo causal*; e b) o da *intangibilidade do risco*.

Os estudiosos indicam, desde Roxin, o famoso exemplo do sobrinho que, no momento em que se inicia uma tormenta, e desejoso de receber a herança do tio, envia-o a um bosque, na esperança de que lhe mate um raio, o que de fato acontece. Segundo leciona Juarez Tavares (2000, p. 226), “embora a conduta do sobrinho, no plano da causalidade psíquica, tenha sido causal para o resultado, este não lhe deve ser imputado, porque estava fora de seu domínio”. Chaves Camargo (2002, p. 76-77), por sua vez, afirma que “não há como estabelecer-se que houve a criação do risco ou incremento, pois a intenção homicida estava direcionada para algo impune” e acrescenta que, no mesmo âmbito se encontram diversas outras situações que, conquanto possam, excepcionalmente, dar lugar a um resultado lesivo, são normais na vida social (e, pois, juridicamente irrelevantes), como, por exemplo, passear à noite numa grande cidade, subir montanhas numa excursão, viajar de avião etc.. Como a provocação de uma conduta socialmente normal e geralmente não perigosa não pode estar proibida, não haverá uma ação tipicamente delitiva (no caso homicida), ainda que, excepcionalmente, tal ação seja causal a respeito de uma lesão de um bem jurídico protegido.

Outra situação em que não se reconhece o incremento do risco, e, pois, afasta-se a imputação, se verifica quando a atuação do agente não aumenta ou modifica um risco preexistente de modo a torná-lo efetivo. O exemplo sempre citado é o do sujeito que verte uma bacia de água em uma represa que apresenta forte vazamento, vindo a ocorrer uma inundação. Esta inundação não lhe pode ser imputada em face da insignificância de sua contribuição. “Aqui”, escreve Juarez Tavares (2000, p. 226-227), “vigora o critério da *intangibilidade*, quer dizer, a imputação não subsiste quando for de tal forma diminuta a participação no processo causal, que não se possa demonstrar a sua relevância”.

6.2 Realização (ou concretização) do risco desaprovado no resultado

O segundo requisito para se comprovar a relação de imputação objetiva é a exigência de que o resultado típico decorra do risco desaprovado, criado ou incrementado pelo autor. Por outras palavras, para que se impute ao autor a causação de um resultado, não basta que ele crie (ou aumente) um risco desaprovado (não autorizado) desse resultado; é necessário, ademais, que o resultado típico decorra precisamente desse risco desaprovado, criado ou incrementado pelo autor.

Em regra, a materialização do risco no resultado típico ocorre quando a conduta do agente provoca um risco desaprovado ao bem jurídico, ou quando incrementa esse risco. Todavia, pode ocorrer que, apesar da criação ou do incremento do risco indevido, o resultado típico provenha de outros fatores, em face de um *desvio causal*. São as hipóteses de cursos causais anômalos (ou improváveis). Nessas situações, exclui-se a imputação.

É o caso, por exemplo, da vítima de uma tentativa de homicídio que não morre por causa das lesões decorrentes desse atentado, mas durante um incêndio no hospital para o qual fora levada. A hipótese é tradicionalmente resolvida, no Direito brasileiro, pelo dispositivo do art. 13, § 1º, do Código Penal, que, ao cuidar da superveniência de causa relativamente independente da conduta, excepciona a regra da equivalência das condições.

Incluem-se, também, na hipótese de ausência de materialização típica do risco, os resultados que, embora advindos de condutas irregulares do agente, ocorreriam da mesma forma, caso o agente houvesse se conduzido de forma regular. Tome-se o exemplo citado por Juarez Tavares (2000, p. 229): “A” dirige em excesso de velocidade e vem a atropelar “B”, causando-lhe a morte, justamente porque a vítima atira-se contra o veículo em movimento. Mesmo que “A” dirigisse com velocidade moderada, seria impossível evitar o acidente, porque este se daria da mesma forma. Não será imputada, neste caso, a “A” a morte de “B”. Na visão deste estudo, a hipótese estaria resolvida pela teoria da equivalência das condições, uma vez que, suprimindo-se mentalmente a conduta de “A”, o resultado ainda assim ocorreria. Então, a conduta de “A” não é sua causa. Em verdade, a causa do resultado – comportamento de “B” que se atira à frente do veículo – é absolutamente independente da conduta de “A”.

Conclusão

De tudo quanto exposto – e se deve enfatizar, longe, muito longe mesmo de se esgotarem as discussões em torno do polêmico tema –, podem-se extrair as seguintes conclusões:

1 A teoria da imputação objetiva apresenta-se, na evolução da dogmática jurídico-penal, como uma ferramenta alternativa para a compreensão do que seja crime, do ponto de vista científico.

2 Funda-se ela na distinção entre causalidade (aquela relação ontológica, mecânica, física, de causa e efeito entre a conduta e o resultado) e imputação (a possibilidade de atribuir-se a alguém a ofensa ou perigo de ofensa a

um bem jurídico), vale dizer, distingue entre o físico (causalidade) e o jurídico ou normativo (imputação).

3 Como concebida hoje, a imputação assenta-se sobre a teoria do risco. Somente é objetivamente imputável um resultado causado por uma conduta humana, quando tal conduta *criou (ou incrementou) um risco juridicamente desaprovado para o bem jurídico, e que se realizou no resultado típico*.

4 Trata-se de um modelo teórico em gestação, que carece de plena fundamentação e que não oferece, ainda, resposta suficiente a todos os problemas e críticas que se lhe articulam.

5 Recomenda a prudência que se busque compreender e discutir com mais profundidade os seus postulados, antes de, alegremente, aceitar que seja a panaceia para os graves problemas decorrentes da interpretação e aplicação do direito penal, ou de repudiá-la por subverter princípios até aqui aceitos comodamente pela opinião comum.

CAGLIARI, J. F. Objective imputation. *Justitia*, São Paulo, v. 207, p. 37-61, Jan./Jun. 2016.

- **ABSTRACT:** The purpose of this paper is to examine the theory of imputation to the objective type (or simply theory of objective imputation) as a tool to correct the excesses arising from the adoption of the equivalence theory of conditions regarding to the casual link. After a brief appraisal of the concept of type and how its structure was developed in legal-penal dogmatics, we proceed to study the theme of natural (physical) causation and its distinction with the imputation of the result to the author of a typical conduct. It examines the historical background and theories that gave rise to the modern conception of objective imputation. Finally, it analyzes the criteria of this theory, namely, the creation of a legally disapproved risk and the realisation of that risk in the result.
- **KEY WORDS:** General theory of crime. Objective type and subjective type. Causal link. Regulatory framework. Imputation to the target type.

Referências

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1950. 5 v.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Tradução da 11. ed. alemã por Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. 3 v.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar. *Vocabulário jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 14. ed. Rio de Janeiro, 1992. v. 1.

GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Tradução de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959.

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 10 v.

_____. Introdução à ciência penal. *Justitia*, São Paulo, ano III, v. IV, n. III, p. 281-294, maio-ago. 1942.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. 2 v.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997. 2 v.

MAURACH, Reinhart. O conceito finalista de ação e seus efeitos sobre a teoria da estrutura do delito. Tradução de Elizabeth dos Santos Carvalho. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, ano IV, n. 14, p. 21-34, jul.-set. 1966.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Tradução da 2. ed. alemã por José Arturo Rodrigues Muñoz. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1935. 2 v.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. 4 v.

ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. A importância da teoria da imputação objetiva na evolução da dogmática do direito penal. *Caderno Jurídico Esco-*

la Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo (Imprensa Oficial), v. 1, p. 53-69, 2001.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução da 2. ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. v. 1.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. *Teorias do delito (variações e tendências)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

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

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Derecho penal aleman: parte general*. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica, 1970.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

O Crime de Desobediência à Requisição Emanada pelo Ministério Público em Inquérito Civil e a Responsabilidade Penal do Prefeito Municipal

Flavio Eduardo TURESSI*

Mário Antonio de Campos TEBET**

Mauricio SALVADORI***

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 O inquérito civil e o poder de requisição do Ministério Público. 2 Crimes praticados por Prefeitos Municipais. 3 O crime de desobediência à requisição emanada pelo Ministério Público praticado por Prefeito Municipal. 4 A correlação com a improbidade administrativa. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** Neste artigo busca-se analisar o crime de desobediência previsto no art. 10 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, quando praticado por Prefeito Municipal à luz do perfil constitucional conferido ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público. Poder de requisição. Inquérito civil. Crime de desobediência. Prefeito Municipal.

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor de Direito Penal na Universidade São Judas Tadeu (USJT) e dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Penal e Direito Processual Penal da PUCSP (COGEAE) e do Complexo Educacional Damásio de Jesus. Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito Penal pela PUCSP. Especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura. Autor do livro *Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*, publicado pela editora Juruá.

** Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Ex-integrante da comissão examinadora do 87º concurso de ingresso à carreira do Ministério Público do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

*** Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura.

Introdução

Analisar o alcance e a aplicabilidade do crime previsto no art. 10 da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), que pune com pena de reclusão, de 1 a 3 anos, mais multa de 10 a 1.000 Obrigações do Tesouro Nacional, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública, quando requisitados pelo Ministério Público aos Prefeitos Municipais, implica desvendar, antes de tudo, qual o perfil assumido pelo *Parquet* após a Constituição Federal de 1988, suas atribuições e, principalmente, as ferramentas legais a ele conferidas para a consecução de seus graves misteres.

Em um Estado Democrático de Direito, cujo paradigma deve ser a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil¹, não é exagero afirmar que o Ministério Público desponta como instrumento de promoção de uma sociedade mais justa e menos desigual.

Nessa ordem de valores, Wallace Paiva Martins Junior (2015, p. 15) destaca:

A Constituição de 1988 depositou no Ministério Público um projeto de acesso e distribuição de justiça que é ontologicamente afinado a seus fundamentos de soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho e da empresa, pluralismo político, e a seus objetivos de liberdade, justiça, solidariedade, desenvolvimento, igualdade, bem-estar, segurança, para o exercício dos direitos sociais e individuais. É o Ministério Público instrumento a serviço desse programa, confiando-lhe a Constituição o grave mister de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, estando nesse concerto a *ratio essendi* da outorga de autonomia institucional e de predicados qualificados a seus membros.

¹ De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 79/80), “Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”

Destarte, por imperativo constitucional, sabe-se que é função institucional do Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, importante atribuição que consolida a sua vocação para a tutela dos direitos e interesses transindividuais.

Com efeito, nunca é demais lembrar que essa inovadora atribuição foi inicialmente conferida ao Ministério Público pela própria Lei nº 7.347/1985, sendo, antes de 1985, poucas as possibilidades conferidas ao *Parquet* para provocar a jurisdição na esfera civil, destacando-se, no ponto, sua legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, de nulidade de casamento e destituição do poder familiar, outrora denominado pátrio poder².

De toda a sorte, enquanto na esfera criminal o Ministério Público dispõe do inquérito policial e, de forma autônoma³, do procedimento investigatório criminal⁴ como procedimentos administrativos preparatórios para a propositura da ação penal pública, para a efetiva tutela dos direitos e interesses metaindividuais o legislador constituinte originário, na esteira do previsto inicialmente pelo legislador ordinário, confiou-lhe, com exclusividade⁵, o inquérito civil.

E, tamanha a importância deste instrumento de coleta de dados para a efetiva ampliação do acesso à Justiça, que a própria Lei nº 7.347/1985, no art. 10, tipificou como criminosa a conduta do agente que implique a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos requisitados pelo Ministério

² Nesse sentido, confira-se Mazzilli (2015, p. 40).

³ Em sessão realizada no dia 14 de maio de 2015, o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, vencido o eminente Ministro Marco Aurélio, nos autos do Recurso Extraordinário nº 593.727-MG, com repercussão geral reconhecida, admitiu a legitimidade constitucional do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal.

⁴ Disciplinado pela Resolução nº 13/2006 do Eg. Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamenta o art. 8º da Lei Complementar nº 75/1993 e o art. 26 da Lei nº 8.625/1993.

⁵ Ao manifestar-se justamente sobre essa titularidade exclusiva conferida ao *Parquet*, Fernando Reverendo Vidal Akaoui (2003, p. 63) adverte: “Diante dessa confiança dada pelo legislador ao Ministério Público é que entendemos que seus órgãos de execução devam sempre estar atentos à ocorrência de fatos que possam ser objeto de investigação, agindo de ofício, sem ficar no aguardo de representações, que nem sempre chegam, afastando, assim, a inércia, que não é característica da instituição.”.

Público considerados indispensáveis à propositura da ação civil pública, tipo penal que se busca, mediante o presente trabalho e à luz da responsabilidade penal de Prefeitos Municipais, estudar.

1 O inquérito civil e o poder de requisição do Ministério Público

Como já destacado nas linhas introdutórias deste texto, o inquérito civil surgiu com a Lei nº 7.347/1985⁶ e, posteriormente, foi prestigiado em solo constitucional, no artigo 129, inciso III, que dispõe ser função institucional do Ministério Público promovê-lo para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Ao debruçar-se sobre suas origens, Mazzilli (2015, p. 40) lembra:

Inovando no direito brasileiro, os arts. 8º e 9º da LACP inspiraram-se, pois, no instituto do inquérito policial para instruir o inquérito civil como procedimento de investigação de caráter administrativo, presidido pelo Ministério Público e destinado basicamente a servir-lhe como coleta de elementos de convicção para identificar a hipótese de propor a ação civil pública.

Após a Constituição Federal de 1988, outros diplomas legais acabaram elegendo o inquérito civil como importantíssimo procedimento extrajudicial voltado para a colheita de dados preparatórios à ação civil pública, dentre eles a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência⁷; a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente⁸; a Lei nº 8.078, de 11

⁶ Dispõe o art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/1985, que “O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.”.

⁷ Veja-se: “Art. 6º. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, não inferior a 10 (dez) dias úteis.”.

⁸ Veja-se: “Art. 201. Compete ao Ministério Público: [...] V – promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal.”.

de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor⁹; a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1992, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público¹⁰; a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que instituiu a Lei Orgânica do Ministério Público da União¹¹; e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências¹².

Destarte, a Lei da Ação Civil Pública foi sucinta no que tange à instrução do inquérito civil. Assim como se dá com a instrução do inquérito policial ou do procedimento investigatório criminal, não há rigidez procedimental para a realização dos atos investigatórios que, à evidência, seguem forma livre, ajustando-se ao caso concreto.

Nada obstante, pode-se afirmar que o sucesso da atuação desempenhada pelo Ministério Público na seara da tutela coletiva depende diretamente da eficácia dos trabalhos de investigação por ele dirigidos ao longo da instrução do inquérito civil.

Para Luis Roberto Proença (2001, p. 49),

Frágil e ineficiente a investigação, poucos elementos de convicção terá o órgão ministerial, seja para persuadir o infrator a adequar-se voluntariamente às exigências legais, seja para convencer o juiz, em ação judicial eventualmente proposta. Da sua eficácia depende, assim, a defesa dos bens jurídicos colocados, na esfera cível, sob a atribuição do Ministério Público.

⁹ Veja-se: “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.”

¹⁰ Veja-se: “Art. 26. No exercício de suas funções o Ministério Público poderá: I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes [...]”.

¹¹ Veja-se: “Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União: [...] VII – promover o inquérito civil e a ação civil pública para: a) a proteção dos direitos constitucionais; b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.”.

¹² Veja-se: “Art. 74. Compete ao Ministério Público: I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso.”.

Assim sendo, despontam como indispensáveis à instrução do inquérito civil, dentre outras medidas, as requisições de diligências e documentos diversos pelo órgão do Ministério Público que o preside¹³. Não se confundem as requisições com meros pedidos ou solicitações. Constituem-se, pois, em verdadeiras ordens legais encaminhadas pelo *Parquet* para que se entregue, apresente ou forneça algo (MAZZILLI, 2015, p. 175).

Com efeito, esse verdadeiro poder de requisição conferido ao Ministério Público não encontra previsão, apenas, no art. 8º, § 1º, da Lei da Ação Civil Pública. Ao lado da própria Constituição Federal, no art. 129, inciso VI, diversos diplomas legais também contemplam, de forma expressa, essa ferramenta legal, com especial destaque para a Lei Complementar nº 75/1993¹⁴; para a Lei nº 8.625/1993¹⁵; e, no Estado de São Paulo, para a Lei Complementar Estadual nº 734/1993¹⁶.

¹³ De acordo com o art. 6º, § 10, da Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007, do Eg. Conselho Nacional do Ministério Público, “todos os ofícios requisitórios de informações ao inquérito civil e ao procedimento preparatório deverão ser fundamentados e acompanhados de cópia da portaria que instaurou o procedimento ou da indicação precisa do endereço eletrônico oficial em que tal peça esteja disponibilizada”.

¹⁴ Veja-se: “Art. 8º. Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: [...] II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; [...] § 3º. A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa.”.

¹⁵ Veja-se: “Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”.

¹⁶ Veja-se art. 26: “No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: [...] b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”.

E, para o C. Superior Tribunal de Justiça (STJ), nem mesmo a prévia instauração de inquérito civil ou qualquer outro procedimento administrativo se apresenta como necessária para o seu escorreito exercício¹⁷.

Assim, pode-se afirmar que,

[...] atuando em sua área de atribuições, o órgão do Ministério Público terá poder de requisição, pouco importa seja federal, estadual ou municipal a autoridade, a repartição ou o órgão destinatário da requisição. Importa se quem requisitou podia fazê-lo. Nada impede, p.ex., que um órgão do Ministério Público estadual investigue dano cuja reparação seja da competência da Justiça local, e precise de documento que esteja em poder de repartição federal. (MAZZILLI, 2015, p. 177)

¹⁷ Veja-se: “EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PREFEITO MUNICIPAL. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PESSOAS CONTRATADAS PELA PREFEITURA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. SÚMULA 284/STF. DIREITO DE CERTIDÃO. DECISÃO NOS LIMITES CONSTITUCIONAIS. INDEPENDÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIRETRIZES TRAÇADAS PELA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR DO PARQUET ESTADUAL. OBRIGATORIEDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL OU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ARTIGO 26, I, B, DA LEI 8.625/93. I – Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo ora recorrente, prefeito municipal de Minas Gerais, contra o ato do Ministério Público consubstanciado na requisição de informações sobre as pessoas nomeadas, contratadas e terceirizadas por aquela Prefeitura a partir de 05.10.98. II – Incidência da Súmula 284/STF no tocante à alegação de violação ao artigo 535, I, do CPC, uma vez que o recorrente limitou-se a aduzir que a mesma foi ocasionada em razão de ter restado sem resposta os declaratórios, não explicitando de que forma teria o acórdão recorrido incorrido em omissão, obscuridade ou contradição. III – A questão relacionada ao direito de certidão foi dirimida à luz de disposição constitucional, inviável seu debate nos limites do recurso especial. IV – Ausência de prequestionamento em relação à obrigatoriedade ou não do Ministério Público em acatar orientações firmadas por outros órgãos. Incidência da Súmula 282/STF. V – Não se faz necessária a prévia instauração de inquérito civil ou procedimento administrativo para que o Ministério Público requisiite informações a órgãos públicos – interpretação do artigo 26, I, b, da Lei nº 8.625/93. VI – Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido” (REsp. 873.565/MG, Rel. Min. Francisco Falcão. 1ª T., j. em 05.06.2007, DJ 28.06.2007, p. 880).

Nessa linha de intelecção, buscando conferir unidade, coerência e completude ao sistema por ele proposto mediante a Lei da Ação Civil Pública, entendeu o legislador ordinário que, diante da magnitude das atribuições conferidas ao Ministério Público, deveria lançar mão de norma penal para assegurar seu pleno exercício.

Dessa forma, resta claro que a leitura promovida pelo intérprete ao tipo penal que ora se busca analisar não pode dar-se de maneira isolada, mas em consonância com as próprias missões conferidas ao Parquet, vale dizer, de maneira sistêmica, uma vez que, “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para além de sua dimensão textual” (FREITAS, 2010, p. 76).

Pode-se afirmar, no ponto, que, para o pleno exercício das atribuições conferidas ao Ministério Público no âmbito da tutela coletiva, o Direito Penal, por se apresentar como imprescindível instrumento de defesa de valores essenciais à vida do homem em sociedade, não pode permanecer distante.

2 Crimes praticados por Prefeitos Municipais

Ex vi do disposto no art. 29, inciso X, da Constituição Federal de 1988¹⁸, o julgamento do Prefeito Municipal pelos crimes de responsabilidade propriamente ditos, vale dizer, pelos delitos comuns previstos no Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, que contam com a previsão de penas privativas de liberdade para seus autores (SCARANCA FERNANDES, 2002, p. 138), e por quaisquer outras infrações penais previstas no Código Penal ou em leis penais extravagantes ocorre diretamente perante o Tribunal competente¹⁹, seja ele Estadual, Federal, Militar ou até mesmo Eleitoral, nos exatos termos da Súmula 702 do Supremo Tribunal Federal²⁰. E, encerrado seu mandato eletivo, seja

¹⁸ Veja-se: “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] X – julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça.”.

¹⁹ Veja-se art. 29, colacionado na nota anterior deste trabalho.

²⁰ Veja-se Súmula 702: “A competência do Tribunal de Justiça para julgar Prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.”.

pelo decurso do período, pela perda ou cassação, a competência é imediatamente deslocada para o órgão jurisdicional de piso, sendo considerados válidos todos os atos processuais já realizados em segundo grau de jurisdição²¹.

De outro vértice, o procedimento aplicável vem estabelecido pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, com as alterações que lhe foram feitas pela Lei nº 8.658, de 26 de maio de 1993, que cuida do rito especial na ação penal de competência originária dos Tribunais, destacando-se, dentre outras peculiaridades, a necessidade, para o recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa, da notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias²².

Caso o Prefeito denunciado não seja localizado ou crie embaraços para o cumprimento da notificação pessoal será determinada a sua notificação por edital para que, no prazo de cinco dias, compareça ao Tribunal e tenha vista dos autos, agora por quinze dias, com o propósito de, finalmente, apresentar sua resposta, que, como se sabe, não é meramente formal, pois pode levar à rejeição da inicial acusatória²³.

A decisão que recebe ou rejeita a denúncia não é monocrática, mas colegiada, cabendo à Câmara Criminal realizar o juízo de admissibilidade da acusação em sessão de julgamento que admite, pelo prazo de quinze minutos, primeiro ao Ministério Público e depois à defesa, o exercício da faculdade de sustentação oral.

Recebida a denúncia, dispõe a Lei nº 8.038/1990, no art. 7º²⁴, que o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se houver.

²¹ E, de acordo com a Súmula 164 do STJ, o Prefeito Municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º do Decreto-lei nº 201/1967.

²² Veja-se: “Art. 4º. Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias.”.

²³ Veja-se art. 4º, § 2º: “Se desconhecido o paradeiro do acusado, ou se este criar dificuldades para que o oficial cumpra a diligência, proceder-se-á a sua notificação por edital, contendo o teor resumido da acusação, para que compareça ao Tribunal, em cinco dias, onde terá vista dos autos pelo prazo de quinze dias, a fim de apresentar a resposta prevista neste artigo.”.

²⁴ Veja-se: “Art. 7º. Recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso.”.

Feitas essas necessárias observações, tem-se que o rito especial estabelecido pelo legislador de 1990 merece reparos e adaptações à realidade atual, reconhecendo-se como ab-rogadas algumas disposições da Lei nº 8.038/1990.

Malgrado a reforma processual imprimida ao Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, não tenha alcançado a Lei nº 8.038/1990, é forçoso convir que, por coerência, o interrogatório do acusado deve dar-se, agora, ao final da instrução, e não logo após o recebimento da peça acusatória, nos termos do art. 400 do diploma legal adjetivo²⁵, sob pena de nulidade.

De outro giro, não se justifica, nos dias de hoje, que, exercitado o direito de defesa mediante o efetivo atendimento ao disposto no art. 4º da lei de regência, providência que, em rigor, dá-se com a expedição de cartas de ordem, cujo prazo para cumprimento se revela flagrantemente dilatado, uma vez recebida a denúncia ou a queixa, seja determinada a citação do agora réu para, no prazo de cinco dias, apresentar defesa prévia.

Ora, oportunizar ao denunciado duas defesas escritas, uma antes do recebimento da denúncia ou queixa e outra após a admissão da acusação, significa postergar o início da instrução processual única e exclusivamente em decorrência da condição pessoal do acusado.

E, nessa linha de inteligência, nem mesmo o disposto nos arts. 513 e seguintes do Código de Processo Penal²⁶ serve de sustentação à manutenção dessa sistemática. Como se sabe, o art. 513 do diploma processual reproduz o que dispunha o Código de Processo Criminal de 1832 para a formação da culpa nos processos afetos a “crimes de responsabilidade de empregados não privilegiados”, e, de acordo com José Frederico Marques (2009, p. 368),

[...] não havia, outrora, o inquérito policial a não ser nos *crimes comuns*: nos crimes funcionais, ou *delitos próprios*, tal forma de investigação ou *informatio delicti* não era admitida. Incompreensível é que os autores do projeto do atual Código de Processo Penal não tenham atentado para isso e, em

²⁵ Veja-se: “Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.”

²⁶ Do processo e do julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos.

consequência, tenham inserido em seus textos uma norma obsoleta como a do art. 513, onde até em justificação se fala, e isso sem nenhum propósito.

Destarte, não sendo admitida, naquela época, a investigação preliminar à propositura da ação penal nos crimes ditos funcionais, poder-se-ia sustentar a necessidade, por força da condição dos seus agentes, de prévia notificação defensiva. Mas, atualmente, essa razão de ser não mais subsiste, nos termos de entendimento já sumulado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça²⁷.

Assim, não se justifica, aqui, a manutenção do oferecimento de defesa prévia após a citação do acusado, máxime diante da possibilidade de serem alegadas quaisquer questões de ordem fática ou jurídica, pelo agente denunciado, quando da sua notificação anterior ao recebimento da denúncia ou queixa.

Atento à nova sistemática processual penal brasileira, Eugênio Pacelli (2014, p. 788) assevera que a supressão da defesa prévia, em sede de competência originária,

[...] se justifica pelo afastamento do interrogatório da fase inicial, resguardando-se o referido ato para o final da instrução. Tudo que poderia ser dito na defesa prévia do art. 8º (Lei nº 8.038/90) poderia sê-lo, em maior amplitude, na resposta escrita anterior ao recebimento da denúncia ou queixa.

Todavia, a questão ainda está longe de ser pacífica.

Aury Lopes Jr. (2014, p. 963), tendo como pano de fundo o rito especial previsto no Código de Processo Penal para os crimes praticados por servidores públicos contra a Administração em geral, debruça-se sobre a reforma processual promovida pelo legislador de 2008, para então asseverar que, não obstante a tendência seja a ordinarização,

[...] a proposta de mesclar os ritos, oportunizando duas defesas escritas (em momentos e com objetos distintos, pois a primeira

²⁷ Veja-se Súmula 330 do STJ: “É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal na ação penal instruída por inquérito policial”.

busca a rejeição da acusação e a segunda, a absolvição sumária), é mais benigna para o réu e não acarretará qualquer nulidade na medida em que a atipicidade processual não traz consigo a violação de um princípio constitucional.

De outro vértice, a fase extrajudicial também guarda singularidades. Atenta ao mandamento constitucional, no Estado de São Paulo, a Eg. Procuradoria-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições e à vista das manifestações da Subprocuradoria-Geral de Justiça Jurídica, do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais, e da Câmara Especializada em crimes praticados por Prefeitos da Procuradoria de Justiça Criminal²⁸, editou o Aviso nº 37/2011-PGJ, de 21 de janeiro de 2011, recomendando aos membros do Ministério Público que, recebendo representação, peças de informação ou notícia de fato que, em tese, configurem crime cuja autoria seja atribuída à autoridade detentora de foro por prerrogativa de função, ainda que constatada no curso de qualquer investigação, procedam ao seu encaminhamento imediato, ou de cópia das peças necessárias, mediante manifestação fundamentada com indicação do fato delituoso, para adoção das providências cabíveis. Nessa quadra, a Eg. Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo editou o Comunicado GC nº 2.094/2010 recomendando aos magistrados de primeiro grau que, diante dessas mesmas hipóteses, também encaminhem à Instância Superior qualquer representação ou notícia da prática de crime em tese²⁹.

²⁸ Protocolado nº 128.076/2010.

²⁹ E, de acordo com o Assento nº 149 do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo em vista a necessidade de facilitar o processamento de inquéritos policiais que apurem eventuais crimes comuns e de responsabilidade cometidos por prefeitos municipais, foi delegado aos Juízes de Direito das Comarcas do Estado que exerçam as funções de Corregedores das Delegacias de Polícia sob sua jurisdição, a prolação, nos mesmos inquéritos, que deverão ir com vistas ao órgão do Ministério Público da mesma Comarca ou Vara, de despachos de mera movimentação dos mesmos feitos ou de prorrogação de prazos, desde que não envolvam decisões, operando-se a remessa a este Egrégio Tribunal de Justiça

Veda-se, portanto, que investigações de fatos criminosos cuja autoria possa ser imputada a Prefeito Municipal ocorram em primeiro grau de jurisdição, seja ela de forma independente pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária, sem que se fale, aqui, em prévia autorização judicial como condição de procedibilidade³⁰.

Nessa senda, a grande dificuldade de ordem prática que se estabelece consiste justamente em identificar, diante de uma investigação criminal já iniciada em primeiro grau de jurisdição, qual o momento exato de, com o surgimento de indícios de autoria criminosa por agente detentor de foro por prerrogativa de função, o feito ser remetido à Superior Instância.

A título ilustrativo, o Supremo Tribunal Federal, em tema pertinente ao denominado Estatuto dos Congressistas, decidiu-se pelo entendimento de que, se o nome do parlamentar é apenas citado em depoimentos, não há razão suficiente para que a investigação seja imediatamente deslocada para a Corte Constitucional³¹.

Seja como for, não se pode atribuir a pecha de nula, por vício de competência, à investigação conduzida pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária, com suporte em primeiro grau de jurisdição, se, no curso dos trabalhos investigatórios, sobrevierem elementos de convicção que apontem a existência de fundados indícios de autoria criminosa por agente detentor de foro por prerrogativa de função.

Nessa linha de inteligência, a 6ª Turma do STJ, nos autos do *Habeas Corpus* nº 269.043-PA (2013/0117367-1), sob a relatoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura, afastou a arguição de nulidade em feito conduzido pela Polícia Judiciária que se prestava a investigar a prática de crimes dolosos contra a vida e que, no desenrolar dos fatos, apontou indícios de autoria por Prefeito Municipal³².

somente após sua conclusão. Ainda de acordo com o mesmo Assento, o Magistrado poderá conceder prorrogação de prazos, nos inquéritos, em número de quatro, no máximo, no tempo de 120 dias, e, após tais prazos, os autos de inquérito deverão ser remetidos ao Eg. Tribunal de Justiça para que sejam tomadas as providências cabíveis.

³⁰ Na dicção de Eugênio Pacelli (2014, p. 786), “embora o Tribunal atue na supervisão e no controle de legalidade da investigação, não há que se falar na necessidade de *autorização* judicial para a instauração do inquérito policial. Supervisão, insista-se, não implica titularidade acerca da pertinência ou cabimento da investigação, mas tão somente o controle de sua legalidade.”.

³¹ HC nº 82.647, DJ de 25.4.2003, Rel. Min. Carlos Velloso.

³² A ementa oficial foi vazada nos seguintes termos: “PROCESSUAL PENAL. PREFEITO. PRI-

Dessa forma, tem-se que o processamento do feito que busca apurar e eventualmente imputar ao Prefeito Municipal a prática do crime previsto no art. 10 da Lei da Ação Civil Pública deve, necessariamente, obedecer a essa sistemática, sendo recomendado, ainda, que o órgão do Ministério Público requisitante tome a cautela de colher do próprio destinatário manifestação que comprove o recebimento da ordem, tal qual indicado no Aviso nº 126, de 17 de março de 2005, da Eg. Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo³³.

SÃO PREVENTIVA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. GRAVIDADE CONCRETA. MANUTENÇÃO DO ENCARCERAMENTO CAUTELAR. 1 – Não se pode acoiar de nula a investigação levada a efeito pela polícia judiciária que, no decorrer dos trabalhos, identificou, por via reflexa, quando o alvo eram outras pessoas, fortes indícios da participação nos fatos (homicídio e tentativa de homicídio) de Prefeito. 2 – A submissão dos elementos de prova até então coligidos ao Tribunal de Justiça, foro competente por prerrogativa de função, com expressa ratificação da Desembargadora Relatora dos atos praticados e autorização expressa para continuar as diligências, retira qualquer dúvida sobre a lisura formal das diligências e da prisão preventiva por Sua Excelência decretada, como base naquele acervo. Precedentes deste STJ. 3 – A prisão preventiva não se mostra ilegal se demonstrados os seus requisitos, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, notadamente a sua necessidade para a garantia da ordem pública, haja vista a gravidade *in concreto* dos fatos, denotada pelo modo como perpetradas as ações tidas por delituosas. 4 – No tocante ao outro paciente, que não tem foro privilegiado, o pedido encontra-se prejudicado, pois a Relatora, na origem, reconhecendo a sua incompetência, revogou-lhe a prisão, remetendo o caso à Vara do Júri, no primeiro grau de jurisdição. 5 – *Habeas Corpus* denegado em relação ao paciente CARLOS VINÍCIUS DE MELO VIEIRA e julgado prejudicado no tocante ao paciente CARLOS ANTÔNIO VIEIRA.”.

³³ Veja-se: “O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 19, inciso XII, alínea “c”, da Lei Complementar Estadual no 734, de 26 de novembro de 1993, e a pedido do Procurador de Justiça Luiz Roque Lombardo Barbosa, coordenador da Assessoria de Crimes Cometidos por Prefeitos Municipais, órgão do Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, RECOMENDA aos Promotores de Justiça que as representações encaminhadas à Procuradoria-Geral de Justiça comunicando a eventual prática do crime previsto no art. 10 da Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública) – “constitui crime [...] a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público” –, sejam instruídas com cópia do ofício encaminhado ao Prefeito do Município, com recibo firmado pelo destinatário ou certificação de que a autoridade se recusou a apor sua assinatura, de forma a ficar demonstrada sua plena e inequívoca ciência da requisição do Ministério Público.”.

3 O crime de desobediência à requisição emanada pelo Ministério Público praticado por Prefeito Municipal

Como se sabe, o Direito Penal ganha vida por intermédio dos tipos penais.

Na constatação de Cláudio Brandão (2014, p. 19), “Para que algum fato ganhe relevância penal, por conseguinte, é necessário que ele esteja subsumido em um tipo; isto significa que o legislador torna pertinente ao direito penal uma conduta quando a materializa em uma lei.”.

Destarte, é voz comum afirmar-se que o Direito Penal atual está em crise. Em outras palavras, este ramo do Direito não atende de maneira satisfatória, nos dias que correm, às expectativas sociais.

Nessa quadra, Maximiliano Rusconi (2005, p. 2) chega a dizer:

Es indudable que hoy deberíamos poner seriamente en duda la capacidad del derecho penal para cumplir los objetivos que se predicen como su propia justificación. El derecho penal debe ser uno de los mecanismos de control social más ineficientes desde el punto de vista, incluso, de una relación costo-beneficio. Índices inusitados de violencia, frente a tan escasos resultados.

Jesús María Silva Sánchez (2012, p. 5), por sua vez, afirma:

En efecto, es cierto que el Derecho penal, entendido como potestad punitiva del Estado (Derecho penal en sentido subjetivo, *ius puniendi*), fundamentada y limitada por la existencia de un conjunto de normas primarias y secundarias (Derecho penal en sentido objetivo), se halla en crisis. Es ésta fundamentalmente una crisis de legitimación: se cuestiona la justificación del recurso por parte del Estado a la maquinaria penal, su instrumento más poderoso. Sin embargo, asimismo se halla en crisis la llamada “ciencia del Derecho penal”: es ésta una crisis de identidad, en la que lo cuestionado es el propio modelo a adoptar y su auténtica utilidad social, y también una crisis de “legitimidad epistemológica”, de validez científica.

Ora, se, por um lado, a aludida ineficiência do Direito Penal decorre de verdadeira crise de legitimação social entre este ramo do Direito e os bens e valores que, no limiar do século XXI, em um Estado Democrático de Direito, dever-se-ia proteger, por outro, resta inegável

que grande parte da inoperância a ele atribuída decorre justamente da péssima técnica legislativa demonstrada pelo legislador penal ordinário na construção de tipos penais.

Toma-se como exemplo, aqui, o conhecido tipo penal previsto no artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que estabelece a pena de reclusão, de 2 a 8 anos e multa, para a gestão fraudulenta temerária de instituição financeira.

Subsumir condutas comissivas ou omissivas ao referido tipo penal previsto na lei que define os crimes contra o sistema financeiro nacional revela-se tarefa das mais ingratas³⁴.

Nessa linha de inteligência, a adequação típica da conduta verificada no caso concreto com o crime previsto no artigo 10 da Lei da Ação Civil Pública, diante dos seus elementos normativos, também requer cautelas, sob pena de se ver frustrada a pretensão penal acusatória.

O delito *sub examine* trata, em síntese, de especial modalidade de desobediência, e tem como objeto jurídico a administração da justiça e a autoridade das requisições ministeriais (ROCHA JÚNIOR, 2006, p. 28-34).

Ocorre que, distanciando-se da redação contida no Decreto-lei nº 201/1967 que, no art. 1º, inciso XIV, *in fine*³⁵, cuida do crime de desobediência à ordem judicial por Prefeito Municipal, e do próprio Código Penal, que trata do crime de desobediência à ordem legal de funcionário públi-

³⁴ Luiz Regis Prado (2007, p. 182, grifo do original), ao debruçar-se sobre esse tipo penal, anota que “Critica-se a expressão *temerária*, utilizada pelo legislador, pois, como não houve nenhuma distinção no caso de a gestão temerária trazer prejuízos ou benefícios, entende-se que é bastante sua ocorrência para que o delito reste configurado. Ao contrário, a Lei 1.521/1951 (art. 3º, IX) foi mais precisa, tendo em vista que a gestão apenas poderia ser considerada *temerária* (ou *fraudulenta*), quando causasse prejuízo para os interessados. É claro que, agindo dessa forma, o legislador de 1986 desrespeitou o princípio da legalidade, no aspecto da taxatividade ou determinação, e deixou para o julgador a delimitação exata desse conceito, ou seja, é o critério subjetivo que deverá ser utilizado para precisá-lo.”.

³⁵ Veja-se: “Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: [...] XIV – negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente.”.

co de forma ampla³⁶, o legislador ordinário de 1985 cuidou de inserir, no tipo do art. 10 da Lei nº 7.347/1985, a expressão “dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil”.

Nessa quadra, na busca do escorreito exercício de adequação típica, desde logo se pode inferir que não é qualquer requisição desatendida em autos de inquérito civil que levará à imputação, ao Alcaide, do crime de desobediência previsto na Lei da Ação Civil Pública. Vale dizer, a requisição exarada pelo *Parquet* deve incidir sobre “dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil”.

E, aqui, cabe a pergunta: o que são dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil?

A resposta, à evidência, remete ao caso concreto. Não se pode, de antemão, estabelecer quais dados são ou não indispensáveis à propositura da ação civil pública.

Mais disso.

O crime pode ser praticado ainda que a ação civil pública venha a ser ajuizada, pois,

Em razão não só do princípio da obrigatoriedade, que impõe ao Ministério Público a defesa responsável dos direitos metaindividuais, desde que presentes elementos fáticos e jurídicos mínimos que demonstrem sua agressão, como igualmente em atenção à relevância do direito material envolvido (que, no caso da ação civil em análise, concerne a direitos metaindividuais), o Ministério Público pode entender cabível a propositura da ação mesmo sem os dados indispensáveis, podendo fazer referência à requisição desobedecida na petição inicial e pedir em juízo seja tentada a obtenção dos dados. Se esses são realmente indispensáveis, é porque sem eles o Ministério Público não tem como saber se é caso de propositura de ação coletiva ou caso de arquivamento, e o representante do Ministério Público, mesmo sem ter convicção plenamente formada, dada a desobediência a tal requisição, pode preferir submeter o caso ao Poder Judiciário, com os devidos esclarecimentos. (ROCHA, 2006, p. 28-34)

³⁶ Veja-se: “Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público: pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.”.

De fato, assim como o retardamento, a recusa ou a omissão criminosas não podem justificar a promoção de arquivamento do inquérito civil, sendo inegável que, nestas hipóteses, o delito terá alcançado a sua consumação, máxime tratando-se de infração penal de mera conduta ou de simples atividade que não faz nenhuma indicação a resultado naturalístico.

De toda a sorte, é forçoso convir que a expressão *dados técnicos* apresentada pelo legislador ordinário reclama que as informações requisitadas pelo órgão do Ministério Público versem sobre esclarecimentos específicos afetos a determinada arte, ofício ou profissão.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2004, p. 352-353), dados técnicos

[...] são aqueles ligados à arte ou à ciência. São, na verdade, os elementos que só podem ser coligidos por pessoas que detenham o conhecimento artístico ou científico em determinadas áreas. Exatamente por deterem esse específico tipo de conhecimento é que tais pessoas veiculam dados dotados de singular particularidade: a precisão.

Essa, inclusive, a orientação dada pelo C. Superior Tribunal Federal, por sua 5ª Turma, nos autos do Recurso Especial nº 785.129-RS (2005/0160295-8), julgado em 29 de junho de 2006, sob a relatoria do Ministro Felix Fischer, ao afirmar que “dados técnicos” referem-se “a qualquer informação dependente de um conhecimento ou trabalho específico, que seja peculiar de determinado ofício ou profissão”³⁷.

³⁷ A ementa oficial foi pautada nos seguintes termos: “PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 1º DO CP, 381, INCISO III, DO CPP E 10 DA LEI Nº 7.347/85. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. EXPRESSÃO DADOS TÉCNICOS. I – Questões não apreciadas, sequer implicitamente, no v. acórdão increpado desmerecem exame por ausência do devido prequestionamento (Precedentes/Súmulas nº 282 e 356/STF). II – Não há violação ao art. 381, III, do CPP, se a decisão condenatória expõe os motivos de fato e de direito em que se fundou. [...] IV – A expressão “dados técnicos” “se refere a qualquer informação dependente de um conhecimento ou trabalho específico, que seja peculiar de determinado ofício ou profissão”, cf. RHC nº 12.359/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 01/07/2002. V – No caso em tela, as informações solicitadas pelo Ministério Público se enquadram no conceito de “dados técnicos”, uma vez que dizem respeito aos procedimentos observados na rotina de funcionamento da Prefeitura Municipal de Rio Grande/RS. Isso porque os dados requeridos se referiam, v.g., à contratos celebrados pelo Município, se houve licitação em determinada contratação etc. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.” (grifo do original).

E, nessa senda, há de se convir que serem ou não as informações requisitadas pelo órgão do Ministério Público *dados técnicos* são matéria que, juntamente com as demais elementares do tipo penal, confunde-se com o mérito da causa e que, portanto, deve ser comprovada ao longo da instrução processual, não podendo servir de obstáculo ao recebimento da denúncia que, nos exatos termos do art. 41 do Código de Processo Penal, revele-se apta à instauração da relação processual.

Com efeito, o C. Superior Tribunal de Justiça, por sua 6ª Turma, nos autos do HC nº 209.276-BA (2011/0131959-5), sob a relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, deixou muito claro ser matéria atinente à instrução saber se os documentos requisitados pelo Ministério Público, naquele caso concreto, eram ou não *dados técnicos* e indispensáveis ao manejo da ação civil pública³⁸.

Veda-se, pois, que se faça prejulgamento da causa para, em momento processual inadequado, inferir-se, diante do caso concreto, se os *dados técnicos* negados ao Ministério Público eram indispensáveis ou não à propositura da ação civil pública.

Veda-se, em suma, que questões extrajurídicas, de cunho marcadamente político, interfiram na escorreita apreciação da admissibilidade da acusação e impeçam, de maneira totalmente equivocada, o pleno exercício do direito de ação pelo Ministério Público.

Deve-se observar, por oportuno, que essa mesma exegese incide sobre o crime de desobediência previsto no art. 8º, inciso VI, da Lei nº

³⁸ Segue a ementa oficial: “PROCESSUAL PENAL. PREFEITO. RETARDO NO FORNECIMENTO DE DADOS REQUISITADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DENÚNCIA. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO. AFERIÇÃO. MATÉRIA ATINENTE À INSTRUÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL. HABEAS CORPUS. VIA IMPRÓPRIA. ORDEM DENEGADA. 1. Não é inepta a denúncia que descreve satisfatoriamente os fatos tidos por delituosos, narrando, de maneira suficiente, a atuação do paciente ou a falta dela e as implicações disso decorrentes. 2. Em tal contexto, estão satisfeitos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, possibilitando o exercício do direito de defesa. 3. Saber se os dados requisitados pelo Ministério Público eram técnicos e indispensáveis à propositura da ação civil pública é matéria a ser dirimida na instrução criminal, notadamente porque os documentos que garantem os autos deste habeas corpus não são suficientes para essa aferição. 4. Inconstitucionalidade de lei, no caso concreto do próprio tipo penal (art. 10 da Lei nº 7.347/1985), não é assunto a ser suscitado incidentalmente no *habeas corpus*, via célere, de índole mandamental. Precedentes. 5. Impetração denegada.”

7.853/1989³⁹, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, e sobre o crime de desobediência insculpido no art. 100, inciso VI, da Lei nº 10.741/2003⁴⁰ (Estatuto do Idoso), por apresentarem, ambos os tipos penais, a expressão “dados técnicos”, devendo ser observado, diante de aparente conflito de normas, o princípio da especialidade⁴¹, máxime se se considerar que as sanções penais previstas nos respectivos preceitos secundários são distintas.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, vale dizer, a vontade livre e consciente de recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública pelo *Parquet*, elemento volitivo que não pode ser sumariamente excluído pela mera delegação do efetivo cumprimento à ordem ministerial, pelo Alcaide, aos seus subordinados. Como chefe do Poder Executivo Municipal e inequívoco destinatário da ordem legal emanada pelo *Parquet*, ainda que haja delegação do seu efetivo atendimento, é inegável que compete ao próprio Prefeito fiscalizar seu tempestivo cumprimento, sob pena de se falar, aqui, em concurso de pessoas.

Essa, inclusive, a orientação dada por Juarez Tavares 2012, p. 321, quando, tratando da relevância penal da omissão no âmbito da Administração Pública, afirma que “se o chefe ordena que o subordinado realize uma tarefa, deve fiscalizar sua execução para que essa não venha a lesar bem jurídico da própria administração ou de terceiro”).

Vale dizer, sendo o destinatário legal da requisição, compete ao próprio Alcaide, em caso de mera substituição da sua efetiva execução, exercer seu dever de vigilância, máxime se se considerar que dessa delegação, à evidência, não participa o *Parquet*.

³⁹ Veja-se: “Art. 8º. Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa: [...] VI – recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público.”.

⁴⁰ Veja-se: “Art. 100. Constitui crime punível com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa: [...] V – recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público.”.

⁴¹ Lembra Assis Toledo (1994, p. 51, grifo do original) que, “Se entre duas ou mais normas legais existe uma relação de especialidade, isto é, de gênero para espécie, a regra é a de que a norma especial afasta a incidência da norma geral. Considera-se especial (*lex specialis*) a norma que contém todos os elementos da geral (*lex generalis*) e mais o elemento especializador.”.

Nessa ordem de valores, ao contrário do sustentado por juristas de renome⁴², não se há de falar, *in casu*, na aplicação do princípio da confiança, que encontra o seu fundamento material no princípio da autorresponsabilidade (DIAS, 2001, p. 365), como critério limitador do dever concreto de cuidado⁴³.

Aqui, é forçoso reconhecer que a confiança não se sobrepõe ao especial dever de controle que todo mandatário popular exerce sobre o proceder de seus subordinados, notadamente porque, como sintetiza Hely Lopes Meirelles (2006, p. 711):

Como governante do Município, o prefeito é seu representante legal e condutor dos negócios públicos locais; como chefe do Executivo, é a autoridade suprema da Administração Municipal, tendo preeminência sobre todas as demais. A preeminência do prefeito na Administração local decorre naturalmente da sua situação de chefe do Poder Executivo, detentor de todos os instrumentos de ação de que dispõe o Município para a realização de seus fins.

⁴² Por todos, veja-se Gilberto Passos de Freitas (2015, p. 311-320), ao afirmar que seria o caso, por exemplo, “de um diretor de uma repartição que, atendendo à requisição do Ministério Público, determina, ao funcionário encarregado de um setor, o fornecimento dos dados solicitados e este, dolosamente, deixa de consignar certos dados. Ele não responderia pelo crime. O mesmo se daria no caso em que o funcionário encarregado de receber as requisições e ofícios endereçados à autoridade superior, não os encaminhe o ofício requisitório do Ministério Público à pessoa ao qual foi endereçado. Esta não poderá ser responsabilizada.”.

⁴³ Lembra Juarez Tavares (2009, p. 313) que “O princípio da confiança foi desenvolvido pela jurisprudência, especialmente, no direito de trânsito. Hoje tem aplicação mais ampla, estendendo-se a todos os setores em que haja uma atuação conjunta, ou seja, atividades comunitárias ou em divisão de trabalho. Alguns autores, inclusive, como Jakobs, o utilizam como critério geral de imputação. Segundo este princípio, todo aquele que atende adequadamente ao cuidado objetivamente exigido, pode confiar que os demais coparticipantes da mesma atividade também operem cuidadosamente. A consequência da aplicação deste pensamento no direito penal será a de excluir a responsabilidade dos agentes em relação a fatos que se estendam para além do dever concreto que lhes é imposto nas circunstâncias e nas condições existentes no momento de realizar a atividade.”.

De outro vértice, inexistindo a previsão da modalidade culposa, caso a desobediência seja causada por mera negligência, não há que se falar na prática de crime. É o caso, *v.g.*, da momentânea desestabilização administrativa verificada no início de mandatos eletivos. Ao iniciar sua gestão, não é incomum que o Prefeito Municipal ainda não tenha o completo domínio da máquina administrativa, desconhecimento que, por vezes, pode levar ao não atendimento da requisição ministerial.

Todavia, é forçoso reconhecer que, como já adiantado, essa desestabilização administrativa deve ser momentânea, e não duradoura. Vale dizer, deve ser a exceção, e não a regra. A desídia reiterada, notadamente em período estável da Administração Pública Municipal, quando o Alcaide já reúne plenas condições de conhecer com segurança o aparato que se encontra sob seus cuidados traduz-se em conduta dolosa e autoriza a sua responsabilização penal pela prática do art. 10 da Lei da Ação Civil Pública.

4 A correlação com a improbidade administrativa

Como se sabe, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), tutela a probidade administrativa por meio de três espécies de atos de improbidade, e, para cada uma delas, “a lei arrola exemplificativamente certas situações ou condutas (reveladas pela expressão *e notadamente*), pois o *caput* dos arts. 9º, 10 e 11 já definem no que consistem essas espécies ou modalidades” (MARTINS JUNIOR, 2009, p. 207).

Destarte, no artigo 11, a Lei nº 8.429/1992 cuida dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, vale dizer, das condutas que impliquem qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

E, nessa quadra, extrai-se do art. 11, inciso II, da referida Lei, que constitui ato de improbidade administrativa *retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício*.

Assim é que, ao lado da prática do crime previsto no art. 10 da Lei da Ação Civil Pública, nada impede que, na seara própria, a desobediência do Alcaide à requisição do Ministério Público também autorize a instauração de investigação destinada à demonstração do ato de improbidade administrativa aqui sublinhado.

Destaque-se, por oportuno, que o advérbio *indevidamente* empregado pelo legislador de 1992 reclama, tal qual o elemento subjetivo do tipo previsto no art. 10 da Lei da Ação Civil Pública, consciência e vontade de retardar ou deixar de praticar o ato de ofício.

Há, pois, clara correlação entre o crime e o ato de improbidade administrativa. Nesse caso, na ponderação de Eurico Ferraresi (2011, p. 131),

Urge responsabilizar o agente público pela omissão, identificando-o pessoalmente para o fim de alijá-lo da Administração Pública. Geralmente as justificativas para a omissão consistem nas mesmas teses de sempre: falta de condições para fiscalizar, ausência de recursos etc., quando, a bem dizer, a omissão decorre de atividade ilícita do administrador, que prefere evitar tomar medidas impopulares a perder seus eleitores, mesmo que da omissão advenha risco à coletividade. Administrar é aplicar a lei de ofício. Impossível sustentar o desconhecimento da obrigação de atuar. Por mais despreparado que seja o membro do Poder Público, obrigado a tomar as medidas preventivas, é certo que se vê assessorado por técnicos, inclusive da área jurídica. Manifesto, assim, o dolo, sempre que retarda ou deixa de praticar ato de ofício, em ofensa aos princípios da Administração Pública.

Indisfarçável, portanto, que o efetivo combate à indevida desobediência patrocinada, em tese, pelo Alcaide, deve, necessariamente, percorrer a responsabilização pela prática de duas modalidades de ilícito, vale dizer, o ilícito penal e o ilícito civil.

Conclusão

Aceita-se que, em um Estado Democrático de Direito, apenas bens jurídicos de extremo relevo para a sadia convivência social podem ser objeto de atenção do legislador penal ordinário.

Ocorre que, concretizar o conteúdo material do delito implica, à evidência, exercitar inequívocos juízos de valor.

Assim sendo, a transposição do conceito abstrato de bem jurídico-penal para a concretização dos bens e valores que o legislador está autorizado e, por vezes, até obrigado a criminalizar reclama a necessidade de se operar um instrumento idôneo capaz de servir, com segurança, de parâmetro ao sistema penal.

Nessa senda, é justamente a Constituição Federal que assume tal condição, atuando como limite negativo do Direito Penal, “posto que será admi-

tida toda criminalização que não atente contra o texto constitucional” (PONTE, 2008, p. 164).

Destarte, a criminalização de condutas que importem na recusa, no retardamento ou na omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública, quando requisitados pelo Ministério Público aos Prefeitos Municipais, encontra amparo na Carta Política de 1988 que, com muita clareza, confiou à Instituição o especial mister de defender o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

Para tanto, resta evidenciado que é justamente nesse modelo de Estado que o Direito Penal revela sua dupla face, pois, por um lado, este ramo do Direito assume papel claramente voltado a restringir liberdades públicas e, por outro, apresenta-se como imprescindível instrumento de promoção e efetivação dos direitos fundamentais.

Essa verdadeira simbiose existente entre a efetiva defesa dos direitos transindividuais e a necessidade de se socorrer de norma penal que assegure ao Ministério Público o escorreito exercício de suas precípuas funções reclama, em última análise, que se faça séria e comprometida exegese do art. 10 da Lei da Ação Civil Pública, sob pena de se ver comprometido todo o sistema jurídico construído para a efetivação dos direitos fundamentais e, por conseguinte, a eficácia irradiante da norma hipotética fundamental que a ele orienta.

TURESSI, F. E.; TEBET, M. A. de C.; SALVADORI, M. The crime of disobedience to the requisition issued by the Public Prosecution Office in civil investigation and the criminal responsibility of the municipal mayor. *Justitia*, São Paulo, v. 207, p. 63-88, Jan./Jun. 2016.

- **ABSTRACT:** This article seeks to analyze the crime of disobedience provided for in Article 10 of Law No. 7,347, of July 24, 1985 when practiced by the Mayor in the light of the constitutional profile given to public prosecutors by the Federal Constitution of 1988.
- **KEY WORDS:** Public Prosecution Office. Request power. Civil survey. Disobedience. Mayor.

Referências

AKAOU, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. São Paulo: RT, 2003.

- ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal: sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- FERRARESI, Eurico. *Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992 comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. 3ª atualização. Campinas: Millennium, 2009. v. 3.
- FREITAS, Gilberto Passos de. Breves considerações sobre o crime de desobediência da lei da ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: RT, 2015.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Ministério Público: a Constituição e as leis orgânicas*. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.
- PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça*. São Paulo: RT, 2001.
- ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. Breves comentários ao art. 10 da Lei nº 7.347/85. *Revista CEJ*, Brasília, n. 35, p. 28-34, out./dez. 2006.
- RUSCONI, Maximiliano. *Las fronteras del poder penal*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2005.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. ampliada y actualizada. Montevideo: B de F, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

Questões Atinentes ao Júri

Ronaldo Batista PINTO*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 A constitucionalidade da decisão de impronúncia. 2 Inovação na tréplica. 3 Exibição e leitura de documentos em plenário. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** O artigo trata de questões palpitantes alusivas ao procedimento do Tribunal do Júri, inauguradas com a reforma processual de 2008, mas que ainda geram intensos debates na doutrina e na jurisprudência.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Júri. Impronúncia. Tréplica e documentos em plenário.

Introdução

A despeito do tempo transcorrido desde a reforma de 2008, que introduziu profundas alterações na sistemática do Júri, nem por isso alguns temas deixaram de inspirar debates intensos. Daí decorre o objetivo deste trabalho, que analisa questões controversas, todas relacionadas ao procedimento do Júri.

1 A constitucionalidade da decisão de impronúncia

São respeitáveis as críticas formuladas à sentença de impronúncia no ponto em que, nos termos do parágrafo único do art. 414 do Código de Processo Penal, prevê a reabertura do processo em face do surgimento de novas provas. Haveria, aqui, afronta ao princípio que veda o *ne bis in idem*, o qual proíbe alguém ser julgado duas vezes pelo mesmo fato.

Esse é o entendimento de Vicente Greco Filho (2000, p. 122), a se conferir:

No caso de impronúncia, enquanto não extinta a punibilidade, poderá, em qualquer tempo, ser instaurado processo contra o réu, se houver prova nova; no caso de absolvição sumária, ocorre a coisa julgada material, que é absoluta e soberana em

* Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Professor universitário. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp).

favor do réu. Tal distinção, porém, é inadmissível em face do princípio constitucional do *ne bis in idem*, ou seja, ninguém poderá ser processado penalmente duas vezes pelo mesmo fato. Considerando que, na impronúncia, a cognição do juiz é também plena e profunda, na medida em que deve examinar as provas dos autos e não se convencer da existência do crime e indício de que seja o réu o seu autor, não tem sentido que se continue a aceitar que o réu não tenha sido processado, quer no sentido teórico, quer no sentido prático, de todos os ônus que tal situação acarreta para o acusado, inclusive no plano moral. Não é argumento jurídico dizer-se que o “homicídio é o crime rei”. Qualquer crime pode ser atribuído à competência do júri e não ser por isso que o seu julgamento por falta de prova do fato ou autoria resulte na possibilidade de novo processo, havendo novas provas.

Demais disso – outra crítica – diz respeito ao fato de que a possibilidade de revisão da sentença de impronúncia, com a consequente reabertura do processo em face do surgimento de novas provas, prestar-se-ia como verdadeira *espada de Dâmocles* a pender sobre a cabeça do réu que, a qualquer momento, poderia ver reaberto o processo, em franca violação, inclusive, ao princípio da presunção de inocência (RANGEL, 2007, p. 182).

Ousamos discordar desses respeitáveis entendimentos. De se anotar, desde logo, que em favor da lei há uma presunção que milita, invariavelmente, no sentido de sua constitucionalidade. É o que consiste no chamado *princípio da constitucionalidade das leis*, pelo qual o ato normativo somente perde sua eficácia e validade mediante uma declaração judicial que declare sua desconformidade com a Constituição. Na lição de clássica de Luís Roberto Barroso (2009, p. 193):

[...] o princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis, é uma decorrência do princípio geral da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade do Judiciário, que, em reverência à atuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-lhes os atos diante de casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável.

Por conta desse princípio, portanto, somente se for patente a inconstitucionalidade ela deve ser declarada, em situações nas quais não se possa interpretá-la em consonância com a Carta, sob pena de indevida ingerência no Poder Legislativo. Como observa João Pedro Gebran Neto (2002, p. 108):

[...] o intérprete deve tentar extrair validade das leis e dos atos normativos do Poder Público sempre que possível, só declarando sua inconstitucionalidade quando esta for flagrante e incontestável. A declaração de inconstitucionalidade sempre é medida excepcionalmente adotada, porque implica restrição ao exercício de atividade legítima de outro Poder.

Imaginar-se, destarte, que a possibilidade de reabertura do processo, prevista no parágrafo único do art. 414 do CPP, violaria o princípio do *ne bis in idem*, seria ignorar os direitos individuais da vítima e o direito à segurança da qual é titular a sociedade, ambos com assento constitucional e tão caros quanto o direito do réu em não se ver processado duas vezes pelo mesmo fato. Essa formulação nos parece bastante razoável, capaz de preservar a presunção da constitucionalidade do dispositivo, pois sopesa ambos os direitos, de modo a prevalecer a possibilidade de reabertura do processo, sobretudo quando se cuida de crime gravíssimo, por atentar contra o bem jurídico mais valioso – a vida –, a reclamar forte atuação estatal em seu combate.

Mesmo a afirmação no sentido de que o réu seria processado duas vezes, pelo mesmo fato, merece uma reflexão mais aprofundada e guarda pertinência com a própria natureza jurídica da decisão de impronúncia. Com efeito, embora impugnável por meio de apelação, segundo a redação atual do art. 416 do CPP, continuamos a entender ser a natureza jurídica dessa decisão interlocutória mista, de conteúdo terminativo, pois encerra uma primeira fase do processo, sem ingressar no mérito. Ora, se não há investigação sobre o mérito, tarefa que cabe exclusivamente ao Júri, nada impede a rediscussão da causa, sobretudo quando o legislador teve o cuidado de exigir a oferta de outra denúncia ou queixa, em face do surgimento de novas provas (art. 414, parágrafo único, do CPP), preservando, assim, o contraditório e a ampla defesa do acusado. O que os críticos não explicam é a forma de solucionar a hipótese na qual, inicialmente impronunciado o réu, porque não localizado o corpo da vítima, este venha posteriormente a surgir. Sobretudo quando nosso Direito não admite a chamada revisão criminal *pro societate*. Ficaria o Es-

tado impedido de agir em tão clamorosa situação? Haverá quem afirme que, em outras situações, cuidando-se de crimes que não são sejam da competência do Tribunal do Júri, pode ocorrer o mesmo, isto é, uma vez absolvido o réu, com o trânsito em julgado da sentença, nada mais poderá ser feito. É verdade, mas nenhum caso – insistimos – dirá respeito a crime de tamanha gravidade como aqueles que são levados ao Júri, a agir, em seu trato, especial cuidado do legislador.

A propósito, não temos dúvida em afirmar que, na prática, eventual remoção do mundo jurídico desse dispositivo, porque inconstitucional, implicaria inegável prejuízo aos réus. Isso porque ninguém ignora o caráter de excepcionalidade da sentença de absolvição sumária, por subtrair do Júri (seu juiz natural, segundo a Constituição), o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Em outros termos, situações nas quais o réu seria impronunciado, com a extinção dessa espécie de decisão, invariavelmente redundariam na pronúncia, levando o agente a Júri, sujeitando-o a uma condenação despida de provas, passível de ocorrência ante a inexistência de motivação das decisões do Conselho de Sentença e de definitividade, em face do princípio constitucional que garante a soberania do *decisum*.

Também não comungamos da tese pela qual a decisão de impronúncia acarretaria numa situação de incerteza para o réu, dada a possibilidade de reabertura do processo que, de resto, afrontaria o princípio da presunção de inocência. Primeiro, porque a possibilidade de reabertura do processo sofre uma limitação temporal, na medida em que perdura enquanto não verificada a prescrição. Passado esse lapso, não é mais possível falar-se em novo processo. Segundo, pelo fato de que não será toda e qualquer prova que autorizará outra denúncia ou queixa, mas somente aquela prova nova, formal ou substancialmente nova. Terceiro, em razão de que o réu não sofre qualquer condenação, podendo, ainda, ser absolvido pelo Júri, caso a nova acusação redunde em pronúncia.

Aliás, a se privilegiar esse entendimento, tem-se uma situação muito mais grave ao réu no art. 366 do CPP, quando, citado por edital, não comparece e tampouco constitui defensor. Aqui ocorre a interrupção do lapso prescricional, com a suspensão do processo (perdurando, assim, a situação de incerteza), mas com um fator agravante, que consiste exatamente na possibilidade da decretação de sua prisão preventiva. Apesar disso, ao que sabemos, ninguém jamais sustentou a inconstitucionalidade desse dispositivo, saudado, ao revés, como salutar ao réu, por im-

pedir sua condenação mesmo ignorando a existência do processo-crime. Estas são as razões pelas quais não vislumbramos inconstitucionalidade na decisão de impronúncia.

2 Inovação na tréplica

Questão altamente polêmica importa em avaliar se, no procedimento do Júri, mais precisamente na tréplica, pode a defesa trazer ao debate tese jurídica até então inédita. Suponhamos, assim, que a linha defensiva venha se desenvolvendo no sentido da negativa de autoria. Poderia a defesa, já na tréplica, inovar a fim de sustentar a legítima defesa? A respeito de tal questão desenvolveremos essas breves linhas.

Pois bem. A doutrina mais antiga não cuidou da matéria e, a mais moderna, mostra-se dividida. Também na jurisprudência a matéria não é tranquila. Pela impossibilidade de se inovar, na tréplica, a tese defensiva, confirmam-se: RT 602/393 e 485/299. Em sentido contrário, admitindo a inovação, vejamos RT 696/331, 661/269 e 630/303.

Embora reconhecendo o debate que se desenvolve em torno da questão, entendemos ser mesmo incabível deferir-se à defesa a possibilidade de, na tréplica, invocar tese nova, até então não ventilada nos debates.

Os argumentos em sentido contrário, quando admitem a inovação, são basicamente os seguintes:

- a) o princípio do contraditório, de índole constitucional, garante a possibilidade de a parte contrária se manifestar a respeito de alguma prova nova ou fato novo surgido no transcurso do processo, mas não obriga a oitiva do *ex adverso* se a novidade se referir a teses jurídicas. Tanto que – argumentam os que admitem a inovação – no procedimento comum, com o julgamento afeto a um juiz togado, se surgir nova tese invocada pela defesa em suas alegações finais, cumprirá ao magistrado proferir a sentença e não determinar o pronunciamento do órgão acusatório;
- b) vigora no procedimento do júri o princípio da *plenitude da defesa*, de maior abrangência do que a mera *ampla defesa*. Por conta disso, nenhum obstáculo deve ser tolerado, capaz de afrontar esse princípio, que autoriza a sustentação de qualquer tese, a todo momento, desde que em favor do réu. Chegou-se a afirmar que “o Ministério Público, sim, tem que abrir o jogo. O réu pode surpreender o Ministério Público” (STJ, RE 5.329-GO, 6ª Turma, voto do

- min. Vicente Cernicchiaro, j. em 31.8.1992). Porém, é salientado que, o juiz, percebendo que a tese nova, por ilógica, é capaz de prejudicar o réu, deve dá-lo por indefeso, dissolvendo o Conselho de Sentença;
- c) a possibilidade de apartes concedidos ao órgão acusatório, restabelece o contraditório;
- d) a acusação jamais poderá alegar ter sido tomada de surpresa, pois cabe a ela *prever* os argumentos que serão utilizados pela defesa (RT 693/331).

Com a devida vênia, parece equivocada essa argumentação. É preciso, inicialmente, averiguar o alcance do princípio constitucional do contraditório. Segundo ensina a doutrina, o contraditório se constitui na “ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”, na exata lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1973, p. 80). Vê-se, portanto, que a preocupação desse princípio é de garantir a igualdade entre as partes. A mesma arma que se concede a uma parte deve também ser concedida a outra, de modo a garantir a absoluta igualdade entre ambas. Com efeito, como destaca Vicente Greco Filho (2000, p. 63), no contraditório “todos os atos do processo devem ser realizados de modo que a parte contrária possa deles participar ou, pelo menos, possa impugná-los em contramanifestação”. Daí discordamos de que a necessidade da audiência bilateral, tão cara aos romanos (*audiatur et altera pars*), refira-se apenas a fatos ou provas novas e não a teses jurídicas novas. Uma tese jurídica, até então inédita, surgida no plenário apenas na tréplica, não deixa de ser um *fato novo* e, assim, deveria permitir a manifestação da parte contrária. Máxime quando se sabe que, no Júri, os jurados julgam, basicamente, questões de fato e não de direito. Daí a oportuna lição de Giovanni Leone, citado por Demercian e Maluly (2014, p. 46), para quem “o princípio do contraditório consiste no dever imposto ao juiz de ouvir todas as partes, assegurando-lhes que intervenham e exponham suas razões de convencimento”. Reiteremos: o princípio do contraditório determina não apenas a audiência da parte contrária sobre fato ou prova, indo além para garantir a ampla manifestação a respeito de qualquer ponto do debate, quer se trate de questão fática ou jurídica. Aresto do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em que foi relator o Min. Sálvio de Figueiredo, coloca bem a matéria:

[...] o princípio do contraditório, com assento constitucional, vincula-se diretamente ao princípio maior da igualdade substancial, sendo certo que essa igualdade, tão essencial ao

processo dialético, não ocorre quando uma das partes se vê cerceada em seu direito de produzir prova ou debater a que se produziu (*Informativo do STJ* nº 1/378).

Se não há possibilidade dessa manifestação, sob pena de tornar-se infundável o debate, então que não se admita sua utilização, evitando, assim, tomar de surpresa a acusação.

A comparação que se pretende estabelecer entre o procedimento comum no qual o juiz não deve abrir vista à acusação para se manifestar sobre tese jurídica nova suscitada pela defesa e o procedimento do Júri, é absolutamente equivocada. Primeiro, porque, na prática, quase sempre os juízes, preocupados com a igualdade processual, facultam, sim, à acusação a possibilidade de se manifestar sobre questão jurídica nova trazida pela defesa em suas alegações finais. Segundo, pelo fato de que uma decisão da lavra de um juiz togado revela contornos completamente diversos daquela proferida pelo Conselho de Sentença. Ora, os jurados, leigos que são nas coisas do Direito, decerto se impressionarão muito mais com uma tese jurídica nova trazida pela defesa, sobretudo quando apresentada por último e sem a possibilidade de contestação pela acusação. Já ao juiz togado o ineditismo não acarretará alteração alguma em sua convicção. É, portanto, incabível a analogia que se pretende firmar entre as duas situações, uma vez que fincadas em pressupostos distintos.

Também não aproveita o segundo dos argumentos elencados em favor da possibilidade de inovação, que se funda no princípio da plenitude de defesa, de maior abrangência se comparado à ampla defesa. Vale atentar, de início, que os constitucionalistas, em sua maioria, não identificam qualquer distinção entre os princípios da plenitude de defesa, previsto para o procedimento do Júri e o da ampla defesa, exigido para os demais procedimentos judiciais. Assim, Cretella Júnior (1992, p. 469) ensina:

[...] a plenitude de defesa do réu, ou acusado, diante do conselho de sentença e do juiz que preside ao julgamento, é princípio que, fixado no início do art. 5º, XXXVIII, “a”, desta Constituição de 5 de outubro de 1988, mais adiante se repete, em inciso do mesmo art. 5º sob nº LIV (“ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal”) e sob número LV (“aos acusados, em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa”).

Alexandre de Moraes (2013, p. 307), por sua vez, assenta:

[...] a plenitude de defesa encontra-se dentro do princípio maior da ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal. Além disso, conforme saliente Pontes de Miranda, na plenitude de defesa inclui-se o fato de serem os jurados tirados de todas as classes sociais e não apenas de uma ou de algumas.

Já Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 21), comentando esse princípio ao tratar do Júri, relaciona várias de suas manifestações, como a impossibilidade de alguém ser processado sem defensor, da necessidade da pena ser aplicada apenas por um juiz, da possibilidade que se confere ao réu de interpor recursos, de ser ouvido após a acusação, de ser intimado das decisões etc.. Ora, todos esses exemplos de exercício da plenitude de defesa se aplicam, igualmente, ao princípio da ampla defesa. Aliás, não se entende por a razão pela qual o constituinte teria optado por uma defesa *plena* para o Júri e se contentado, para os demais procedimentos, com uma defesa *ampla*, ferindo o princípio da isonomia em nítido prejuízo para o réu que não cometeu um crime doloso contra a vida.

Mas admitamos que o constituinte não pretendeu apenas reforçar a ideia de ampla defesa quando cogitou da plenitude da defesa, mas que tenha, efetivamente, tido a preocupação em garantir uma defesa absoluta, sem qualquer restrição, muito mais abrangente que a mera ampla defesa, que guardou para os demais procedimentos. Mesmo que tenha sido essa a *ratio legis*, será válida a inovação na tréplica? Continuamos entendendo que não.

De sorte que estabelecer-se a plenitude de defesa não significa dizer que a intenção do constituinte tenha sido de livrar o réu de todo e qualquer regramento processual. A plenitude de defesa não deve jamais importar no estabelecimento de um verdadeiro *vale-tudo*, desprovido de qualquer disciplina e em franca violação às normas processuais. A se privilegiar tal entendimento, dever-se-ia permitir, por exemplo, que a defesa ocupasse a tribuna por quatro ou cinco horas, já que qualquer limitação contida no art. 474 feriria o princípio da plenitude da defesa. Sob essa ótica, ainda, não obstante o teor do art. 479, jamais poder-se-ia impedir a defesa de apresentar documento novo em plenário, mesmo que tomando a acusação de surpresa. Também não seria plena a defesa se o juiz in-

deferisse o requerimento defensivo que pretendesse ouvir dez testemunhas em plenário, apesar do disposto no art. 422. Ora, já decidiu o STF:

[...] os princípios constitucionais que garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, o contraditório e a ampla defesa, não são absolutos e não de ser exercidos, pelos jurisdicionados, por meio das normas processuais que regem a matéria, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a inadmissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuídos nas normas instrumentais” (STF – Pleno – Ag. Rg. nº 152.676/PR – Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, Seção I, j. em 3.11.1995).

Vemos, portanto, que o mandamento constitucional que trata da *plenitude de defesa* não deve ser interpretado a ponto de isentar a defesa de submissão às regras do processo, sob pena de se estabelecer a balbúrdia, obstando, inclusive, o esgotamento da prestação jurisdicional.

Tampouco de isentar o defensor de outro princípio que é típico do processo, qual seja, o que prega a *lealdade processual*. Com efeito, na lição de Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 38-39):

[...] sendo o processo, por sua índole, eminente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele faltando ao dever de verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos. Já vimos que o processo é um instrumento posto à disposição das partes não somente para a solução de suas lides, como também para a atuação do direito. Diante desta sua finalidade, deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins. O princípio que impõe esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo [...] denomina-se princípio da lealdade processual.

Indagamos, então, agora com uma visão prática, extraída do cotidiano do Júri: qual a tese que, até então ignorada pela defesa, seria capaz de surgir apenas na tréplica? Que poder sobrenatural é esse que, assolando abruptamente o defensor, o inspiraria a ponto de cogitar de uma versão até então

inédita? Ora, a experiência revela que a inovação na tréplica implica, isso sim, estratégia desonesta cujo objetivo é ludibriar a acusação que, a essa altura, já não mais encontrará tempo hábil para refutá-la. Para se valer da mesma figura de linguagem utilizada no julgamento do STJ, cuja ementa foi transcrita linhas atrás, trata-se de carta que a defesa, astuciosamente, tira do bolso do colete, movida por intensa má-fé, capaz de quebrar a regra do jogo.

Curiosa, outrossim, a solução preconizada pelos que sustentam a possibilidade de inovação quando a tese surgida à última hora for prejudicial ao réu, por ser, *v.g.*, ilógica. Suponhamos que a legítima defesa tenha sido sustentada durante o processo e, na tréplica, venha o advogado com a negativa de autoria. Alegam que cumpre ao juiz, nesse caso, impedir tal espécie de argumentação, negando sua inclusão no questionário e, na insistência, dar o réu por indefeso, na forma do art. 497, inciso V. Parece contraditório tal posicionamento. Ou bem vigora a plenitude de defesa e, portanto, deve ser objeto da votação a tese inédita ou, como pensamos, essa possibilidade não deve ser cogitada e, assim, sua apreciação pelos jurados impedida. Imaginar, entretanto, que a inovação deve antes passar pelo crivo do juiz, implica, inclusive, afronta à soberania do Júri, impedido de julgar livremente.

Em nada enfraquece nosso posicionamento aventar a possibilidade de apartes, suficientes para que a acusação contestasse a tese inédita, em virtude de ser unânime o entendimento que eles devam ser curtos, precisos, limitando-se quase a uma única frase. Assim, de que forma poderia a acusação, tomada de surpresa pela nova versão, respondê-la à altura, valendo-se, quando muito, de uma ou duas intervenções?

É também equivocado o último argumento favorável à inovação, preconizado em um julgado (*RT* 693/331), pelo qual cumpre ao Promotor de Justiça *prever* os argumentos a serem utilizados pela defesa, em tese que somente pode ser interpretada seriamente quando se impede, exatamente, a possibilidade de apresentação da tese inédita. Claro: se a defesa mantiver uma linha de coerência, construída desde a fase do sumário de culpa, saberá a acusação, de antemão, qual a tese defensiva. Ao contrário, se surgir com nova tese, apenas na tréplica, retirará da acusação a possibilidade de *adivinhação* curiosamente sugerida no aresto.

Em síntese, na lição de José Frederico Marques (1955, p. 204), “a réplica é um complemento da acusação, assim como a tréplica é um complemento da defesa, e uma decorrência da regra de que o acusado sempre fala em último lugar”. Presta-se a tréplica, portanto, como o último momento processual conferido à defesa a fim de que reforce sua argumen-

tação, tornando a contestar a oração do acusador, realçando algum ponto obscuro, valendo-se de alguma frase de efeito ou mesmo utilizando-se de algum dado ainda não explorado, mas constante dos autos. Jamais se admite, porém, a utilização da tréplica como verdadeira armadilha tramada pela defesa que teve à sua disposição todo o processo para invocar as mais variadas teses jurídicas e, arditamente, deixou somente para o último momento a apresentação do argumento inédito. É da essência do Júri – repita-se – o confronto, conforme salienta Roberto Lyra (1950, p. 17), um de seus mais ardorosos defensores, para quem “toda tese tem sua antítese, toda crítica tem sua réplica, todo argumento tem seu contra-argumento”. Com essa conduta desleal, a defesa priva a parte contrária do contraditório, cerceando seu direito de acusação, em atitude que deve ser coibida pelo magistrado, a quem resta, como única alternativa, deixar de incluir no questionário quesito específico versando sobre a novidade trazida pela defesa.

3 Exibição e leitura de documentos em plenário

A regra geral quanto à prova documental, nos termos do disposto no art. 231 do CPP, é a possibilidade de sua produção em qualquer fase do processo. Essa regra, no procedimento do Júri, sofre exceção, conforme depreendemos do art. 479, ao permitir a produção de prova documental ou leitura de documentos somente quando dada à parte contrária, com antecedência de pelos menos três dias, a possibilidade de ter acesso a essa prova. A *ratio legis* é clara, já que se procura evitar que a parte adversa seja tomada de surpresa com a apresentação ou leitura de um documento, em plenário, cujo teor e autenticidade ignore, impedindo, portanto, sua contestação. Sem falar na surpresa que assaltará a parte contrária pela exibição de objeto até então desconhecido. Atende-se, assim, ao princípio da lealdade processual que deve orientar a conduta das partes.

O revogado art. 475 proibia a leitura de “jornais ou qualquer escrito”, sem que, antes, fosse adotada a cautela de comunicar à parte contrária (o prazo de antecedência, era o mesmo, de três dias). Mantida a necessidade de prévia comunicação ao adversário, a reforma de 2008 foi adiante, pois além de proibir a leitura de jornais e escritos, vedou, também, “a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados”.

Leitura de doutrina e jurisprudência – Como explica Rui Stoco (2004, p. 220), “significa, *a contrario sensu*, que não se compreende na proibição deste artigo a leitura de jurisprudência ou compêndio de doutrina ou a distribuição de cópias de peças dos autos, desde que sem quaisquer anotações, grifos ou realces”.

A exibição proibida, sem a prévia comunicação da parte contrária, é do documento que guarde pertinência com a causa – Saliente-se, porém, que somente se exige essa cautela quando o documento a ser exibido guarde alguma relação com a matéria de fato tratada no processo. Cuidando-se de questão genérica, sem relação direta com o objeto do processo, a exibição é autorizada, sem necessidade de prévia comunicação. Nesse sentido decidiu (antes da reforma) o Superior Tribunal de Justiça, ao permitir a apresentação de fita de vídeo sobre incêndio, de conteúdo, portanto, científico:

A lei processual penal é explícita ao referir que é proibida a produção de documento, cujo conteúdo verse sobre matéria de fato constante do processo, sem o conhecimento da outra parte. O julgamento só seria passível de anulação, se restasse evidenciada a relação direta entre o conteúdo da fita e o fato em julgamento, prejudicial à defesa (REsp nº 255787-PR, 5ª Turma Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 21.5.2002, DJ 01.07.2002, p. 370).

Ciência à parte adversa – Vimos que não basta a juntada do documento com antecedência mínima de três dias. É preciso que a parte contrária tome ciência desse documento antes do tríduo legal. Assim, na lição de Edilson Mougenout Bonfim (1994, p. 195), anterior à mudança em estudo, “se o promotor junta documentos cinco dias antes da data designada para o julgamento, e não obstante, a defesa não é intimada, ou intimada a destempo [...] claro está o impedimento da utilização de tal prova em plenário”.

Na doutrina havia entendimento de que bastava a juntada do documento aos autos no prazo legal, sendo irrelevante a data na qual a parte adversa, efetivamente, dele tomou ciência. Hoje a questão se encontra superada, pois a redação anterior do art. 475, que tratava da matéria, satisfazia-se com a mera *comunicação* da parte adversa, enquanto a redação atual, trazida com a reforma de 2008, é peremptória em exigir a *ciência* da parte contrária. A intimação do promotor de justiça e do defensor nomeado deve ser pessoal (art. 370, § 4º), razão pela qual, principalmente o primeiro, a fim de evitar o adiamento do julgamento ou ver-se na iminência de ser impedido de apre-

sentar o documento, deverá redobrar a cautela, juntando-o com antecedência suficiente para que o advogado do réu dele tome conhecimento, mediante mandado a ser cumprido por oficial de justiça, que poderá encontrar dificuldades na localização do defensor. Perdura o cuidado do Ministério Público sendo constituído o advogado, já que deverá ser intimado pela imprensa ou, em sua falta, por mandado ou carta com aviso de recebimento (art. 370, § 2º).

Nulidade relativa – Eventual desobediência a esse dispositivo, porém, enseja nulidade relativa, a depender, assim, de oportuna arguição (STF – RT 589/432, 589/431), bem como da comprovação do prejuízo. De sorte que, se apresentado um documento sem a prévia audiência da parte contrária, mas que não contenha nenhum dado relevante, incapaz, por isso, de influenciar no ânimo dos jurados, não se reconhecerá a nulidade. Ou, ainda, se o documento, embora não avisado o *ex adverso*, deixou de ser lido em plenário (JSTJ 213/322), ou foi apreendido pelo juiz (RT 742/618), não haverá ensejo para nulidade.

Conceito de documento – O conceito de documento é encontrado no art. 232, cujos comentários remetemos o leitor. Para o parágrafo único do art. 479, contudo, documento não é apenas um escrito, instrumento ou papel. Mais que isso, documento, em um sentido amplo, é “qualquer objeto hábil para provar uma verdade” (RT 588/393). O próprio dispositivo legal, como já salientamos, amplia esse conceito, compreendendo, nessa proibição, “a leitura de jornais ou qualquer escrito”, bem como de vídeos, gravações etc.

Casuística – Com base nesse conceito, de forma casuística, a jurisprudência elenca uma série de exemplos, nos quais se admitiu, ou não, a exibição do documento em plenário sem o prévio conhecimento da parte contrária. Trata-se, à evidência, de julgados colhidos antes da reforma, mas que ainda se revelam atuais, justificando, por isso, a pertinência de sua menção.

Assim, já se permitiu a leitura de notícia de jornal, referente ao crime praticado, sem a prévia comunicação à parte adversa, sob o argumento de que se tratava de fato notório (RT 513/326 e 460/314). Parece absolutamente equivocado esse posicionamento, já que a parte final do revogado art. 475 proibia expressamente tal leitura.

Ademais, a leitura de notícia veiculada pela imprensa referente a fatos que não são objeto do processo (alto índice de criminalidade, fatores sociais que colaboram para isso, inaptidão do cárcere para a recuperação do preso etc.), exatamente por tratarem de questões estranhas ao fato em si, é permiti-

da, sem a necessidade de comunicação ao *ex adverso* (RT 504/326 e 645/281).

Também por isso é admitida a leitura de livros técnicos contendo questões genéricas, de ordem filosófica, ética ou jurídica (STF – RT 593/460 e 634/300). Também da arma utilizada pelo réu (RT 774/563 e 632/289). Vacila a jurisprudência quanto à reconstituição do crime, ao autorizá-la sem conhecimento prévio da outra parte (RT 630/289 e JSTJ 32/327), ao exigir a prévia comunicação (RT 544/346).

A utilização, pelas partes, de métodos para melhor esclarecer a dinâmica dos fatos, como *croquis* (RT 494/374), bonecos articulados (RT 588/322), gráficos (RT 516/298) e fotografias (RT 565/313), era admitida sem a exigência de nenhuma cautela prévia. Com a inovação trazida pelo parágrafo único do art. 479, a exibição de tais documentos exigirá a comunicação prévia da parte adversa.

Já a reprodução de programa televisivo ou de fita gravada, relacionada ao fato, exigia, segundo a jurisprudência, a comunicação à parte contrária (JTJ 156/298 e RT 511/326), como também de cartas (RT 554/405) e de parecer médico-legal (JSTJ 19/235). Com a inovação, essa exigência é reforçada.

Quanto à exibição de folha de antecedentes, quer do réu, quer da vítima, entendemos ser necessária a ciência da parte contrária, se tal documento não estiver juntado aos autos (RT 610/338). Ao contrário, se o documento constar dos autos, sendo, portanto, de conhecimento das partes, a ele se pode fazer qualquer alusão sem que se fira o dispositivo legal em estudo. A exibição de outro processo movido contra o réu, sem o conhecimento da parte contrária, enseja a nulidade do feito (RT 581/285). Memoriais escritos entregues aos jurados, antes da sessão, também foram considerados ilegais (RT 589/323), inclusive por afrontar o princípio da oralidade que inspira o Júri (RT 627/287).

Calhou ao Supremo Tribunal Federal, no HC nº 85682-PR, julgado em 29 de agosto de 2006, no qual foi o relator o Ministro Cezar Peluso, ressaltar que **“não ofende o disposto no art. 475 do Código de Processo Penal, nem outra norma qualquer, a leitura, durante sessão do tribunal do júri, de cópia ou extrato de sentença condenatória do réu noutro processo, se tal documento já constava dos autos na certidão de antecedentes”** (*Diário da Justiça* n. 188, de 29 de setembro de 2006).

O argumento de que já se valeu a doutrina no sentido de que cumpre ao juiz coibir a utilização da folha de antecedentes, alertando o Conselho de Sentença a respeito da presunção de inocência do réu, é absolutamente equivocado. Ora, estando o documento juntado aos autos, ele passa a ser público e, por isso, cada parte o utiliza da forma que parecer mais conveniente à sus-

tentação de seus argumentos. Cabe aos jurados, e somente a eles, a análise da pertinência ou não das teses sustentadas com base naquele documento. A intervenção do juiz alertando aos jurados de que, embora da folha de antecedentes do réu constem inúmeros processos, deve ser presumida sua inocência, importaria em inequívoca interferência no ânimo dos leigos, que ficariam impressionados com aquela manifestação, em evidente prejuízo à acusação.

Da mesma forma, não se concebe a conduta do juiz que, interrompendo a defesa ou mesmo na sala secreta, informe aos jurados que a folha de antecedentes da vítima não constitui dado relevante para o deslinde do caso. Uma atuação pautada por tal comportamento afrontaria a própria essência do Júri, que se caracteriza pela soberania dos vereditos, sem que se exija dos jurados a fundamentação de seus votos, último resquício do sistema da íntima convicção do julgador. Se a condenação ou absolvição se fundamentar, indevidamente, na folha de antecedentes do réu ou da vítima – hipótese que, na prática, parece de difícil comprovação – caberá à parte prejudicada apelar ao Tribunal de Justiça a fim de que outro julgamento seja realizado, com a consequente anulação do primeiro com fulcro no art. 593, inciso III, alínea *d*, do CPP.

Conclusão

As colocações formuladas linhas atrás nos permitem chegar a algumas conclusões. A primeira delas, no sentido de que a decisão de impronúncia, em absoluto, reveste-se de inconstitucionalidade. É que, em favor da norma, milita sempre o *princípio da constitucionalidade das leis*, pelo qual somente em casos excepcionais se reconhece sua inconstitucionalidade, o que, tivemos a intenção de demonstrar, não é o caso do art. 414 do CPP. Tampouco há que se afirmar que, na impronúncia, o réu permaneceria em uma situação de incerteza, uma vez que sempre sujeito a um novo processo. Primeiro, porque a pretensão punitiva do Estado, em dado momento, pode ocorrer, atingida que foi pela prescrição. Segundo, pelo fato de que a renovação do processo (com nova acusação) somente ocorrerá quando provas novas surgirem, a exigir a oferta de nova denúncia ou queixa e seu eventual recebimento.

Em seguida, analisamos a inovação na tréplica, concluindo pela impossibilidade dessa conduta. Com efeito, abrir-se à defesa a possibilidade de, na tréplica, já ao final dos debates, trazer uma tese até então inédita viola o princípio da lealdade processual. Afinal, se os debates em plenário se orientaram em determinado sentido (na maioria das vezes o mesmo adotado des-

de a fase inicial do processo), não há nenhum fundamento lógico para que, na última intervenção defensiva, sejam todos tomados de surpresa com uma tese inédita, que não poderá ser refutada pela acusação em face da impossibilidade de avaliá-la em tempo hábil.

Tratamos, por derradeiro, da regra contida no art. 479 do CPP, específica do procedimento do Júri, que regulamenta a exibição de documentos em plenário, quando fizemos ressaltar a necessidade de dar ciência à parte adversa com, no mínimo, três dias de antecedência da realização do Júri. Mais atentos, aqui, a questões de ordem prática, colacionamos entendimentos jurisprudenciais sobre o conceito de documento, com o intuito de explicar quais deles se submetem à regra do mencionado dispositivo legal.

PINTO, R. B. Matters relating to the jury. *Justitia*, São Paulo, v. 207, p. 89-105, Jan./Jun. 2016.

- **ABSTRACT:** This paper deals with throbbing issues related to the procedure of the Jury Court, inaugurated with the procedural reform, in 2008, which still generates intense debates on doctrine and jurisprudence.
- **KEY WORDS:** Jury. Acquittal. Rejoinder and documents in plenary.

Referências

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. I.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*. São Paulo: RT, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. *Tribunal do Júri*: estudo sobre a mais democrática instituição brasileira. Coordenador Rogério Lauria Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LYRA, Roberto. *O júri sob todos os aspectos*: textos de Ruy Barbosa sobre a teoria e a prática de instituição. Rio de Janeiro: Imprensa, 1950.

MARQUES, José Frederico. *O júri no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1955.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

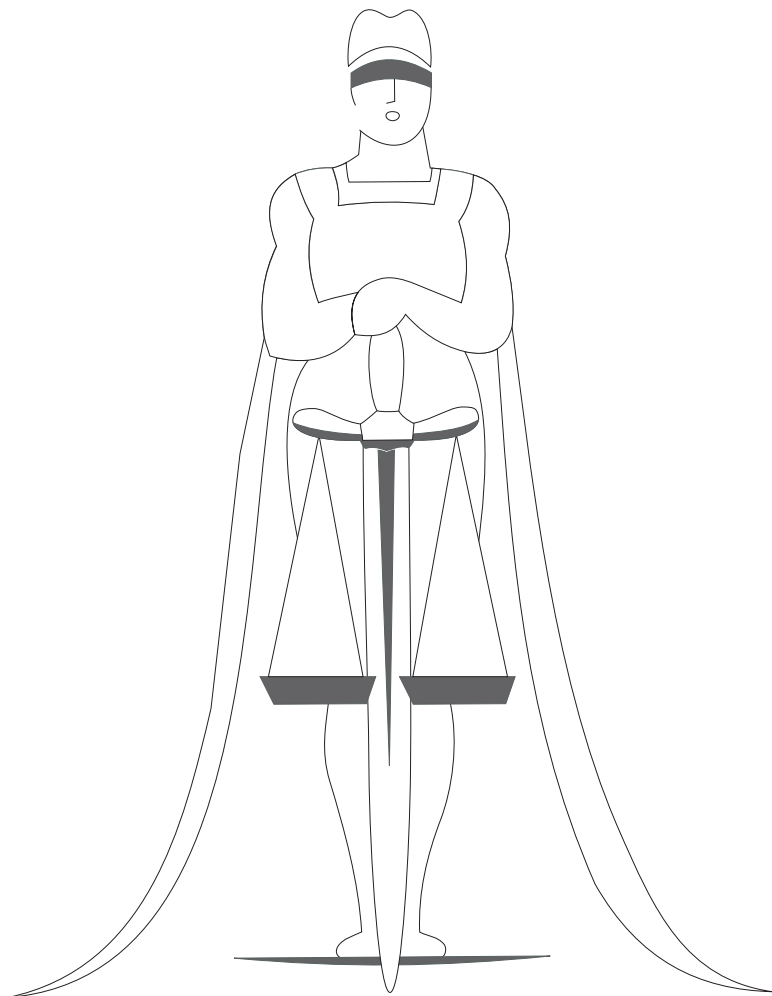
STOCO, Rui. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do Júri*: estudo sobre a mais democrática instituição brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CÍVEL

CIVIL



Arbitragem no Direito Brasileiro com Ênfase na Convenção Arbitral: Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral¹

Fernando Luz Sinimbu PORTUGAL*

“De tudo quanto se escreve, agrada-me apenas o que alguém escreve com o próprio sangue. Escreve com sangue e aprenderás que sangue é espírito.”

(NIETZSCHE, 2009)

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Evolução histórica da arbitragem. 1.1 Evolução da arbitragem na história mundial. 1.2 Evolução da arbitragem na história brasileira. 2 Conceito de arbitragem. 3 Natureza jurídica da arbitragem. 3.1 Teoria contratualista. 3.2 Teoria jurisdicional. 3.3 Teoria híbrida. 4 Constitucionalidade da arbitragem. 5 Arbitragem no Direito do Trabalho. 6 Da Lei nº 9.307, de 12 de setembro de 1996. 6.1 Da legitimidade, do objeto e dos critérios da arbitragem. 7 Da convenção de arbitragem e seus efeitos. 7.1 Da cláusula compromissória. 7.2 Do compromisso arbitral. 7.3 Compromisso arbitral e cláusula compromissória. 8 Da arbitragem e das cartas arbitrais no CPC de 2015. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** O presente ensaio tem por intuito abordar a historicidade, a constitucionalidade, as características e as controvérsias arbitrais, no tocante às cláusulas compromissórias e ao compromisso arbitral. Apesar de se terem passado 19 anos da positivação da Lei nº 9.307/1996, não

¹ Artigo adaptado para a Revista *Justitia*, resultante de Monografia elaborada para o Curso de Direito da PUC/MG, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Profa. Maria Emília Naves Nunes, Belo Horizonte, 25 de maio de 2015.

* Advogado. Pós-graduando na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG).

há ainda ênfase na discussão do tema. Existe, porém, certo descaso e certa omissão do meio jurídico para com o instituto, seja pela desconfiança, seja pela falta de domínio do assunto. Em razão disso, este traz uma pesquisa mais detalhada da Arbitragem Brasileira, com ênfase na Convenção Arbitral, isto é, nas cláusulas compromissórias e compromissos arbitrais. As fontes de pesquisa são doutrina, artigos científicos, jurisprudências e normas jurídicas de diversos ordenamentos jurídicos, isto é, do Direito Comparado.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem. Cláusula arbitral. Cláusula compromissória. Direito.

Introdução

Conflitos são próprios do convívio. Desde a antiguidade, os seres humanos formulam alternativas para solucioná-los, para minimizá-los e para evitá-los. O Estado, pois, nasce dessas necessidades.

Ocorre que, mesmo antes da criação da jurisdição estatal, o ser humano utilizava-se de um procedimento interessante para dirimir conflitos privados ou públicos – a Arbitragem –, mediante a eleição de terceiro como árbitro. Eis que, com o crescimento e com o fortalecimento do Estado, a instituição cedeu parte de seu espaço à jurisdição estatal, porém não perdeu sua importância.

O presente texto o intuito de elucidar a origem histórica, o conceito, a natureza jurídica e a constitucionalidade da Arbitragem e, destarte, da Convenção Arbitral, além da formação da Lei Específica que regulamenta o tema e a relação com outros ramos do Direito.

1 Evolução histórica da Arbitragem

1.1 Evolução da Arbitragem na história mundial

A Arbitragem é um procedimento utilizado para solucionar conflitos desde os primórdios, podendo ser considerada um dos mais antigos institutos no Direito, uma vez que, “mesmo em tempos onde não se cogitava da existência de um direito internacional, muitas das formas de soluções pacíficas de litígios entre grupos sociais já tinham aparecido”. (SOARES, 1978, p. 375).

Relatos do instituto arbitral foram realizados pela primeira vez entre Cidades-Estados na antiga Babilônia, relativos a dissídios ocorridos por volta dos anos 3000 a.C., como Soares (1978).

É compreensível técnicas extrajudiciais terem sido elaboradas na Antiguidade, visto que o Estado não era perene e forte o bastante para oferecer soluções satisfatórias às pretensões conflituosas.

A arbitragem, no âmbito privado, foi uma realidade corriqueira durante a Antiguidade. Há relatos em textos filosóficos, bíblicos e religiosos diversos, como no Alcorão, e em diversas culturas.

Segundo o pensamento de Aristóteles: “o árbitro visa à equidade, enquanto o juiz visa à lei, motivo por que se criou o árbitro, para que se pudesse invocar a equidade”. (COUTINHO, 1999, p. 08)

O Rei (Salomão) disse: “Esta afirma: ‘Meu filho está vivo, e o seu filho está morto’, enquanto aquela diz: ‘Não! Seu filho está morto, e o meu está vivo.’ Então o Rei ordenou: “Tragam-me uma espada”. Trouxeram-lhe. Ele ordenou: “Cortem a criança viva ao meio e deem metade a uma e metade à outra.” A mãe do filho que estava vivo, movida pela compaixão materna, clamou: “Por favor, meu senhor, dê a criança viva a ela! Não a mate!” A outra, porém, disse: “Não será nem minha, nem sua. Cortem-na ao meio!” Então o Rei deu seu veredicto: “Não matem a criança! Deem-na à primeira mulher. Ela é a mãe.” Quando todo o Israel ouviu o veredicto do Rei, passou a respeitá-lo profundamente, pois viu que a sabedoria de Deus estava nele para fazer justiça. (BÍBLIA, 1 Reis, 3)

Que é isto, que vocês quando têm alguma coisa contra o outro cristão vão à justiça, e pedem a um tribunal pagão que decida a questão, ao invés de levá-la a outros cristãos para decidirem quem de vocês é que está certo? (BÍBLIA, I, Coríntios 6,1-6)

E quando dois grupos de fiéis combaterem entre si, reconciliai-os, então. E se um grupo provocar outro, combatei o provocador, até que se cumpram os desígnios de Deus. Se, porém, se cumprirem (os desígnios), então os reconciliai eqüitativamente

e sede equânimes, porque Deus aprecia os equânimes. (AL-CORÃO, 49ª Surata, versículo 9²)

Há ainda o mito da disputa pelo patronado da Cidade de Atenas. Segundo Robert Graves, na obra *O Grande Livro dos Mitos Gregos*, Atena e Poseidon disputavam entre si a posse de Ática (região grega). Zeus, ao perceber o conflito entre ambos, submeteu a querela ao *arbitrio* dos demais deuses, a uma espécie de *Tribunal de Arbitragem*. Eis que a decisão proferida foi favorável a Atena.

A internacionalização da arbitragem teve sua origem na Grécia Antiga, tendo por objeto questões fronteiriças das Cidades-Estados. Os autores helenos, em diversas obras, apontam os deuses como árbitros em questões mundanas.

[...] se as soluções pacíficas puderam existir na Grécia antiga, foi porque existiu a possibilidade de haver deuses comuns a várias cidades, portanto, valores comunitários mais amplos, o que de fato aconteceu, na medida em que se firmou uma religião pan-helênica e se criou um verdadeiro direito intermunicipal. (SOARES, 1978, p. 374-402)

As questões fronteiriças interpátrias não foram o único objeto do instituto. A arbitragem também serviu de papel essencial na solução de conflitos internacionais privados, no momento em que foram estipuladas, nos tratados, cláusulas que se referiam ao bem-estar e à prática de “atitudes justas” em relação aos cidadãos das Cidades-Estados contratantes. O caso mais famoso da Antiguidade foi o tratado de paz entre Esparta e Atenas, chamado de *Tratado de Nícias*, que previa um procedimento acordado entre as cidades em caso de conflitos.

Durante os séculos, a prática judicial estatal grega se fortaleceu e se aperfeiçoou, porém, a prática arbitral privada coexistiu de forma intensa. Guido Fernando Silva afirma que a arbitragem era baseada em “um compromisso, contrato especial, ou um cláusula compromissória, inserta nos contratos ou tratados de comércio, de aliança ou de paz.” (SOARES, 1978, p. 376).

² Disponível em: <http://www.centroislamico.com.br/infusions/pro_download_panel/download.php>. Acesso em: 5 jan. 2015.

A referência normativa, a fonte do Direito aplicada à época, tanto na arbitragem quanto na jurisdição estatal, era, portanto, o Direito Comum Helênico, um Direito acordado, volitivo entre as Cidades-Estados.

À semelhança do que ocorre hoje, os árbitros eram escolhidos pelas partes; tratava-se, na maioria das vezes, de homens públicos ou juristas. Há também relatos de instituições religiosas terem arbitrado querelas.

No século II a.C., Roma dominou a Grécia, porém os compromissos fronteiriços acordados se mantiveram eficazes, assim como a arbitragem para solução de conflitos entre as Cidades-Estados e cidadãos, na esfera privada.

O instituto da arbitragem ganha força com o processo de expansão territorial do Império Romano. O confronto entre o sistema jurídico romano e os dos povos conquistados, principalmente daqueles cuja base do direito era consuetudinária, viriam reforçar a arbitragem como recurso ágil e eficiente na resolução dos conflitos de interesses em todos os níveis, primeiramente entre os Estados e depois entre os indivíduos dentro de um império bastante heterogêneo, composto por cidadãos, estrangeiros (bárbaros), escravos, etc., que relacionavam entre si, mormente através de uma intensa atividade comercial. (PINTO, 2002, p. 34)

Os romanos muito contribuíram para o aperfeiçoamento da técnica arbitral privada. Esta foi baseada no instituto dos Contratos, isto é, a arbitragem deveria ser prevista em contrato, era um ato de natureza pactícia. Por dispensar formalidades, rituais e leis indispensáveis no Direito Romano, a arbitragem foi largamente utilizada, tanto pela celeridade quanto pela simplicidade.

[...] se, no terreno das relações com outros povos, a contrário das relações no mundo pan-helênico, o Direito Romano regressou na aplicação da arbitragem, nas relações entre particulares, tornaram o instituto mais consentâneo com o mundo dos negócios. Outro fator importante a observar na evolução da arbitragem é que, sob a influência do ideário cristão, a arbitragem se estenderia para um domínio cinza, entre público e privado, para incluir casos em que ela se torna forçada, ao estabelecer, necessariamente, os bispos, como árbitros nas causas entre religiosos e leigos. (SOARES, 1978, p. 379)

Durante a Idade Média, a Igreja Católica mediou, conciliou e arbitrou conflitos políticos. O exemplo mais notável foi a delimitação do Tratado de Tordesilhas, fixada pelo Papa Alexandre VI, entre os Estados-Nações Portugal e Espanha.

Além dessa instituição religiosa, durante esse período histórico membros da nobreza também participaram como árbitros diante de dissídios. O ocorrido no ano de 1264 é um bom exemplo. Luís IX, rei da França, arbitrou o litígio entre Henrique III, monarca da Inglaterra, e seus barões revoltosos.

Foi também na Idade Média que a arbitragem comercial surgiu e se desenvolveu. Nesse período, houve melhorias e inovações tecnológicas que permitiram o aumento de produção e consequentes excedentes de artigos, que passaram a ser considerados bens economicamente valoráveis e a ser comercializados entre feudos, condados e principados, isto é, entre os diversos povos europeus. As feiras foram locais em que novas relações negociais afloraram e, por consequência, novos conflitos também.

Em meio a essa expansão de intercomunicação, corporações de ofício e profissões liberais – grupos formados durante esse período – exigiam soluções céleres, dinâmicas, simples e seguras. Eis, pois, a larga utilização da arbitragem em suas relações privadas.

Em 1789, houve um marco histórico mundial, ocorrido na França, qual seja, a Revolução Burguesa. Os revoltosos aspiravam mudanças político-sociais marcantes e substanciais e se inspiravam em ideais libertários para fundamentar filosófica e juridicamente a causa.

Com a queda do Ancien Régime, em 1791, foram criados decretos garantindo a segurança das decisões arbitrais entre as partes, assim como a instituição de arbitragem obrigatória durante o período franco-revolucionário. No mesmo ano, a Constituição Francesa estabeleceu que “o direito dos cidadãos de terminar definitivamente suas contestações pela via da arbitragem, não pode sofrer qualquer lesão pelos atos do poder legislativo” (Título III, Capítulo V, art. 5º, da Constituição Francesa de 1791)³.

Durante o século XX, os acordos internacionais comerciais se intensificaram, em decorrência da globalização político-econômica. São exemplos, o Protocolo de Genebra, de 1923; o Tratado de Genebra, de 1927; a institucionalização pela Organização dos Estados Americanos da Comissão Interamericana

³ Disponível em: <www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2015.

de Arbitragem Comercial (CIAC), em 1933; e a Lei-modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional realizada na Comissão das Nações Unidas, em 1985.

1.2 Evolução da arbitragem na história brasileira

Após o estudo realizado no item anterior, em relação à arbitragem em diversos períodos históricos e em diversas nações, faz-se mister a análise histórica da arbitragem no Brasil.

A primeira normatização arbitral relacionada diretamente ao Brasil foi o *Tratado de Tordesilhas*, de 1494, acordo feito entre Portugal e Espanha, intermediado pelo Papa Alexandre VI, mediante o qual foram partilhadas as terras descobertas e por descobrir entre os dois países querelantes, visto que diplomaticamente, entre si, as Nações não haviam logrado uma solução.

A origem do instituto jurídico brasileiro remonta ao contexto colonial do Império Português.

No Brasil, este instituto é legalmente conhecido desde os tempos da colonização portuguesa e, atualmente, vem encontrando um novo caminho, como provam a criação de várias câmaras arbitrais e a elaboração de projetos de lei, dos quais um projeto de autoria do senador Marco Maciel, culminou na Lei 9.307/96, lei que regula a arbitragem no Brasil. (SANTOS, 2004, p. 24)

A história da arbitragem no Brasil, mostra que houve uma sistematização desde as Ordenações Afonsinas, quando D. Afonso III publicou norma sobre “juyzes aluydores”, como pode ser visto segundo Alfredo Buzaid nos *Portugaliae Monumenta histórica, Leges ET Consuetudines*, tendo sido regulada a princípio pelas Ordenações Afonsinas, depois pelas Manuequinas e, principalmente, pelas Filipinas, que teve aplicação em nosso país até mesmo após a nossa independência. (SOUZA, 2004, p. 173)

De 1580 a 1640, houve entre esses dois Estados-Nações a chamada União Ibérica, caracterizada como o período histórico em que a dinastia portuguesa de Avis, que desde 1385 reinava em Portugal, não mais dispunha de representantes legítimos. Houve, pois, embates políticos entre os próprios lusitanos e se decidiu coroar Felipe II, da Espanha, como Rei, como monarca comum a Portugal e Espanha.

A consequência jurídica desse evento histórico para as colônias ultramarinas, principalmente para o Brasil, foi a adoção das *Ordenações Filipinas* por todo o Império Lusitano, isto é, o Brasil também se subordinou a essas normas. Frise-se que havia estipulação do juízo arbitral nas referidas *Ordenações*. A previsão do instituto jurídico da arbitragem vigeu até 1824, ano em que houve a outorga da Constituição Imperial brasileira.

[...] foi registrado nas Ordenações Filipinas que, mesmo após a proclamação da nossa independência, continuaram em vigor, sob a rubrica “Dos Juízes Arbitrais”, inserida no título XVI, do Livro II.

Disciplinavam essas Ordenações a possibilidade de recurso mesmo que as partes tivessem lavrado o compromisso arbitral com disposição expressa de cláusula “sem recurso”. Previam, ainda, a aplicação de uma multa em favor do vencedor, caso o recurso não lograsse provimento, mantendo-se, dessa forma, a decisão arbitral. Essa possibilidade de recurso, mesmo sendo consensualmente renunciada, era prevista para dar às partes maior segurança do julgado, tendo-se em vista que a decisão arbitral daquela época não estava sujeita à homologação judicial, via de juiz togado. (LENZA, 1999, p. 9/10)

A Constituição de 1824 alterou os chamados *juízos arbitrais*, os quais passariam a ser executados sem recurso, se assim fossem convencionados *inter partes*. O art. 18 previa que, “Nas cíveis e nas penais civilmente intentadas poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionassem as mesmas partes.” (LENZA, 1999, p. 10).

Em 1850, com o Código Comercial Brasileiro, ocorreu a chamada *jurisdicionalização da arbitragem*, isto é, criou-se o instituto da Arbitragem Obrigatória, para solucionar questões de contratos de locação mercantil; de matéria societária; de liquidação de sociedades; de casos de naufrágios; de avarias e de quebras. Impunham-se, à época, competências e limites diferentes entre árbitros que julgassem de acordo com normas comerciais e com cláusulas de compromisso, isto é, distinguiram-se arbitragem necessária de arbitragem voluntária. Esses institutos perduraram até 1866, ano em que se revogou a Arbitragem Compulsória (Necessária).

Um caso emblemático de arbitragem internacional brasileira foi o ocorrido em 1872. Dom Pedro II indicou o Visconde de Itajubá como árbitro

para a querela entre Estados Unidos da América e Inglaterra, decorrente da *Guerra Civil de Secessão Norte-Americana*.

1872 – Caso Alabama – Questão derivada da Guerra de Secessão americana entre Estados Unidos e Inglaterra. Nomeação de árbitro brasileiro indicado por D. Pedro II: Visconde de Itajubá. Compensações derivadas da Guerra Civil Norte-Americana⁴.

Durante a primeira República Brasileira, de 1889 a 1930, os Estados Federativos dispunham de maior autonomia em relação à União. Podiam, pois, legislar em matéria processual. Diversas unidades federativas regulamentaram a matéria, porém de formas variadas, incongruentes entre si. Houve legislações diversas referentes à arbitragem em muitas Unidades Federativas.

A Constituição de 1891 propôs o uso da arbitragem como meio de se evitar guerras e dirimir querelas que envolviam limites fronteiriços.

O Código Civil de 1916 abrangeu o instituto arbitral dos arts. 1.307 a 1.048. O Código de Processo Civil de 1936, nos arts. 1.031 a 1.046, prescreveu, também, a arbitragem. Porém, o Código de Processo Civil de 1973 revogou expressamente as disposições cíveis em relação a essa matéria, por critério cronológico, temporal.

Até a produção normativa da Lei nº 9.307/1996, a arbitragem foi um instituto desprestigiado pelos aplicadores pátrios do Direito. A disposição de um juízo arbitral deveria ser prevista por uma cláusula contratual, chamada de *Cláusula Compromissória ou Arbitral*.

Em caso de litígio, a lide era decidida por um árbitro pactuado *inter partes*, porém a sentença arbitral necessitava de homologação por um juiz togado para produzir efeitos, para gozar de eficácia, isto é, um requisito que descaracterizava o instituto, visto que a finalidade deste era evitar a interferência jurisdicional estatal.

A Lei nº 9.307/1996 proporcionou garantia de princípios básicos para o desempenho da Arbitragem, isto é, simplicidade, economia processual, celeridade, informalidade, flexibilidade (dinamismo) procedimental e referência legal robusta.

⁴ REVISTA DO Advogado, n. 51 out. 1997. Arbitragem. Texto presente no sítio eletrônico do Tribunal Regional Arbitral de São Paulo, *Evolução histórica da arbitragem no Brasil*. Disponível em: <<http://www.tra-sp.com.br/evolucao.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

2 Conceito de arbitragem

A palavra *arbitragem* é oriunda do vocábulo latino *arbiter* (juiz, jurado). No ordenamento brasileiro, esse instituto pode ser entendido, de acordo com a norma jurídica vigente, como acordo de vontades entre maiores e capazes, que voluntariamente elegem árbitros para solução de conflitos, afastando a tutela judicial.

A Lei nº 9.307/1996 estabelece que apenas direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto de arbitragem.

Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. 3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

O procedimento arbitral é assim entendido pela doutrina:

[...] a instituição pela qual as pessoas capazes de contatar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. (ALVIM, 2005, p. 14)

[...] sendo a arbitragem forma de solução de litígios, não se pode confundi-la com o arbitramento, verdadeiro procedimento que se promove no sentido de apurar o valo de determinados fatos ou coisas, de que não se têm elementos certos de avaliação. (CARMONA, 1993, p. 22)

[...] (o árbitro é) equivalente jurisdicional, constitui espécie autônoma, ocorrendo sempre que duas ou mais pessoas submetam suas disputas ao arbítrio de terceiro, não integrante dos quadros do Poder Judiciário. (FIÚZA, 1995, p. 42)

Superadas as dúvidas acerca da conceituação, o estudo da natureza jurídica arbitral se faz essencial.

3 Natureza jurídica da arbitragem

Em relação à natureza jurídica do instituto, a doutrina não é uníssona. Há três grandes correntes: privatista ou contratualista; processualista, jurisdicional ou publicista; mista, híbrida ou intermediária.

3.1 Teoria contratualista

De acordo com essa corrente, o árbitro deve decidir, limitado ao acordo *inter partes*, nos limites do estabelecido voluntariamente entre as partes. A decisão arbitral não seria semelhante às decisões jurisdicionais, pois se assemelharia mais a um contrato, que solucionaria o litígio, a lide.

Chiovenda é um dos principais expoentes da teoria contratualista:

[...] relega o procedimento arbitral, por inteiro, à esfera contratual, e os árbitros só podem dispor sobre “material lógico” da sentença, que restaria na esfera da atividade privada, e que o juiz, através do decreto de executóriedade, transforma numa sentença, consistente no somatório de um juízo lógico e de um comando. (ALVIM, 2004, p. 38)

Nota-se que o pensador italiano faz referência à *homologação da sentença arbitral*, característica presente no ordenamento jurídico ítalo. Em face da necessidade da homologação do laudo arbitral, o ilustre juspensador considera a arbitragem desprovida de caráter jurisdicional, visto que a exigibilidade do título seria constituída após a ratificação do Poder Judiciário. Para o italiano, a sentença arbitral sem homologação seria semelhante a um parecer.

Faz-se necessário ressaltar que a Lei nº 9.307/1996, também conhecida como *Lei da Arbitragem*, diverge da italiana no aspecto citado por Chiovenda. Os arts. 18 e 31 da referida lei nacional versam sobre o posicionamento pátrio em relação à exigibilidade da sentença arbitral e à autonomia do instituto em relação à atividade judicante:

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

A teoria contratualista é importante para a elucidação do instituto, mas não exaure todas as características dele.

3.2 Teoria jurisdicional

Antes de discorrer sobre a Teoria Jurisdicional, faz-se mister conceituar a palavra “Jurisdição”. Esta é formada por duas expressões latinas: *Juris* (direito) e *Dictionem* (dizer), motivo pelo qual jurisdição significa, etimologicamente, *dizer o direito*, isto é, legislar e aplicar o Direito.

Chiovenda define Jurisdição de forma objetiva:

[...] função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva. (CHIOVENDA, 2000, p. 3)

Já o juspensador Francesco Carnelutti aborda a Jurisdição do ponto de vista teleológico, isto é, como o meio de se alcançar a *justa composição da lide*. Nas palavras do autor, citado por Cintra (2009, p. 149):

[...] só existiria um comando completo, com referência a determinado caso concreto (lide), no momento em que é dada a sentença a respeito: o escopo do processo seria, então, **a justa composição da lide**, ou seja, o estabelecimento da norma de direito material que disciplina o caso, dando razão a uma das partes.

O conceito de lide utilizado no atual trabalho é a tradicional ideia de *pretensão resistida*, produzida por Carnelutti (1939, p. 40).

Hodiernamente, no Brasil e em diversas nações, à Jurisdição se incorporou o requisito de Constitucionalidade, isto é, a necessidade de ser adequada ao prescrito na *Charta Magna* vigente.

A constitucionalização, na linha do argumento aqui desenvolvido, expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Esta difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam

a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional. (BARROSO, 2006, p. 44)

A Teoria Jurisdicional da Arbitragem reconhece que esse procedimento é escolhido, é designado *inter partes*, porém destaca que os árbitros são limitados de acordo com a Lei, com a norma jurídica vigente. Além disso, os árbitros são finalística e responsabilmente semelhante aos juízes togados, isto é, solucionam dissídios. O compromisso arbitral nada mais seria que a ampliação da jurisdição.

Os pensadores dessa corrente jusfilosófica creditam à vontade do legislador brasileiro – vontade do Estado em si – a possibilidade de se escolher a Arbitragem como solução de querelas, isto é, ao normatizar, ao positivar esse instituto, o Estado legaliza e outorga poderes aos árbitros, assim como outorga poderes aos juízes togados. A diferença seria a fonte desses direitos-deveres, visto que as partes podem escolher seus árbitros, ao passo que, no Poder Judiciário, o juiz é sorteado por meio da distribuição da petição inicial.

O art. 31 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) é o principal exemplo utilizado por essa corrente jurídica em relação à arbitragem brasileira, uma vez que a sentença arbitral é equiparada à sentença judicial.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Diante de ambas as teorias expostas linhas atrás, houve pensadores que perceberam características importantes nas duas correntes, fato que originou um pensamento híbrido a respeito da Arbitragem.

3.3 Natureza híbrida

A natureza jurídica híbrida, mista ou intermediária da Arbitragem concilia as duas correntes já descritas.

Esse posicionamento jusfilosófico reconhece características arbitrais contratuais *inter partes* na formação da convenção arbitral, isto é, esse instituto se origina da conduta volitiva, da autonomia de vontade dos contratantes. Porém, os defensores dessa doutrina admitem ser indubitável a jurisdicionalidade do procedimento utilizado pelos árbitros. Em outras

palavras, os fundamentos e as garantias constitucionais (ampla defesa, contraditório, publicidade, dignidade da pessoa humana, imparcialidade, livre convencimento motivado) devem ser respeitados e cumpridos, pois são normas jurídicas inderrogáveis, indisponíveis.

4 Constitucionalidade da arbitragem

A constitucionalidade da Lei da Arbitragem foi debatida durante o julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, do Reino da Espanha, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Os ministros Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello, Ilimar Galvão e Nelson Jobim votaram pela constitucionalidade do instituto. Contrariamente, os ministros vencidos foram Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.

No que tange à arbitragem, a questão levantada foi um possível desrespeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, presente no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cujo texto estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Os ministros que impugnaram a arbitragem brasileira argumentaram, *in suma*, que o juízo arbitral compulsório violaria o princípio presente na *Magna Charta Brasileira* ora transcrito, isto é, o instituto arbitral anularia parcialmente o Poder Judiciário:

[...] compreendo que não será possível substituir a vontade de uma das partes contratantes pela decisão do juiz, sem ofensa ao art. 5º, XXXV, da Constituição, pois, em situação tal, interdita-se o acesso ao Judiciário para o desate de litígio, resultante de contrato e, assim, a ele posterior, sujeitando-se, a juízo extrajudicial, a parte, que a ele não quer se submeter para a solução de litígio, cujo objeto e limites somente surgiram após o contrato onde inserida cláusula compromissória. (Ministro Néri da Silveira, AgRgSE 5.206-7)

Em contrapartida, a corrente a favor da constitucionalidade da Arbitragem defendeu a ideia de que a voluntariedade dos contratantes em escolher da arbitragem ao invés da jurisdição estatal é um direito facultativo. Utilizá-lo não mitigaria parcialmente o princípio da inafastabilidade da jurisdição do Estado, uma vez que foi uma escolha entre os polos contratuais, semelhantemente à composição, à novação ou à negociação.

Não vejo que se afaste do conhecimento judicial a solução de pendências entre os contratantes. O que se dá é mudança no foco e na ocasião em que será possível um apelo ao judiciário. Sem cláusula compromissória, as partes podem, ou não, submeter a controvérsia surgida, ao longo da execução de um contrato, à arbitragem (tanto quanto poderiam, desde logo, transacionar sobre os respectivos direitos). Com a presença de uma cláusula compromissória, as partes podem, ainda assim, remeter ao juiz a decisão sobre a sua obrigatoriedade no caso em que uma delas resista à concretização do compromisso arbitral. Neste momento, e já diante da lide definida (a qual, se antes, era indeterminada, pressupunha-se necessariamente decorrente da execução do contrato), o juiz apreciará a consistência das eventuais objeções do recalcitrante em adimplir a obrigação pela qual se obrigara: vale dizer, a obrigação de submeter as controvérsias exsurgentes do contrato ao juízo arbitral. (Ministra Ellen Gracie, AgRgSE 5.206-7)

Após longo e elaborado debate, a Arbitragem foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, fato importantíssimo.

5 Arbitragem no Direito do Trabalho

Exaurido o debate em relação à constitucionalidade da Arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário demonstrar o uso específico do instituto no Direito do Trabalho, em face da especialidade dessa vertente jurídica.

O Direito Trabalhista aborda os conflitos em diferentes perspectivas. Pode-se dividi-los em dissídios coletivos e dissídios individuais.

[...] são conflitos coletivos trabalhistas aqueles que atingem comunidades específicas de trabalhadores e empregadores ou tomadores de serviços, quer no âmbito restrito do estabelecimento ou empresa, quer em âmbito mais largo, envolvendo categoria ou, até mesmo, comunidade obreira mais ampla. (DELGADO, 2006, p. 1291)

Dissídio individual é o processo judicial por meio do qual o Estado concilia ou decide os litígios entre empregados e empregadores, singularmente considerados, decorrente da relação de emprego e, mediante lei, outras controvérsias decorrentes de relação de trabalho. (NASCIMENTO, 2006, p. 357)

Conforme discorre o ex-ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Indalécio Gomes Neto:

No dissídio individual são ventiladas questões que dizem respeito, imediatamente, aos interesses concretos de uma pessoa ou de várias pessoas, ao passo que no dissídio coletivo estão em discussão interesses abstratos de um grupo ou de uma categoria. Nos dissídios coletivos se pleiteia, de regra, a criação de novas condições de trabalho enquanto nos dissídios individuais plúrimos se pleiteia a aplicação de normas preexistentes⁵.

Ao se analisar os conceitos formulados pela doutrina, combinados à redação constitucional da *Carta Magna* Brasileira de 1988, a jurisprudência trabalhista majoritária firmou o entendimento segundo o qual a arbitragem é um direito e a sentença arbitral deve ser respeitada em casos de dissídios coletivos:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
[...]

§ 1º – **Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.**

§ 2º recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

DISSÍDIO COLETIVO – PREVALÊNCIA DOS ACORDOS COLETIVOS CELEBRADOS COM PARTE DA CATEGORIA PROFISSIONAL SOBRE A SENTENÇA NORMATIVA. Dispõe o artigo 114 da Constituição Federal, em seu § 2º, que, “recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho”. À luz

⁵ Disponível em: <www.tst.jus.br/documents/1295387/1335985/2.+Dissídio+Coletivo>. Acesso em: 15 jan. 2015.

da norma constitucional em exame, o ajuizamento de dissídio coletivo tem por pressuposto o exaurimento das tentativas de negociação entre as partes. Nesse contexto, constata-se que o legislador constituinte de 1988 sinalizou no sentido de prestigiar a autocomposição dos conflitos trabalhistas, estimulando, sempre que possível, a sua solução pela via negocial. Por essa razão, aliás, a Constituição Federal é expressa ao dispor, em seu artigo 8º, III e VI, que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”, sendo obrigatória a sua participação nas negociações coletivas de trabalho. **Fixadas essas premissas, não há como se atribuir à sentença normativa prevalência sobre acordos coletivos, extrajudicialmente celebrados com entidades sindicais representativas de parte da categoria profissional, sob pena de se estar decidindo na contramão dos princípios agasalhados pelo ordenamento constitucional em vigor.** Recurso ordinário do sindicato parcialmente provido⁶.

Tribunal Superior do Trabalho – TST. NÚMERO ÚNICO PROC: AIRR – 1475/2000-193-05-00. PUBLICAÇÃO: DJ – 17/10/2008 ACÓRDÃO.

7ª Turma

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. JUÍZO ARBITRAL. COISA JULGADA. LEI Nº 9.307/96. CONSTITUCIONALIDADE.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal dispõe sobre a garantia constitucional da universalidade da jurisdição, a qual, por definir que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, não se incompatibiliza com o compromisso arbitral e os efeitos de coisa julgada de que trata a Lei nº 9.307/96.

É que a arbitragem se caracteriza como forma alternativa de prevenção ou solução de conflitos à qual as partes aderem, por força de suas próprias vontades, e o inciso XXXV do art. 5º da

⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processual Trabalhista. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo. RODC – 709468. Órgão Julgador – Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Julgamento: 11/10/2001.

Constituição Federal não impõe o direito à ação como um dever, no sentido de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário. Dessa forma, as partes, ao adotarem a arbitragem, tão-só por isso, não praticam ato de lesão ou ameaça a direito. Assim, reconhecido pela Corte Regional que a sentença arbitral foi proferida nos termos da lei e que não há vício na decisão proferida pelo juízo arbitral, não se há de falar em afronta ao mencionado dispositivo constitucional ou em inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96. Despicienda a discussão em torno dos arts. 940 do Código Civil e 477 da CLT ou de que o termo de arbitragem não é válido por falta de juntada de documentos, haja vista que reconhecido pelo Tribunal Regional que a sentença arbitral observou os termos da Lei nº 9.307/96 – a qual não exige a observação daqueles dispositivos legais e não tratou da necessidade de apresentação de documentos (aplicação das Súmulas nºs 126 e 422 do TST). Os ares-tos apresentados para confronto de teses são inservíveis, a teor da alínea a do artigo 896 da CLT e da Súmula nº 296 desta Corte. Agravo de instrumento a que se nega provimento⁷.

Porém, em relação a dissídios individuais, a Arbitragem é questionada e a jurisprudência interpreta de diversas formas o cabimento do instituto. Isso ocorre, porque os direitos laborais assegurados pela CLT são entendidos como indisponíveis por grande parte da doutrina e dos julgadores trabalhistas.

6 Da Lei nº 9.307, de 12 de setembro de 1996

A Lei nº 9.307/1996 positiva e regula a Arbitragem no Brasil. Como todas as normas jurídicas pátrias, ela respeita e se inspira em direitos fundamentais constitucionais. Podem-se elencar exemplos desses princípios, quais sejam, do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do árbitro, da isonomia das partes, do livre convencimento do árbitro, da fundamentação das decisões, ou seja, do devido processo legal.

O Projeto de Lei nº 406/2013, de autoria do Senador Renan Calheiros, é uma tentativa de fazer alterações na Lei da Arbitragem:

⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento, relator Des. Pedro Paulo Manus, julgado em 15/10/2008, publicado em 17/10/2008.

Altera a Lei nº 9307/96 – que institui a Lei de Arbitragem – para estabelecer que a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se de arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados; fixa critérios para a inclusão de cláusula compromissória nos contratos de adesão, nas relações de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão e nos contratos individuais de trabalho; determina que as partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição; permite aos árbitros proferir sentenças parciais e determina que as partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado para proferir a sentença final; estabelece que a parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral; determina que para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do STJ; disciplina as tutelas cautelares e de urgência no processo de arbitragem e a Carta Arbitral; prevê que o MC deverá incentivar as instituições de ensino superior a incluírem em seus currículos a disciplina da arbitragem como método de resolução de conflitos; estabelece que o CNJ e o CNMP deverão incentivar a inclusão, nos conteúdos programáticos de concursos públicos para o ingresso nas carreiras do Poder Judiciário e do Ministério Público, respectivamente, de matéria relacionadas à arbitragem como método de resolução de conflitos; altera a Lei nº 6404/76 – que dispõe sobre as Sociedades por Ações – para estabelecer que a aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social obriga a todos os acionistas da companhia, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante reembolso do valor de suas ações⁸.

De acordo com a Agência Senado, além do referido Projeto de Lei, a Emenda da Câmara dos Deputados nº 1/2015 foi acatada parcialmente, modificando-se a palavra “questões” do art. 33 do anteprojeto para “pedidos”. Aguarda-se, agora, a sanção da PLS 406/2013.

⁸ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114641>. Acesso em: 25 maio 2015.

6.1 Da legitimidade, do objeto e dos critérios da arbitragem

O primeiro capítulo, no art. 1º da Lei nº 9.307/1996, estabelece um pressuposto cogente para estabelecer a legitimidade e o objeto arbitrais, quais sejam, a capacidade (civil) de contratar e direitos transacionáveis, conforme dispõe o art. 1º da Lei nº 9.307/1996: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

A capacidade civil, de acordo com o Ordenamento Pátrio, refere-se ao exercício pleno de atos da vida civil. Isso abrange os negócios jurídicos – contratos, constituição de sociedade, testamento –, o matrimônio, o exercício de certos direitos reais, conforme dispositivos a seguir do Código Civil de 2002:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesesseis anos;

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

O art. 2º da Lei da Arbitragem prevê que os critérios arbitrais podem ser escolhidos, anteriormente, pelas partes. Na dicção do referido artigo, “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.”

Por um lado, “De direito” significa que as partes podem optar por normas jurídicas, específicas ou não, nacionais e/ou estrangeiras, desde que respeitem os preceitos do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Por outro lado, a lei prevê o critério da “equidade” para nortear o julgamento dos árbitros, aspecto oriundo da internacionalidade do instituto. Isso significa que os árbitros podem julgar de acordo com o mais “justo” diante a concretude do caso, independentemente de legalidade, desde que fundamentado.

7 Da convenção de arbitragem e de seus efeitos

A Lei nº 9.307/1996 estipula dois meios técnico-jurídicos para se gozar do direito à arbitragem: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. De acordo com o texto legal, “Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

Apesar de a Lei de Arbitragem prever a Convenção Arbitral, não há conceituação objetiva desta. Por conseguinte, a doutrina e a jurisprudência se utilizam de definições legais internacionais e de diversas fontes para criar conceitos sobre o tema.

Conforme cita Rodrigo Almeida Magalhães em sua pesquisa relacionada ao tema:

José de Albuquerque Rocha a define “como o acordo escrito através do qual as partes se obrigam a se submeter seus litígios civis, atuais ou futuros, ao juízo arbitral.”

O código de Processo Civil alemão, no parágrafo 1.029, determina que “a convenção arbitral é o acordo entre as partes em submeter à decisão de um tribunal arbitral total ou parcialmente os litígios que entre elas ocorrem ou que venham a surgir futuramente, pertinentes a uma determinada relação contratual ou extra-contratual.”

O art. 1º, 2 da Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa, esclarece que “a convenção de arbitragem pode ter por objeto um litígio actual, ainda que se encontra afecto a tribunal judicial (compromisso arbitral), ou litígio eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória).” (MAGALHÃES, p. 212-213)

Além das definições apresentadas, faz-se mister elucidar o significado do vocábulo “convenção” na Língua Portuguesa. O Dicionário Aurélio define *convenção* como “ajuste entre partes interessadas; pacto entre partidos políticos beligerantes; costume admitido (nas relações sociais); reunião de pessoas para tratar de termos ou interesses comuns”⁹.

Ora, após todas as explicações referentes ao tema, pode-se concluir que *convenção* exprime a ideia de acordo, de ajuste de vontades, de contrato.

⁹ Disponível em: <www.dicionariodoaurelio.com>. Acesso em: 20 abr. 2015.

A Convenção Arbitral, pois, seria a expressão voluntária entre as partes para se utilizar da arbitragem em litígios atuais ou futuros, isto é, estabelece-se a competência do árbitro, no lugar do juiz togado.

Após ter sido conceituado o gênero, Convenção Arbitral, fazem-se necessárias as definições de suas espécies, quais sejam, cláusula compromissória e compromisso arbitral.

7.1 Da cláusula compromissória

A cláusula compromissória é um meio de afastar a competência judicial de litígios contratuais futuros e determináveis, de forma voluntária pelas partes e de instituir a arbitragem. É conceituada objetivamente pela própria Lei de Arbitragem:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

A II cláusula da Convenção de Nova Iorque de 1958 definiu e foi referência para a conceituação brasileira referente ao tema:

Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.

Entender-se-á por “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

Apesar do conceito legal e das ideias elaboradas pela convenção internacional na cidade de Nova Iorque, há a necessidade de se preencher a lacuna deixada pelo legislador pátrio referente ao conteúdo das cláusulas arbitrais. Destarte, os doutrinadores classificam a cláusula compromissória como *cheias* ou *vazias*.

Reputa-se cheia, a cláusula em que as partes, valendo-se da faculdade prevista no art. 5º da Lei de Arbitragem, reportam-se às regras de um órgão arbitral ou entidade especializada, caso em que a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras; reputa-se vazia a cláusula que não se reporta às citadas regras, nem contenha as indicações para a nomeação de árbitros, de forma a possibilitar a constituição do juízo arbitral. (CARMONA, 1998, p. 220)

Art. 5º da Lei 9.307/96: Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Os contratantes, na redação presente na cláusula arbitral *cheia*, estabelecem entidades ou instituições arbitrais, além dos critérios apresentados no item 6.1 deste trabalho.

Subsidiariamente, o julgamento de eventuais conflitos seguirá as regras da instituição julgadora eleita pelas partes. Nesse caso, a arbitragem finalisticamente específica é cabível, chamada de *ad hoc*. Os parâmetros são estabelecidos, tanto pelas partes quanto pelos julgadores – árbitros, voltados a apenas uma situação concreta.

Na hipótese de cláusula compromissória *vazia*, há o acordo em submeter futuro litígio à arbitragem, porém sem especificar suas regras, quiçá julgadores ou critérios. A Lei de Arbitragem prevê clara e expressamente o procedimento cabível, nos arts. 6º e 7º:

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Faz-se mister ressaltar que o art. 8º da referida lei positivou a ideia doutrinária de autonomia da cláusula arbitral perante o contrato principal:

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

A redação legal é clara ao estabelecer diferença entre nulidade do contrato em que a cláusula estiver inserida e nulidade da própria cláusula. O legislador, mediante a norma jurídica em referência, solucionou o debate acerca da validade e da autonomia da cláusula compromissória, pretérito à Lei nº 9.307/1996, entre doutrinadores e jurisprudência.

7.2 Do compromisso arbitral

Compromisso Arbitral é definido no art. 9º da Lei nº 9.307/1996. No conceito legal, duas hipóteses são previstas, quais sejam, judicial e extrajudicial. Outrossim, dois procedimentos diversos são elucidados nos parágrafos seguintes, para cada caso:

Art. 9º *O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.*

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Rodrigo Almeida Magalhães (2012, p. 228) apresenta alguns conceitos da doutrina sobre o tema:

Para César Fiuza, “compromisso arbitral é, pois, convenção bilateral pela qual as partes renunciam à jurisdição estatal e se obrigam a se submeter à decisão de árbitros por ela indicados”. A Enciclopédia Saraiva do Direito define que “o compromisso é um contrato, realizado pelas partes, que, não querendo submeter-se à decisão da justiça, nomeiam árbitro (ou árbitros), para que ele dirima dúvidas, advindas de uma relação jurídica.”

Ressalte-se que o compromisso arbitral é entendido como solução de conflitos atuais, efetivos, concretos, já determinados; limita o conteúdo em que a arbitragem ocorrerá.

As características obrigatórias do compromisso arbitral são previstas no art. 10 da Lei nº 9.307/1996, assim como as facultativas, optativas estão no art. 11 da referida lei:

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

- I – o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;
- II – o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;
- III – a matéria que será objeto da arbitragem;
- IV – o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

- I – local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;
- II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;
- III – o prazo para apresentação da sentença arbitral;
- IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;
- V – a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e
- VI – a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Malgrado a Lei nº 9.307/1996 tenha positivado o conceito e requisitos do compromisso arbitral, é necessário que se elucide a relação entre compromisso e cláusula arbitrais, pois são meios de se instituir a arbitragem.

7.3 Compromisso arbitral e cláusula compromissória

Em relação à necessidade de se firmar compromisso arbitral em caso de cláusula compromissória *vazia*, a doutrina majoritária entende tratar-se de requisito inafastável, de acordo com o art. 7º da Lei nº 9.307/1996.

Já na hipótese de cláusula arbitral *cheia*, majoritariamente entende-se dispensável o compromisso arbitral, desde que preencha os requisitos do art. 10 da Lei nº 9.307/1996.

Há jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relacionada a essa questão, conforme colaciona-se a seguir:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NULIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA “CHEIA”. COMPROMISSO ARBITRAL. PRESCINDIBILIDADE. ATA DE MISSÃO. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA E DAS REGRAS APLICÁVEIS. CONSENTIMENTO EXPRESSO. ARTIGOS ANALISADOS: 5º, 6º E 19 DA LEI Nº 9.307/96.

Agravo de instrumento interposto na origem em 10/07/2007, do qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 31/07/2013. 2. Exceção de pré-executividade oposta com o fim de declarar a nulidade de sentença arbitral, ante a ausência de assinatura de compromisso arbitral. 3. **A convenção de arbitragem, tanto na modalidade do compromisso arbitral quanto na modalidade de cláusula compromissória, é suficiente e vinculante, afastando definitivamente a jurisdição estatal.** 4. **A contratação de cláusula compromissória “cheia”, espécie admitida pelo art. 5º da Lei de Arbitragem, na qual se convencionou a forma de nomeação dos árbitros ou adoção de regras institucionais, prescinde de complementação por meio de compromisso arbitral.** 5. A “ata de missão” ou “termo de arbitragem” não se confunde com a convenção arbitral. Trata-se de instrumento processual próprio, pelo qual se delimita a controvérsia posta e a missão dos árbitros. 6. Diante da liberdade ampla vigente no procedimento arbitral, a manifestação das partes e dos árbitros na Ata de Missão possibilita a revisão e adequação das regras que serão utilizadas no desenrolar do processo, ainda que resulte em alterações quanto ao anteriormente convencionado, desde que respeitada a igualdade entre as partes e o contraditório. 7. Negado provimento ao recurso especial¹⁰.

¹⁰ STF, Recurso Especial Cível 1389763, PR, 2013/0186578-8, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 12/11/2013, publicado em 20/11/2013. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2015.

Na hipótese de cláusula arbitral *vazia*, por omissão de redação, o compromisso arbitral é necessário, uma vez que se devem estabelecer requisitos essenciais ao juízo arbitral. Como descrito anteriormente, o procedimento previsto para solucionar essa questão foi positivado nos arts. 6º e 7º da Lei nº 9.307/1996.

Em termos conceituais, a principal diferença entre cláusula e compromisso arbitrais refere-se à característica temporal. A cláusula compromissória é um ajuste de vontades que gera a obrigação de se submeter litígios futuros referentes a um negócio jurídico à arbitragem. Já o compromisso arbitral gera a obrigação de se submeter conflito atual à arbitragem.

8 Da arbitragem e das cartas arbitrais no CPC de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 prevê a Arbitragem como Jurisdição. O art. 3º, § 3º, e o art. 42 versam sobre a possibilidade de as partes acordarem e disporem sua querela à apreciação arbitral.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

A Lei nº 9.307/1996 prevê, no art. 22, a comunicabilidade entre Juízo Estatal e Juízo Arbitral.

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas

circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

Ocorre que, no Código Processual Civil de 1973, não havia menção a esse instituto arbitral, fato que o tornava impraticável. Com o advento do Código Processual Civil de 2015, dois artigos versam sobre a Carta Arbitral e, portanto, possibilitam hodierna prática jurídica.

Art. 260. São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória:

§ 3º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o caput e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função.

Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Eis a grande contribuição do Código de Processo Civil de 2015 para a Arbitragem. Nota-se que o legislador atendeu às angústias dos operadores do Direito Arbitral e sanou uma omissão pretérita, inobservância que descaracterizava o instituto arbitral.

Conclusão

Após aprofundar o estudo sobre o tema, conclui-se que a Arbitragem é um instituto importantíssimo para o Direito, pois diversifica os meios de se solucionar conflitos e possibilita qualidade técnica apurada nas decisões.

Geralmente, os estudos acadêmicos jurídicos não enfatizam o ensino da Arbitragem, uma vez que o foco das Escolas de Direito é preparar o estudante para atuar no contencioso judicial.

O fato de as Escolas não se aprofundarem no tema não diminui o instituto, quicá sua utilização. A Arbitragem não mais deve ser encarada pelo meio jurídico como um instituto sem valor prático, tampouco como um método estranho ao Direito Constitucional Brasileiro.

Depreende-se, do estudo e análise do tema, que há necessidade de os cursos de Direito enfatizarem e explorarem com maior profundidade a matéria, pois, da forma como esta é tratada, lamentavelmente, nem todos os operadores do Direito terão conhecimento sobre o tema. Assim, continuará restando aos que, por curiosidade, pesquisaram, a tarefa de aplicar e solucionar eventuais controvérsias arbitrais.

PORTUGAL, F. L. S. Arbitration in Brazilian law with emphasis on arbitration agreement: arbitration clause and arbitration agreement. *Justitia*, São Paulo, v. 207, p. 109-139, Jan./Jun. 2016.

- **ABSTRACT:** The actual article was executed to research the historicity, the constitutionality, the particularities and the arbitration controversies, with regard to arbitration clause and arbitration commitment. Despite after 19 years of affirmation of No. 9,307/1996 Law, there is no emphasis yet in discussion about the topic. There is, however, such negligence and such omission by legal field about the institute, whatsoever distrust, whatsoever suspicion, whatsoever lack of mastery about the subject. The aim of this work was realize a more detailed research about Brazilian Arbitration, emphasizing the Arbitration Agreement, in other words, arbitration clauses and commitment.
- **KEY WORDS:** Arbitration. Arbitration clause. Arbitration commitment. Law.

Referências

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamento, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. I.

COUTINHO, Cristiane Maria H. de Souza. *Arbitragem e a Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000. v. II.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTR, 2006.

FIÚZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LENZA, Vitor Barboza. *Cortes arbitrais*. 2. ed. Goiânia: AB Editora, 1999.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Arbitragem, 15 anos da Lei n. 9.307/96*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PINTO, Luiz Roberto Nogueira. *Arbitragem: a alternativa premente para descongestionar o poder judiciário*. São Paulo: AC-Arte & Ciência Editora, 2002.

REVISTA DO Advogado, n. 51 out. 1997. Arbitragem. Texto presente no sítio eletrônico do Tribunal Regional Arbitral de São Paulo, *Evolução histórica da arbitragem no Brasil*. Disponível em: <<http://www.tra-sp.com.br/evolucao.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais de arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. Arbitragem internacional (introdução histórica). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

SOUZA, Lídia Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Cirurgia Transexual: Realidade Médica, Legal e Social

Eudes Quintino de OLIVEIRA JÚNIOR*

Pedro Bellentani Quintino de OLIVEIRA**

Gabriela Bellentani de Oliveira ANDRADE***

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 O avanço da biotecnociência. 2 A identidade de gênero. 3 Transexualismo. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** A identidade sexual, que compreende não apenas o ato sexual, mas também todas as interações de ordem física, psíquica e social que regem o homem, passou a ser recentemente discutida no mundo médico e jurídico e sua acomodação no social. A múltipla identificação sexual que inicialmente era considerada uma doença, pois não trazia uma definição entre o sexo biológico e o psíquico, assim como considerada transtorno mental, foi perdendo a conceituação de sexualidade anormal e ganhou o *status* de forma de orientação sexual. Assim, para que haja o necessário ajustamento da realidade sexual daquele que não se identifica com o seu sexo genético e se frustra como ser humano, há necessidade de se buscar a identidade sexual ou de gênero correspondente à sua realidade. Para atingi-la, deve valer-se de intervenções médicas e jurídicas. A primeira cirurgia de transgenitalização, realizada em 1952, abriu portas para que, uma vez bem-sucedida, pudesse

* Promotor de Justiça aposentado. Advogado. Reitor do Centro Universitário do Norte Paulista Paulista (UNORP – São José do Rio Preto). Membro *ad hoc* da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). Pós-doutorado em Ciências da Saúde pela Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto (FAMERP). Doutor em Ciências da Saúde pela Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto (FAMERP). Mestre em Direito Público pela Universidade de Franca/SP (UNIFRAN).

** Advogado. Professor e Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário do Norte Paulista (UNORP – São José do Rio Preto). Doutorando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE – Bauru/SP). Mestre em Direito pela Universidade do Estado de São Paulo (UNESP – Franca/SP), Especialista em Direito Empresarial pela GVLaw/FGV, Bacharel em Direito pela Universidade Mackenzie.

*** Advogada. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE – Bauru/SP).

avançar e ajudar aqueles que tinham desvio da identidade sexual. No Brasil, tal procedimento foi regulamentado por uma Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM). Após muitas batalhas judiciais, o transgenitalizado conseguiu retificar seu nome e sexo no registro de nascimento, assim como conquistar vários outros direitos decorrentes dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Cirurgia transexual. Bioética. Biodireito.

Introdução

O presente estudo visa demonstrar que a proliferação do conhecimento científico, com técnicas cada vez mais aperfeiçoadas, invadindo e desbravando o vasto território ético e moral do homem, provoca, inevitavelmente, mudanças de várias ordens, com alcance até mesmo na definição sexual, nos casos de transexualidade.

Com a definição da Organização Mundial de Saúde (OMS), segundo a qual o transtorno de identidade de gênero, assim classificado o transexualismo, deixou de ser considerado doença, abriu-se imenso espaço para os que assim se assumissem, encontrassem visibilidade política, social e jurídica mais expressivas, condizentes com os princípios norteadores da Constituição Federal.

Dessa maneira, a cirurgia de transgenitalização, cujo objetivo é solucionar a inadequação da pessoa ao seu sexo anatômico para ajustá-lo ao psíquico pretendido, tornou-se realidade e foi regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina com a edição da Resolução nº 1.955 em 12 de agosto de 2010, tudo para fazer prevalecer a não discriminação e com relevo à autodeterminação e aos direitos fundamentais de igualdade e da dignidade da pessoa humana.

E é certo que a cirurgia de adequação sexual produz vários efeitos na vida civil do transgenitalizado, a começar pelo seu assento de nascimento, que deverá ser retificado no tocante ao nome e sexo, por meio de ação judicial. E a jurisprudência dos tribunais brasileiros, em razão da reiteração de pedidos e também da autonomia da vontade do transgenitalizado, passou a aceitar a retificação do nome com a adoção do “nome social”, impondo poucas restrições para o seu uso.

A discussão do tema, com seus matizes mais envolventes, é o desafio que motivou o presente estudo.

1 O avanço da biotecnociência

O incessante avanço das pesquisas médicas, principalmente na área da genética humana, obriga o cidadão a fazer uma reflexão de sua realidade e a se transportar para a nova era liderada pela biotecnociência, em que medicina, direito e ética se entrelaçam tão espetacularmente e rompem a barreira do inimaginável, acabando por afetar até então os pacatos conceitos do homem, pela complexidade de seus meios e resultados. Mal dá tempo para se aceitar determinado procedimento médico evolutivo, que outro se faz presente e, em nome da ciência, atropela todo o lento raciocínio do homem destinatário da pesquisa, que fica sem condição alguma de fazer a avaliação necessária de sua conveniência, tamanha são as propostas sedutoras.

As atividades médicas ampliaram-se imensamente nas áreas laboratorial e de pesquisa, em decorrência dos avanços tecnológicos, da evolução da sociedade e dos costumes, aí incluídos o desenvolvimento incessante das pesquisas em seres humanos, as interferências sobre o início e o fim da vida – como a eleição do sexo do filho, a clonagem, as terapias gênicas, os métodos de reprodução assistida, a maternidade substitutiva, a eugenia, a eutanásia, a distanásia, a ortotanásia, a escolha do tempo para nascer e morrer, a engenharia genética, a cirurgia de transgenitalização em caso de transexualidade, a utilização da tecnologia do DNA recombinante e das células-tronco embrionárias, o transplante de órgãos e tecidos humanos, a biotecnologia e muitos outros avanços científicos.

As novas tecnologias que pareciam ainda distantes batem às portas dos grandes centros médicos e se fazem presentes para a utilização nos seres humanos. A perplexidade ultrapassa as raias da curiosidade e faz nascer um novo campo no qual se concentram a medicina, o direito e a bioética, todos à procura de definição, direcionamento e soluções para seus conflitos, tendo sempre em vista o bem-estar do homem. Este, figura central e único destinatário dos procedimentos destinados a proporcionar condições mais saudáveis para o desenvolvimento de sua dignidade, nos moldes preconizados por Aristóteles quando definiu o supremo bem, permanece intocável, acima da ciência, embora se ofereça a ela para ser sujeito de pesquisa, revestido, no entanto, de todas as garantias legais. A ciência, porém, em alguns casos, recebe restrições da ética, pois ela prima em se movimentar em um espaço onde não se faz a avaliação daquilo que é bom ou mal para o homem. A ética, por sua vez, contando com o auxílio da bioética, faz uma leitura de dentro para fora e procura selecionar somente aquilo considerado necessário e conveniente para o homem.

Falar nos dias de hoje que um homem pode transformar-se em uma mulher já não causa tanta estranheza, até mesmo por aqueles que comungam o pensamento mais conservador, apegados a conceitos fundamentalistas. A bem da verdade, ao longo dos anos, neste mundo globalizado e pluralista, várias pesquisas foram implantadas lentamente e se desenvolveram com muito sucesso nesta área específica da genética, até chegarem à chamada biologia sintética, que permite, por incrível que pareça, a criação da vida artificial.

As evoluções apontadas interferem também diretamente na individualidade da pessoa. Permite que cada uma seja considerada dona de si mesmo, com direitos de se manifestar a respeito de várias situações, dentre elas, a própria sexualidade no tocante à escolha dos parceiros. Nasce um hiato intransponível entre o cidadão e o Estado, que não exerce mais nenhuma influência sobre o corpo e a disposição da vida de cada um, desde que observadas as regras legais. “O conceito de que somos donos de nós mesmos”, adverte Sandel (2013, p. 90), “aparece em muitas discussões sobre a liberdade de escolha. Se sou dono de meu corpo, da minha vida e da minha pessoa, devo ser livre para fazer o que quiser com eles (desde que não prejudique os outros)”.

2 A identidade de gênero

Sempre predominou a regra segundo a qual o sexo é ditado pelas genitálias que definem o homem e a mulher. A natureza do ser humano, apesar de carregar regras inflexíveis, todas lastreadas em conceitos fincados como dogmas, vai lentamente se diluindo e se amoldando às novas realidades. É uma adequação que se faz necessária e diferencia os homens de suas épocas. E tudo no passar de um tempo tão curto. Basta ver que Machado de Assis, cujo centenário de morte foi comemorado recentemente, com seu estilo inconfundível, retratou de forma pudica o relacionamento amoroso entre as pessoas: começava com o flerte, após considerável tempo chegava ao noivado e daí para o casamento. Mas, sem relato de cena que revelasse sensualidade ou até mesmo diversidade de opção sexual. Basta ver o cuidado que teve ao narrar o romance entre Bentinho e Capitu e o possível adultério com seu amigo Ezequiel, no livro *Dom Casmurro*. A metáfora erótica mais acentuada foi utilizada quando se referiu à Capitu dizendo que tinha “olhos de cigana oblíqua e dissimulada” (ASSIS, 1978, p. 219).

Nenhuma dúvida de que é o cérebro a força propulsora do mecanismo chamado corpo humano. “Corpo e cérebro”, afirma o neurocientista português Damásio (2011, p. 126), “executam uma dança interativa contínua. Pensamentos implementados no cérebro podem induzir estados emocionais que são implementados no corpo, enquanto este pode mudar a paisagem cerebral e, assim, a base para os pensamentos”.

Daí que a vocação sexual é ditada por ele e só não será efetivada se esbarrar em uma adequação social inadequada. Não há ainda, pelo menos por enquanto, nenhum movimento científico que possibilite o transplante de cérebro, mesmo que tenha sido criado em laboratório, para extirpar o desvio originário. A única solução viável é a intervenção cirúrgica para se chegar ao equilíbrio de adequação sexual entre mente e corpo.

Com invejável perspicácia, Giannetti (2010, p. 35) assim se manifestou ao questionar a respeito do desconhecimento do próprio cérebro:

E, no entanto, pus-me a questionar, o que sei de fato sobre o cérebro que me faz quem sou? Tudo que se passa nessa espantosa “caixa preta” – e que é a essência do meu ser – se encontra vedado à minha introspecção. Embora tenha acesso ao que transcorre em minha mente – aos meus pensamentos, desejos, memórias e recitais religiosos –, o que me vai pelo cérebro se afigura inteiramente fora do alcance dos meus sentidos e da minha consciência.

O transexualismo já foi considerado doença, mas com a interpretação evolutiva da medicina, passou a ser definido como uma desordem da identidade de gênero, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), que retirou a homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças. Em uma visão não muito técnica seria todo comportamento diverso do padrão estabelecido pela heterossexualidade. Já de um ponto de vista mais apurado, de acordo com Cury (2011, p. 126), “é um transtorno de identidade de gênero, que contrasta com o sexo biológico do nascimento, tendo o indivíduo a obsessão para pertencer ao sexo oposto e ser considerado desta forma”.

Igualmente elucidativa é a definição de Farina (1982, p. 117) a respeito do transexualismo: “Trata-se de manifestação extrema de inversão psicossocial, em que o indivíduo nega seu sexo biológico e exige a operação de reajustamento sexual a fim de poder assumir a identidade do seu verdadeiro gênero, que não condiz com seu sexo anatômico”.

A definição de sexualidade, embora se dê no momento da concepção e vá recebendo cargas variadas na infância, puberdade e vida adulta, compreende uma gama de situações internas e externas para se chegar à sua configuração definitiva. Como advertem Cury e Batigalia (2009, p. 27):

Durante toda esta escalada, a personalidade sexual irá se formar tendo vários ingredientes como: seu relacionamento com os pais, com a família, com o número de irmãos, com a idade dos irmãos, o relacionamento interpessoal dos membros da família, com a babá, com os empregados, com a escola, com o tipo de moradia, com as suas atividades diárias; enfim, com fatores intrínsecos e extrínsecos aos seus.

A lei permite a realização da cirurgia de transgenitalização de pessoa que carrega as genitálias interna e externa perfeitas, porém em total desajuste com sua mente, que já se amoldou ao sexo oposto. A falta de sintonia e conjugação dos fatores corpo e mente acarreta transtornos que impossibilitam o cidadão de encontrar sua verdadeira identidade sexual, como também exige uma carga supletiva de efetiva proteção legal para o exercício e a defesa de seus direitos consagrados nas políticas para a diversidade sexual. Seria a realização do lema do poeta grego Píndaro, quando exortava: “torna-te o que tu és”.

Correta e irrepreensível é a conceituação de Peres (2001, p. 91), ao ponderar:

[...] a identidade de gênero se traduz num sentimento do indivíduo quanto à sua identificação como homem ou mulher. Isto porque a nossa estrutural social consegue conceber o sexo de forma dicotômica, na sua versão masculina ou feminina. Há uma tendência de se classificar tudo e todos como sendo masculino ou feminino, não havendo espaço para o que não se adapta a uma dessas categorias.

A evolução dos princípios reguladores da convivência humana alcançou um estágio de liberdade que proporciona a cada um ousar ser o que quiser ser. Trata-se um de novo parâmetro identitário com erupções temporárias, que nem mesmo a lei, reguladora que é do controle social, consegue enunciar uma regra que seja coerente e aceitável, de acordo com um padrão ético. A aparência, por si só, não traduz uma identidade sexual definida. Basta ver o comportamento do *crossdresser* (aquele que traja vestes e usa acessórios do sexo oposto ao seu), que carrega dois perfis sexuais dissociados um do

outro, podendo apresentar-se como heterossexual, homossexual, bissexual, totalmente divorciado da transexualidade.

A definição da identidade sexual, dessa maneira, não está nas genitálias e sim faz parte da liberdade de escolha da pessoa, compreendida na elasticidade do princípio da dignidade humana. O Direito, obrigatoriamente, tem que caminhar de braços dados com as transformações sociais e encarar esta nova realidade, baseando-se no respeito mútuo e no convívio estável, ambos tutelados pelo Estado. Afinal, o que se busca é a realização e o aperfeiçoamento do ser humano para que possa atingir a felicidade, meta optada por Platão que tinha por propósito oferecer orientação à pessoa. Na interpretação de White (2009, p. 34), Platão sustenta:

[...] se uma pessoa está sujeita a conflito é porque geralmente sua razão não governou com sucesso a sua personalidade. Em particular, a sua razão não governou e organizou os seus desejos. Neste caso, não apenas sua razão não está executando a sua função natural – que é organizar e dirigir a personalidade – mas também significa (Platão acredita) que a razão da pessoa não tem uma concepção clara e coerente da harmonia de todos os desejos aos quais uma pessoa deve conformar-se. É um fracasso da razão, um tipo de irracionalidade.

Os antigos romanos reprovavam a homofilia, porém não a censuravam publicamente. No seu entendimento, quem praticava os prazeres sexuais contra a natureza não era considerado um monstro, mas sim um libertino, pois não agia de acordo com as regras sociais. Como explica Paul Veyne (2008, p. 234):

Porque essa sociedade realmente não passava seu tempo a perguntar-se se as pessoas eram homossexuais ou não; por outro lado, prestava uma atenção desmesurada a ínfimos detalhes de modo de vestir, da pronúncia, dos gestos, do modo de andar, para desprezar os que denunciasses nesses detalhes sua falta de virilidade, quaisquer que fossem seus gostos sexuais.

Esse raciocínio conduz inevitavelmente à conclusão de que o sexo se afasta da natureza humana e passa a integrar a dignidade da pessoa humana no âmbito de sua racionalidade e aí reside com a vocação de encontrar seu bem-estar e a realização da plenitude afetiva, com base na afirmação do valor intrínseco de cada um. Só assim o respeito ao ser humano será universalizado na vida em sociedade. José Antonio Marina (2008, p. 197) enfatiza:

Nós, seres humanos, não queremos ser elementos triviais de uma evolução cega, não queremos ser trocáveis, intercambiáveis, monetizáveis, substituíveis, descartáveis. Queremos ser reconhecidos como intrinsecamente valiosos, como merecedores de uma proteção e consideração, como dotados de dignidade.

3 Transexualismo

Além das pesquisas científicas, o mundo passa por uma transformação cultural profunda, assimilando várias evoluções. O casamento entre homossexuais, autorizado em alguns países, como no Brasil¹, Argentina e França recentemente, que era uma realidade muito distante, avizinha-se do senso de valoração e aceitação do homem, com o acréscimo de que o “casal”, com a união, além de direitos previdenciários, sucessórios e outros, gozará ainda do direito de casar-se e adotar filho. Isso sem falar, ainda, da utilização das técnicas de reprodução assistida para relacionamentos homoafetivos, respeitado o direito à objeção de consciência do médico².

O Conselho Federal de Medicina expediu a Resolução nº 1.652/2002, que permite a realização de cirurgia de redesignação sexual do transexual ou transgenitalização. Para a lei, transexual é aquela pessoa física e biologicamente normal, dotada de genitália externa e interna perfeitas, mas que, em sua mente, pensa pertencer ao sexo contrário ao seu. Em outras palavras, trata-se da pessoa que não se ajusta ao seu sexo, que a ele tem rejeição e vive como se fosse do sexo contrário, com tendência à automutilação. É como se carregasse a genitália em seu corpo com indiferença, mirando-se para o outro sexo como o seu verdadeiramente idealizado. Na definição de Choeri (2004, p. 93), “É o indivíduo que se identifica como pertencente ao sexo oposto e experimenta grande frustração ao tentar se expressar através de seu sexo genético”. Diferente, portanto, do homossexual, que convive com seu sexo e com ele tem prazer.

O mesmo Conselho Federal de Medicina revogou a Resolução nº 1.652/2002 e editou a de nº 1.955/2010, que agora permite a prática de adequação do fenótipo feminino para masculino em qualquer hospital público

¹ Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, que proíbe os cartórios de rejeitar a habilitação, a celebração e a conversão da união estável em casamento civil entre homossexuais.

² Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2013, publicada em 9 de maio de 2013.

ou privado³. Dessa maneira, a remoção do útero, do ovário e das mamas deixa de ter natureza experimental. Essa natureza somente é atribuída à cirurgia do tipo neofaloplastia (construção de pênis). A adequação do fenótipo masculino para feminino já podia ser praticada em hospitais públicos ou privados, independentemente da atividade de pesquisa.

De acordo com a regra sempre predominante, o sexo é ditado pela genitália que define o homem e a mulher. A identidade sexual, sentencia Cury (2012, p. 33), “é a manifestação espontânea, seja no sentimento, ou na expressão de pertencer ao sexo feminino ou masculino independente dos seus cromossomos”. A natureza do homem, apesar de carregar regras inflexíveis, todas lastreadas em conceitos fincados como dogmas, vai lentamente se diluindo e se amoldando às novas realidades.

Nestes casos, permite a lei que se faça a ablação das genitálias, com a consequente mutilação, com a finalidade curativa. Diniz (2006, p. 290), da forma magistral que lhe é peculiar, aponta as condições exigidas para a realização da conversão curativa:

- a) existência de desconforto com o sexo anatômico natural;
- b) desejo compulsivo expresso de eliminar a genitália externa, perder os caracteres primários e secundários do próprio sexo e ganhar os do sexo oposto;
- c) permanência do distúrbio de identidade sexual de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- d) ausência de outros transtornos mentais;
- e) avaliação de equipe médica composta por cirurgião plástico, geneticista, neuropsiquiatra, endocrinologista, urologista, psicanalista, psicólogo e assistente social, que, depois de dois anos de acompanhamento conjunto e atendimento psicoterápico, deverá dar o diagnóstico de transexualismo de maior de vinte e um anos a atestar a ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia. Tal operação deverá ser feita em hospitais universitários ou públicos adequados à pesquisa, desde que preenchidos os critérios acima mencionados e desde que haja consentimento livre e esclarecido do próprio paciente (Res. CNS n. 196/96).

³ Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/2002.

O critério de seleção dos pacientes para a cirurgia de redesignação sexual será feito por uma equipe multidisciplinar, constituída, obrigatoriamente, por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após dois anos de acompanhamento, com o diagnóstico médico de transgenitalismo, ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia e que seja o paciente maior de 18 anos. O art. 7º da Resolução, de maneira imperiosa, determina que deve ser praticado o consentimento livre e esclarecido.

O referido documento é de vital importância. É, assim, uma exposição de uma situação clínica ao paciente, com bastante clareza e precisão, mediante a indicação dos benefícios que poderão advir da prática da *ars curandi*, assim como dos eventuais insucessos. Trata-se, pode-se dizer, de uma carta de obrigação moral que compreende o entendimento do relato médico e a autorização do paciente para sua realização. Costa (apud SALLES; LUNA, 2008, p. 165) adverte que “Algunas de estas obligaciones pueden englobarse bajo la doctrina general de que el médico debe obtener consentimiento informado válido de su paciente antes de realizar un tratamiento o algún procedimiento diagnóstico”.

A idade exigida pela Resolução nº 1.652/2002, revogada pela Resolução nº 1.955/2010, merece uma ressalva. A maioridade civil pelo Código Civil revogado era fixada em 21 anos. O novo Código Civil entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, após um longo período de *vacatio legis*, e estabeleceu a maioridade plena aos 18 anos, para a realização de todos os atos da vida civil. Venosa (2010, p. 7), em comentário feito ao novo Código, admite que, “Aos 18 anos, em tese, o convívio social e familiar já proporcionou ao indivíduo certo amadurecimento, podendo o agente compreender o alcance dos atos que pratica. A maturidade plena para a vida civil é alcançada, no atual diploma, aos 18 anos”.

Dessa maneira, todos os atos da vida civil poderão, sem nenhuma restrição, exceto nos casos de incapacidade em razão de doença mental que afete o discernimento da pessoa, ser praticados por aquele que conta com 18 anos completos. Como se trata de uma lei definidora, todas as demais devem adequar-se ao seu teto. O legislador processual penal assim se ajustou: “O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade” (art. 436 do CPP). Ora, se o cidadão, com 18 anos, está apto para julgar seus semelhantes, com maior razão reunirá condições para julgar questões relevantes à sua vida.

Após a cirurgia de transgenitalização ou redesignação sexual, o próximo passo será o da acomodação no registro civil da nova identidade sexual do

interessado que obedecerá, em tese, ao preceito do art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, alterado pela Lei nº 9.708, de 18 de novembro de 1998. Uma coisa é declarar o sexo do bebê no instante de seu nascimento para fins de registro, outra é a construção da identidade sexual da pessoa, que vai se formando ao longo do tempo, até chegar o momento da definição. Daí, pode-se concluir pela mutabilidade do registro porque não corresponde à realidade. Como adverte Peres (2001, p. 172):

Considerando-se, agora, a importância do sexo psicossocial na determinação sexual do indivíduo, faz-se necessário modificar os critérios jurídicos assentados na indisponibilidade do corpo. Essa nova perspectiva possibilita que o indivíduo, em prol da construção da sua identidade sexual, disponha, até certo ponto, do seu próprio corpo.

Tanto a doutrina como a jurisprudência não se ajustaram quando os primeiros casos começaram a bater às portas dos tribunais. A retificação do registro civil era indeferida, pois o pretendente, na realidade, apresentava uma definição artificial do sexo, uma vez que não se trata de homem nem de mulher e sim de um ser humano mutilado. Entretanto, levantaram-se em favor do transgenitalizado várias vozes, alegando, resumidamente, que o cidadão tem o direito de conviver com sua real definição sexual e que sua identidade sexual deve ficar reproduzida na identidade pessoal, para sua segurança e também das demais pessoas. De nada adianta ao transexual, após a complicada e delicada cirurgia, apresentar-se com o nome e o sexo originários, o quais serão, certamente, motivos de chacota. Ajustados sexo e nome, cumpre-se o princípio da continuidade do registro civil.

Vários tribunais, inicialmente, rejeitavam ações com o propósito de mudança de sexo e nome no documento registral. As decisões foram amoldando-se à aceitação social e passaram a permitir a pretensão, desde que transgenitalizado o autor. Hoje, o procedimento ganha corpo e permite a mudança de nome sem a cirurgia transexual, com fulcro na dignidade da pessoa humana, conforme algumas decisões⁴.

⁴ TJSP, APL 0082646-81.2011.8.26.0002, Ac. 7145642, 8ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Helio Faria, j. 30/10/2013). TJSP, APL 0082646-81.2011.8.26.0002, Ac. 7145642, 8ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Helio Faria, j. 30/10/2013.

Para evitar constrangimento mesmo àqueles não transgenitalizados, mas que se incorporam no outro sexo, o Governo do Rio Grande do Sul, por meio do Decreto nº 49.122, de 17 de maio de 2012, criou a Carteira de Nome Social que permite a travestis e transexuais usar a identificação por nomes femininos, perante os órgãos e entidades do Poder Executivo do Estado, desde que solicitem ao Instituto-Geral de Perícias, responsável pela emissão do documento⁵.

Nessa mesma linha de pensamento, o Tribunal de Justiça gaúcho foi além: autorizou a mudança de nome no registro civil, independentemente da realização da cirurgia de redesignação sexual, conforme se verifica da decisão ora cotejada:

Apelação. Retificação de registro civil. Transexualismo. Travestismo. Alteração de prenome independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização. Direito à identidade pessoal e à dignidade. A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração. A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social. Deram provimento⁶.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na mesma esteira, em recente decisão, assim se pronunciou acerca da retificação de nome e sexo no registro civil:

Registro civil. Alteração de prenome e sexo da requerente em virtude de sua condição de transexual. Admissibilidade. Hipótese em que provada, pela perícia multidisciplinar, a desconformidade entre o sexo biológico e o sexo psicológico da requerente.

⁵ Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/decreto-governo-rs-institui-carteira.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2013.

⁶ TJRS, AC 70030504070, 8ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 29/10/2009.

Registro civil que deve, nos casos em que presente prova definitiva do transexualismo, dar prevalência ao sexo psicológico, vez que determinante do comportamento social do indivíduo. Aspecto secundário, ademais, da conformação biológica sexual, que torna despicienda a prévia transgenitalização. Observação, contudo, quanto à forma das alterações que devem ser feitas mediante ato de averbação com menção à origem da retificação em sentença judicial. Ressalva que não só garante eventuais direitos de terceiros que mantiveram relacionamento com a requerente antes da mudança, mas também preserva a dignidade da autora, na medida em que os documentos usuais a isso não farão qualquer referência. Decisão de improcedência afastada. Recursos providos, com observação⁷.

A elasticidade interpretativa expandiu de tal forma que ainda cabe uma última cunha no tema abordado. O Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), pela Resolução nº 12, de 16 de janeiro de 2015, considerando o disposto nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que define as diretrizes e bases da educação nacional, garante a adoção do nome social àquelas pessoas cuja identificação civil não reflita adequadamente sua identidade de gênero, em todas as instituições de ensino, em todos os níveis e modalidades.

Para tanto, dentre outras recomendações, as instituições de ensino deverão garantir a quem solicitar o direito ao tratamento oral exclusivamente pelo nome social, assim como referido nome deverá ser inserido nos formulários e sistemas de informação utilizados nos procedimentos de seleção, inscrição, matrícula, registro de frequência e outros documentos escolares, observando, no entanto, a recomendação da utilização do nome civil para emissão de documentos oficiais.

Não há nenhuma dúvida que a vocação sexual é ditada pela mente. Mas, no caso de ocorrer desequilíbrio ou desalinho entre ela e o gênero originário, haverá necessidade de correção e o procedimento cirúrgico será o fator preponderante para se estabelecer a sintonia entre o corpo e

⁷ TJSP, AC 0008539-56.2004.8.26.0505, 6ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Vitor Guglielmi j. 18/10/2012.

a mente em busca da verdadeira identidade sexual. Na realidade, o que se constatava é que a pessoa carregava as genitálias interna e externa perfeitas, porém em total desajuste com sua mente, que já se amoldara ao sexo oposto e a ele queria definir sua orientação sexual.

O Direito, instrumento que regulamenta a convivência humana e estabelece as regras para tanto, deve ser dinâmico e se ajustar às necessidades sociais, com o escopo de possibilitar a cada um desenvolver suas aptidões, qualidades e realizar da melhor forma o seu projeto de vida. Em outras palavras, o Direito deve caminhar de braços dados com as transformações sociais e encarar as novas realidades que se avizinham. Com a evolução do pensamento do homem a liberdade ganhou um espaço considerável e passou a ser um dos fatores mais preponderantes da cidadania apregoada constitucionalmente. Cria-se, então, um novo parâmetro identitário que proporciona a cada um ousar ser o que quiser ser, no âmbito de sua dimensão pessoal. Daí por que a lei deve atender às erupções que, embora se apresentem como temporárias, vão se sedimentando com o passar do tempo e passam a exigir um tratamento coerente e aceitável de acordo com o padrão ético que vige no país.

Ao transitar por este pensamento evolutivo, o Procurador-Geral da República intentou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.275, perante o Supremo Tribunal Federal, com vistas a perseguir a melhor interpretação ao art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que regulamenta os registros públicos e, especificamente, saber da viabilidade da alteração do prenome e gênero no registro civil, mediante averbação no registro original, mesmo em não se submetendo o interessado à cirurgia de transgenitalização.

A decisão da Suprema Corte, tendo como embasamento central a dignidade da pessoa humana, proferida em 1º de março de 2018, foi no sentido de autorizar a alteração do nome e gênero, sem a necessidade de realização do procedimento cirúrgico da redesignação de sexo.

Assim é que, com base nas normas constitucionais que privilegiam a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a vida privada, a honra, a imagem, a identidade ou expressão de gênero sem discriminação, assim como a decisão da Organização Mundial da Saúde (OMS) em excluir a Transexualidade do capítulo das doenças mentais da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID), a Corregedoria Nacional de Justiça editou o Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018, regulamentando a matéria.

Dessa maneira, se o interessado for maior de 18 anos, habilitado para exercer todos os atos da vida civil, valendo-se da autonomia da vontade, sem prévia autorização judicial alguma, independentemente de comprovação cirúrgica de redesignação sexual ou de apresentação de laudo médico ou psicológico, juntando as certidões e documentos exigidos, poderá procurar o Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais para requerer a alteração e a averbação do prenome e gênero nos assentos de nascimento e casamento, com a finalidade de buscar a adequação com a identidade autopercebida.

Conclusão

O assunto rende muitas intervenções e não pode ser mais tratado à socapa e à sorrelfa ou colocado entre parênteses, com o sinal indicativo do *no trespassing*, isolando o homem da realidade que bate às suas portas. Não se deve lançar mão do pensamento utilitarista de Bentham, onde se procura maximizar o bem-estar para o maior número de pessoas, que torna o Direito uma equação matemática. Faz-se mister, sim, oferecer condições para dirimir as divergências sexuais do grupo social de acordo com a preferência de cada indivíduo, fazendo prevalecer o pensamento de Kant, no sentido de que o homem é um racional, merecedor de dignidade e respeito. A meta, portanto, é conferir a dignidade condizente com sua inclinação sexual, como também a efetiva proteção legal para o exercício e a defesa de seus direitos consagrados nas políticas para a diversidade sexual neste ainda desconhecido campo que se abre.

A biotecnociência foi desenvolvendo cada vez mais recursos para uma intervenção de sucesso nas cirurgias de transgenitalização, apontando sempre para a conveniência do ser humano na busca de sua identidade sexual. O Direito, por sua vez, vem assimilando toda essa evolução e, *cum grano salis*, nas prudentes interpretações, vai possibilitando o ajustamento da nova identidade, realizando as alterações de nome e sexo necessárias, sem a necessidade da cirurgia de redesignação sexual. A sociedade, finalmente, assimilou a isonomia existente entre todos e passou a entender o ajustamento sexual como condição de humanização do homem.

OLIVEIRA JÚNIOR, E. Q. de; OLIVEIRA, P. B. Q. de; ANDRADE, G. B. de O. Sex reassignment surgery: medical, social and legal realities. *Justitia*, São Paulo, v. 207, p. 141-157, Jan./Jun. 2016.

- **ABSTRACT:** The sexual identity, which does not only comprise the sexual act, but also all the physical, mental and social interactions conducting man, was discussed recently by the legal and medical world. The multiple sexual identification that was initially considered a disease, because it did not provide a definition between biological and psychological sex just as considered mental disorder, has progressively lost the conceptualization of abnormal sexuality and won the status of a form of sexual orientation. Thus, in order to have an adjustment of the sexual reality as they cannot identify themselves with their genetic sex and become frustrated as a human being, there is a need to seek sexual identity or gender corresponding to their reality. For this purpose, they must use medical and legal interventions. The first Sex reassignment surgery, in 1952, opened doors, because since it was successful, it could help those people who had sexual deviation. In Brazil, this procedure was regulated by a Resolution of the Federal Council of Medicine. After many legal battles, the transgenitalized could rectify their name and gender on birth certificate, as well as gaining many other rights under the principles of equality and human dignity.

- **KEY WORDS:** Transsexual surgery. Bioethics. Biolaw.

Referências

- ASSIS, Machado de. *Dom Casmurro*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O conceito de identidade e a redesignação sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CURY, Carlos Abib. *Transexualidade: da mitologia à cirurgia*. São Paulo: Iglu, 2012.
- _____; BATIGALIA, Fernando. *Desvios do comportamento sexual*. São José do Rio Preto: Editora do Autor, 2009.
- DAMÁSIO, Antonio R. *E o cérebro criou o homem*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FARINA, Roberto. *Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estados de inetersexualidade e das parafilias*. São Paulo: Novalunar, 1982.
- GIANNETTI, Eduardo. *A ilusão da alma: biografia de uma idéia fixa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- MARINA, José Antonio. *O quebra-cabeça da sexualidade*. Tradução de Diana Araújo Pereira. Rio de Janeiro: Guarda-Chuva, 2008.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SALLES, Arleen; LUNA, Florencia. *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*. Colaboración de María Victoria Costa, Susana E. Sommer y Graciela Videla. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.

SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

VEYNE, Paul. *Sexo e poder em Roma*. Tradução de Marcos de Castro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

WHITE, Nicholas. *Breve história da felicidade*. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Loyola, 2009.

Notas sobre o Plágio e a Contrafação

Leonardo Estevam de Assis ZANINI*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 O direito ao reconhecimento da autoria. 2 As facetas do direito ao reconhecimento da autoria. 3 Plágio. 3.1 Considerações iniciais. 3.2 Etimologia. 3.3 O plágio: conceito em construção. 3.4 Pressupostos. 3.5 Plágio: extensão e dissimulação. 3.6 Autoplágio. 4. Contrafação. 4.1 Conceituação. 4.2 Etimologia. 4.3 A distinção entre o plágio e a contrafação. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** Este artigo examina inicialmente a ligação entre a personalidade do autor e sua obra, particularmente no que concerne ao direito de paternidade. Daí por diante, procura deixar evidente a distinção entre o plágio e a contrafação, institutos muitas vezes confundidos pela doutrina e pelos tribunais, não obstante sua grande importância na sociedade brasileira, em especial por decorrência do advento de novas tecnologias.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Direito de Autor. Direitos intelectuais. Direitos da personalidade. Direito moral de autor. Direito ao reconhecimento da autoria. Plágio. Contrafação.

* Juiz Federal. Professor universitário. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade de Araraquara (UNIARA). Pesquisador do Grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Foi Procurador do Banco Central do Brasil (2002), Defensor Público Federal (2002), Diretor da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul (2006-2011), Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo (2012-2014) e Delegado de Polícia Federal (2002-2005). Pós-doutor em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha) e em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP) (2013), com estágio de doutorado na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) (2010). Bacharel em Direito pela USP (2000). Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos Intelectuais, Direito do Consumidor e Direito Ambiental.

Introdução

O criador de uma obra em regra quer ser reconhecido como seu autor, uma vez que a assinatura de um trabalho pode influir positivamente na forma como é visto pela sociedade. Assim, é certo que a boa fama, eventualmente adquirida pelo autor, está diretamente ligada à qualidade da manifestação de sua personalidade inserta na própria obra.

De fato, a assinatura de um trabalho é uma forma de se fazer conhecido em seu tempo. Também permite a imortalização da personalidade, que se torna presente também na posteridade, dado que o autor continua vivo em sua obra (SCHACK, 2010, p. 184).

Com efeito, mesmo antes do surgimento da legislação protetiva do autor, a ligação da obra ao nome já possuía a função de garantir ao criador uma forma de defesa contra usurpadores, que encontravam um grau maior de dificuldade para lesar o autor de uma obra assinada. Assim procedeu, por exemplo, Michelângelo, que em 1501, ao completar a obra Pietá, prontamente assinou seu nome (SCHACK, 2010, p. 184).

Nessa linha, na medida em que a proteção do autor foi evoluindo, percebeu-se que o reconhecimento da autoria consistia no ponto mais fundamental e menos contestado dessa tutela, por ser este diretamente ligado ao direito geral da personalidade (STROWEL, 1993, p. 496).

Trata-se, então, no quadro dos direitos da personalidade do autor, do tema central da proteção dos interesses pessoais e espirituais do criador (DIETZ; PEUKERT apud SCHRICKER; LOEWENHEIM, 2010, p. 871). E tanto é assim que, conforme ensina Chinellato, “não se encontrou nenhuma legislação que não o reconheça, pois é considerado um dos primeiros e mais importantes direitos morais do autor” (CHINELLATO, 2008, p. 166)¹. Por isso, a compreensão do direito ao reconhecimento da autoria, como veremos, é pressuposto imprescindível para o estudo do plágio e da contrafação, figuras que constituem violação da lei autoral (FRAGOSO, 2009, p. 293).

¹ No que diz respeito aos países que adotam o sistema do *copyright*, é certo que a legislação em regra não contém normas gerais sobre o reconhecimento da paternidade. No entanto, mesmo nesses ordenamentos avessos aos direitos da personalidade do autor, há disposições que nos permitem inferir a existência do direito ao reconhecimento da autoria, como é o caso da obrigação de indicar a fonte (LIPSZYC, 1993, p. 166).

1 O direito ao reconhecimento da autoria

O direito ao reconhecimento da autoria protege a vinculação personalística existente entre o autor e a sua obra². Encontra previsão expressa na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, a qual estabelece que o autor tem o direito moral de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra, bem como de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização da obra (art. 24, I e II)³.

Em complemento, o art. 12 da mesma lei prevê que o autor de obra literária, artística ou científica, para se identificar como tal, poderá “usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional”.

Ao lado da Lei nº 9.610/1998, não podemos deixar de mencionar a Convenção de Berna, que, no art. 6 *bis*, item 1, também reconhece ao autor, independentemente dos direitos patrimoniais, e mesmo depois de sua cessão, o direito de reivindicar a paternidade da obra.

Nessa senda, o caráter amplo e genérico dessas disposições tem levado alguns autores a compreender a existência de distintas e diversas hipóteses no âmbito do direito ao reconhecimento da autoria, o que pode ser verificado não somente no Brasil, mas também nos ensinamentos de doutrinadores estrangeiros.

2 As facetas do direito ao reconhecimento da autoria

No Brasil, o entendimento prevalente encontra no direito ao reconhecimento da autoria a presença de dois aspectos, um positivo e outro negativo. Sob o ponto de vista positivo (art. 24, II, da Lei nº 9.610/1998), significa que o autor tem o direito de exigir que a obra seja publicada com a menção da designação por ele determinada, bem como que tal nome não pode ser trocado pelo de outra pessoa, modificado ou excluído (VEGA VEGA, 1990, p. 121). No que toca ao aspecto negativo, em caso de alguém se atribuir

² Conforme ensina Pontes de Miranda (2000, p. 177), essa “identificação pessoal, essa ligação do agente à obra, essa relação de autoria, é o vínculo psíquico, fático, inabluível, portanto indissolúvel”. De acordo com Adriano de Cupis (2004, p. 336), a “paternidade intelectual representa um vínculo espiritual indissolúvel entre o autor e a sua obra”.

³ Art. 24 da Lei nº 9.610/1998: “São direitos morais do autor: I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; [...]”.

falsamente a autoria de uma obra, em detrimento de seu criador, terá este o direito de reagir contra a violação cometida, pugnando pela ligação de seu nome à obra, em conformidade com o art. 24, inciso I, da Lei nº 9.610/1998.

No Direito Alemão⁴, a título de comparação, os ensinamentos sobre a matéria seguem, em linhas gerais, o que foi comentado linhas atrás⁵. É garantido ao criador de uma obra o reconhecimento da sua autoria e a liberdade de decidir qual nome utilizará para se identificar. Em caso de violação desse direito, como no caso de o titular do direito patrimonial alterar arbitrariamente o nome do autor, a lei alemã garante ao criador o respeito ao seu direito moral, especialmente contra plagiadores (SCHACK, 2010, p. 186). Assim sendo, o criador, conforme amplamente asseverado pelos estudiosos tedescos, pode propor ação em defesa da paternidade de sua obra contra todos aqueles que coloquem sua autoria em discussão ou que a pretendam para si (KROITZSCH apud MÖHRING; NICOLINI, 2000, p. 260).

Desse modo, à exceção do controvertido direito de contestar a paternidade (de se opor à falsa atribuição de autoria), que não será objeto de nossos estudos, as divergências existentes entre os autores se postam mais no campo didático. Portanto, o que nos interessa para o estudo do plágio e da contrafação é que o autor tem direito de ver sua autoria reconhecida, cabendo a ele determinar como seu nome se apresentará na obra, seja por

⁴ Isto é, na Lei de Direitos Autorais (*Urheberrechtsgesetz* – UrhG).

⁵ Nesse ponto, para demonstrar a similaridade dos ensinamentos, vejamos o seguinte trecho da doutrina de Manfred Rehbinder (2010, p. 161): “O reconhecimento da autoria é protegido mediante o direito de indicação do nome (§ 13 da UrhG), completado pela proibição de modificação (§ 38 UrhG) e pelo dever de informar a fonte (§ 63 UrhG). Os interesses do autor são protegidos pelo direito de indicação do nome sob dois aspectos. Pelo primeiro, pode o autor ser reconhecido a qualquer tempo pelo seu trabalho e se defender contra usurpações – por exemplo, quando um terceiro se faz passar injustamente como autor de seu trabalho. Pelo segundo, tem o autor o direito de menção diante daqueles que usam seu trabalho”. Tradução livre do seguinte original: “Die Anerkennung der Urheberschaft wird geschützt durch das Namensnennungsrecht in § 13 UrhG, ergänzt durch das Änderungsverbot des § 39 UrhG und die Pflicht zur Quellenangabe gemäß § 63 UrhG. Die Urheberinteressen werden durch das Namensnennungsrecht in zweierlei Hinsicht geschützt. Zum einen kann sich der Urheber jederzeit zu seinem Werk bekennen und gegen Übergriffe wehren, z. B. dort, wo Dritte sich zu Unrecht als Autoren seiner Werke augeben. Zum anderen hat der Autor Nennungsrechte gegenüber demjenigen, der sein Werk nutzt”.

meio do nome civil, de pseudônimo ou do anonimato, bem como tem direito à veiculação de pretensões que garantam o respeito ao direito de paternidade.

3 Plágio

3.1 Considerações iniciais

O plágio constitui, indubitavelmente, lesão a direitos da personalidade do autor, estando intimamente ligado ao direito ao reconhecimento da paternidade. Apesar de o plágio ser há muito tratado no Brasil, não há em nosso ordenamento jurídico um conceito ou regulamentação da matéria⁶, tratando-se de terminologia e construção adotadas pela doutrina e replicadas na jurisprudência⁷.

A Lei nº 9.610/1998 não apresenta nenhuma definição de plágio, mas tão somente conceitua a contrafação, entendida como “a reprodução não autorizada” de uma obra (art. 5º, VII). Todavia, a contrafação não se confunde com o plágio, tema que será analisado neste trabalho para podermos afastar eventuais equívocos que ocorrem no dia a dia. Em todo caso, aqui já

⁶ Conforme anota Chinellato (2012, p. 308), o único ordenamento jurídico que chegou a conceituar o plágio foi o peruano, no art. 124 da Lei nº 13.714, de 1º de setembro de 1961, ao dispor: “También infringe la ley quien comete el delito de plagio que consiste en difundir como propia, en todo o en parte, una obra ajena, seja textualmente o tratando de dissimular la apropiación mediante ciertas alteraciones”. Todavia, essa lei foi revogada pelo Decreto Legislativo nº 822, de 23 de abril de 1996, que não repetiu a conceituação (CHINELLATO, 2012, p. 308).

⁷ O mesmo ocorre, conforme notícia Waiblinger, na Alemanha, onde a lei não conceitua o plágio, existindo menção à expressão apenas na exposição de motivos do § 23 da lei autoral (UrhG). Embora não previsto na lei, o termo é encontrado em decisões judiciais, especialmente de tribunais que julgam matéria administrativa, onde sempre existem processos discutindo a perda de grau acadêmico por plágio. As decisões, entretanto, não chegam a apresentar um conceito razoável e exato do plágio, ficando a tarefa a cargo da doutrina, que, por sua vez, diante da grande quantidade e diversidade de conceitos, acaba utilizando frequentemente um conceito geral para diferentes tipos de ação. Apesar disso, mesmo não sendo possível um conceito único, pois cada autor define o plágio à sua maneira, a temática é sempre objeto de estudo nos livros sobre Direitos de Autor (WAIBLINGER, 2011/II, p. 325-328). A ausência de previsão legal também é notada por SCHACK (2010, p. 143), o qual destaca que o plágio constitui denominação usual para o furto intelectual.

podemos estabelecer uma distinção, pois a contrafação foi conceituada pela Lei nº 9.610/1998, ao passo que o plágio não foi definido pelo legislador.

3.2 Etimologia

Na Antiguidade Clássica, tanto em Roma como na Grécia, era corrente o problema do plágio, mas não havia legislação específica para a proteção do autor.

A palavra que chegou ao português pelo latim (*plagium*) decorre das previsões da *Lex Fabia de Plagiariis*, do século II a.C.. O plágio do Direito Romano, entretanto, não guardava nenhuma relação com a acepção atual da palavra (CHINELLATO, 2012, p. 306), pois os romanos, sob o nome de *plagium*, puniam “a escravização de homem livre, bem como a compra e venda ou assenhoreamento de escravo alheio” (HUNGRIA, 1958, p. 198).

Todavia, a expressão sofreu desvio histórico, atribuído ao poeta Marco Valério Marcial (42-104 d.C.), que comparou seus epigramas a escravos libertos, os quais estariam nas mãos de um sequestrador de nome Fidentino (*plagiarius*) (REHBINDER, 2010, p. 07).

Marcial escreveu, em seus epigramas (Epigrama 30, Livro I), que, “Segundo consta, Fidentino, tu lêes os meus trabalhos ao povo como se fossem teus. Se queres que os digam meus, mandar-te-ei de graça os meus poemas; se quiseres que os digam teus, compra-os, para que deixem de ser meus”. E, no Epigrama 5, asseverou ainda que, “Quem busca a fama por meio de poesias alheias, que lê como suas, deve comprar não o livro, mas o silêncio do autor” (apud ROCHA, 2001, p. 15).

De qualquer forma, foi somente no período da Renascença que a palavra plágio veio a ter sua acepção atual, quando os “jurisconsultos Duareno e Tomásio concluíram que o plágio era punido pela *Lex Fabia de Plagiariis*, entendimento que foi seguido por autores modernos, o qual, no entanto, baseou-se em erro” (CHINELLATO, 2012, p. 306).

3.3 O plágio: conceito em construção

O plágio é um instituto jurídico cuja conceituação ainda se encontra em construção, mas, em linhas gerais, fala-se na falsa atribuição da criação de uma obra ou de parte dela, em evidente ofensa ao direito de paternidade do autor plagiado⁸. O plagiador tem como objetivo primordial a obtenção

⁸ O plágio é, sem dúvida alguma, um tema muito polêmico, havendo até mesmo aqueles

de fama e reconhecimento, o que é muitas vezes alcançado com a indevida atribuição de produções alheias, as quais são afastadas da personalidade de seu verdadeiro criador e, lamentavelmente, ligadas ao plagiador.

A conduta, muitas vezes, tem fundamento na falta de condições desse verdadeiro “ladrão intelectual” de criar alguma obra digna de deferência. Não faltam outros, entretanto, que, apesar de dotados de inteligência e talento, simplesmente por preguiça ou visando ao reconhecimento ou lucro fácil, “não hesitam [em] recorrer ao mesmo expediente” (CHAVES, 1983, p. 404). Porém, independentemente dos motivos que levam ao cometimento desse ilícito, o fato é que nossa legislação, como já mencionado, não apresenta um conceito do plágio, o que é digno de aplausos e tem levado a doutrina a se debruçar sobre o tema.

A despeito da sua importância, até o momento a matéria ainda não foi suficientemente desenvolvida. Torna-se, portanto, imprescindível que a doutrina cumpra sua função, precisando a significação do plágio, o que sabidamente não é tarefa fácil, ainda mais se considerarmos a existência de inúmeras espécies de obras protegidas pelo Direito de Autor.

Entrementes, não faltam definições para o termo, entendendo-se, de modo geral, como o fez Otávio Afonso (2009, p. 121), ao consignar a ideia de que plagiador é aquele que apresenta uma imitação ou cópia literal da obra de outrem como sendo de sua autoria.

Nessa mesma linha leciona Antônio Chaves (1983, p. 406), asseverando que no plágio há a apresentação de “trabalho alheio como próprio, mediante o aproveitamento disfarçado, mascarado, diluído, oblíquo, de frases, ideias, personagens, situações, roteiros e demais elementos das criações alheias”.

Não é diferente a definição de Schack (2010, p. 143), que vê o plágio como “a apropriação, com ou sem alteração, de todo um trabalho protegido pela lei autoral ou de parte dele, com a usurpação de sua autoria”⁹.

que são mais tolerantes em relação à sua prática, especialmente no domínio da literatura. Diante disso, não poderíamos deixar de citar no presente trabalho, para reflexão, as palavras de Giraudoux: “Le plagiat est à l’origine de toutes les littératures, à l’exception de la première, qui d’ailleurs est inconnue” (LUCAS; LUCAS, 2006, p. 242).

⁹ Tradução livre do seguinte original: “Das Plagiat ist die unveränderte oder veränderte Übernahme eines urheberrechtlich geschützten Werkes oder Werkteiles unter Anmaßung der Urheberschaft”. Um pouco diversa é a definição de Reh binder (2010, p. 156): “Em sentido estritamente jurídico entende-se como plágio somente a apropriação de trabalhos, ou parte de

Carlos Aberto Bittar (2008, p. 48-49) também examina a matéria, definindo o plágio como a “imitação servil ou fraudulenta de obra alheia, mesmo quando dissimulada por artifício, que, no entanto, não elide o intuito malicioso”. Afasta da definição o aproveitamento remoto ou fluido, isto é, de pequeno vulto.

Digno de nota é igualmente o ponto de vista de Villalba e Lipszyc (2009, p. 495), que consideram como plágio a apropriação de todos ou de alguns elementos originais da obra de outro autor, apresentando-os como próprios.

Por conseguinte, das ideias apresentadas, podemos ver que há no plágio, em linhas gerais, a negação da relação de paternidade existente entre determinada obra e seu autor. O plagiador ignora que determinada obra foi criada por outrem, apoderando-se integralmente ou de partes essenciais desta. Seja como for, em que pese a existência de semelhanças entre as definições apresentadas, é certo que, em uma análise mais acurada, podemos constatar divergências bastante significativas, o que ficará mais evidente a seguir, com o estudo dos pressupostos do plágio.

3.4 Pressupostos

No plágio está em jogo a própria personalidade do autor, que é diretamente atingida pelo plagiador. Ofende-se fundamentalmente o direito de paternidade ao se afastar a obra do seu verdadeiro autor. A conduta também pode lesionar outros direitos dessa mesma natureza (chamados de direitos

trabalhos, protegidos pelo direito autoral, seja ele não alterado ou com modificação cuja distância do original não alcance a livre utilização, além da omissão da informação de fonte junto à citação permitida”. Tradução livre do seguinte original: “Im engeren juristischen Sinne versteht man darunter nur die Übernahme von urheberrechtlich geschützten Werken oder Werkteilen, sei sie unverändert oder in einer Umarbeitung, deren Abstand vom Original nicht die freie Benutzung erreicht, ferner die Unterlassung der Quellenangabe bei an sich erlaubten Zitaten”. O professor esclarece ainda que, em razão das diferentes compreensões do fenômeno, entendeu melhor o legislador alemão não colocar na lei um conceito de plágio.

Ulmer (1980, p. 274), por sua vez, apresenta uma definição mais sintética do plágio, que consistiria simplesmente na “utilização de uma obra protegida ou de parte da mesma com usurpação da autoria”. Vejamos o original do trecho traduzido livremente: “Plagiat im Rechtssinn ist demnach die Benutzung eines geschützten Werkes oder Von Teilen desselben unter Anmaßung der Urheberschaft”.

morais do autor), como é o caso do direito à integridade (art. 24, IV, da Lei nº 9.610/1998), quando há alterações na obra, bem como do direito ao inédito (art. 24, III, da Lei nº 9.610/1998), se a obra ainda não tinha sido publicada¹⁰.

Apesar de colidir diretamente com os direitos da personalidade do autor, o plágio pode ainda prejudicar de forma indireta a utilização econômica da obra, pois é possível a concorrência entre as obras, que poderia muito bem diminuir as vendas daquela objeto de plágio.

Dessa maneira, ao plagiar uma obra, é certo que o autor da conduta ilícita pode beneficiar-se de eventuais proveitos econômicos decorrentes de sua utilização. Entretanto, o pressuposto fundamental do plágio é a obtenção, pelo plagiador, de vantagens de ordem não patrimonial, como a fama, o reconhecimento e o prestígio, agregando valores à sua personalidade, em desrespeito ao direito de paternidade de outrem.

Devemos ainda acrescentar que, para a ocorrência do plágio, faz-se necessária a violação dos direitos do autor, o que somente ocorrerá quando estivermos diante de uma obra protegida. Pois bem, como nem toda obra do espírito é protegida pelo Direito de Autor, devemos então compreender que somente poderá haver a prática de plágio quando a obra plagiada for protegida pela lei autoral (CHINELLATO, 2012, p. 310). Assim sendo, as produções intelectuais mencionadas no rol do art. 8º da Lei nº 9.610/1998, por não serem objeto de proteção como direitos autorais, não podem conduzir à prática de plágio.

Outrossim, faz-se mister a existência de aproveitamento das ideias que constituem a essência, o cerne, a espinha dorsal da obra plagiada. A configuração do plágio, dessa forma, somente vai ocorrer com “a absorção do núcleo de representatividade da obra, ou seja, daquilo que a individualiza e corresponde à emanção do intelecto do autor” (CHINELLATO, 2012, p. 317).

Nunca é demais lembrar, entretanto, que as ideias fazem parte do acervo cultural da humanidade, não pertencem com exclusividade a nenhuma pessoa e, portanto, não há que se falar no seu monopólio (art. 8º, I, da Lei nº 9.610/1998). Por isso, para podermos admitir a ocorrência de plágio, é igualmente indispensável que as ideias atribuídas indevidamente ao plagiador façam parte de obra alheia, tenham sido expressas em trabalho de

¹⁰ Nessa mesma linha ensinam Delia Lipszyc e Carlos Alberto Villalba (2009, p. 495): “el plagio importa no solo la reproducción o la comunicación pública total o parcial de una obra ajena sino también una lesión a su integridad y a su paternidad”.

outrem (VILLALBA DÍAZ, 2013, p. 64-65). Nesse sentido, conforme esclarece Fragoso, “o plagiário usurpa a criação alheia, não a ideia, não o tema, mas o modo como foram estes tratados, ou seja, usurpa o modo de expressão de tal ideia, de tal ou qual tema” (FRAGOSO, 2009, p. 296).

Vale ainda destacar que não configura o ilícito o mero aproveitamento de fontes comuns, de modo que não se pode, sem uma análise mais aprofundada do caso concreto, dizer que houve plágio pelo simples fato de as fontes bibliográficas utilizadas nas obras serem as mesmas. Igualmente, não conduzem ao plágio a simples ocorrência de identidade temática e a similitude ou equivalência de ideias e pensamentos¹¹. Para a configuração do plágio é necessário mais do que referidas coincidências.

Ademais, não podemos esquecer que a proteção concedida ao autor, inclusive contra casos de plágio, independe da existência de um registro da obra e de sua autoria. Tal registro é meramente facultativo em nosso ordenamento jurídico (art. 18 da Lei nº 9.610/1998)¹², podendo ser afastado por prova em contrário, o que lhe dá a natureza de uma presunção meramente relativa de autoria (*iuris tantum*). Apesar disso, o registro anterior da obra pelo verdadeiro autor constitui uma prova bastante significativa, que não pode ser desprezada¹³.

Por derradeiro, parece-nos que a dissimulação não é elemento essencial para a configuração do plágio, pois se assim não fosse, o plágio

¹¹ E aqui vale citar a obra-prima de literatura alemã, *Fausto*, de Goethe, que se baseia em lendas e em obras anteriores (FRAGOSO, 2009, p. 263).

¹² Art. 18 da Lei nº 9.610/1998: “A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”.

¹³ Ainda no que toca à questão da autoria e do registro da obra, vale lembrar que o art. 18 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, previa que as dúvidas levantadas quando da realização do registro poderiam ser submetidas à decisão do Conselho Nacional de Direito Autoral. A Lei nº 9.610/1998, contudo, não repetiu a referida disposição, abolindo o procedimento de suscitação de dúvida. Não obstante a inexistência do procedimento, a temática chegou a ser analisado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região em um caso em que a Fundação Biblioteca Nacional se deparou com o registro de uma obra literária que teve sua autoria questionada por terceiro. A despeito do problema atinente à autoria da obra, em face da ausência de previsão legal, o processo foi extinto sem julgamento de mérito, ao argumento de que o Judiciário não é órgão de consulta. A decisão de primeiro grau foi majoritariamente referendada em segunda instância (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível 200151010198066/RJ. Relatora: Desembargadora Federal Liliane Roriz. Rio de Janeiro, DJ de 06/05/2009, p. 159).

grosseiro, a cópia literal, não constituiria o ilícito, haja vista a ausência do “mascaramento”. Assim sendo, apesar de o plagiador geralmente procurar camuflar, dissimular, mascarar ou disfarçar sua conduta ilícita, em nosso entendimento, tal conduta não constitui pressuposto para a caracterização do plágio.

3.5 Plágio: extensão e dissimulação

No que diz respeito à extensão, a obra alheia pode ser plagiada total ou parcialmente. O plágio parcial é o mais comum, visto que a prova em juízo de plágio integral é muito mais fácil do que aquela do plágio parcial. De fato, como não há critérios objetivos que possam ser aplicados para a caracterização do plágio, torna-se sempre necessária a avaliação pelo magistrado de cada caso concreto, o que é muito mais simples quando uma obra foi integralmente plagiada.

Ao lado da extensão do plágio, ou seja, parcial ou total, também podemos apontar a existência do plágio sutil e do plágio grosseiro. No plágio sutil o trabalho de análise do magistrado é bem mais difícil, podendo valer-se até mesmo do auxílio de peritos, uma vez que o plagiador modifica habilmente a obra nova, alterando sua composição e expressão, atingindo amplo sucesso na dissimulação de sua conduta. Nessa situação, o plagiador pode até mesmo restar sem reprovação jurídica, já que o julgamento dependerá bastante dos conhecimentos e das habilidades do perito em seu ramo de atividade. Contudo, mesmo que não haja sanção jurídica, a conduta não deixa de ser moralmente reprovável (FRAGOSO, 2009, p. 300).

O plágio grosseiro, por seu turno, em regra consiste na cópia *ipsis litteris* de trabalho alheio, com a substituição do nome do seu verdadeiro autor, mas também admite a tentativa de dissimulação. A dissimulação no plágio grosseiro é conduta usual, pois o plagiador, como já destacamos, tenta se passar por autor do trabalho, procurando enganar tanto seu verdadeiro autor como toda a sociedade (MORAES, 2008, p. 86)¹⁴. Todavia, a tentativa de dissimulação não é exitosa, visto que a falta de talento do plagiador

¹⁴ Villalba Díaz (2013, p. 23-24), em função da tentativa ou não de se acobertar o plágio, classifica-o em duas modalidades: plágio servil e plágio inteligente. A cópia literal ou quase literal do trabalho é chamada de plágio servil, ao passo que a cópia dissimulada, mas que mantém a essência da obra original, nomina-se plágio inteligente.

permite facilmente a constatação da prática do ilícito. O plágio grosseiro é então identificado pela simples e superficial comparação entre as obras.

Aliás, na tentativa de dissimular sua conduta, muitas vezes o plagiador invoca o nome do plagiado no trabalho, fazendo agradecimentos ou prestando homenagens (VILLALBA DÍAZ, 2013, p. 49). Também é bastante comum a citação da obra plagiada na bibliografia, o que certamente não afasta o ato ilícito, pois o que interessa para a sua configuração é o conteúdo, a natureza do trecho plagiado e não a quantidade de empréstimos tomados ou o que foi pesquisado¹⁵. Sobre o tema, Antônio Chaves (1983, p. 407) é extremamente esclarecedor:

Pode ocorrer, com efeito, que o plágio não tenha tomado senão um pequeno número de passagens, mas que estas, principalmente em se tratando de uma obra filosófica ou científica, sejam exatamente as que dão à obra seu caráter de originalidade própria, que são como a medula. Ora, neste caso, pouco importaria a quantidade dos empréstimos; é a sua qualidade, a sua natureza, que é preciso levar em conta.

Daí, podemos extrair que a apropriação deve dizer respeito à essência ou substância da obra plagiada. Por um lado, não basta a reprodução de trechos ou de fragmentos nos quais não se possa reconhecer a substância, as partes orgânicas da obra plagiada, pois tal conduta não será suficiente para a

¹⁵ Acerca da obra musical, seguindo a linha da ausência de um critério objetivo para a definição do plágio, não há que falarmos em um mínimo de notas ou compassos necessários para a caracterização do plágio. É totalmente equivocado e sem amparo legal o “mito dos oito compassos”. Por conseguinte, para que não haja injustiças, somente é possível a verificação da ocorrência dessa conduta ilícita em cada caso concreto, uma vez que “não existe qualquer regra aritmética para detectar o plágio musical” (MORAES, 2008, p. 90). E não é outro o entendimento de Villalba Díaz (2013, p. 24), o qual deixa claro que a configuração do ilícito não depende da quantidade do material utilizado, mas sim se foi utilizada a essência da obra alheia. O autor argentino ainda cita um trecho de uma decisão proferida em 1976 pela Suprema Corte da Província de Buenos Aires, que transcrevemos: “la mayor o menor proporción de la utilización del material ajeno en la obra propia no es una cuestión substancial; lo que importa es si de la comparación puede establecerse la similitud y por lo tanto, el origen de lo supuestamente plagiado” (VILLALBA DÍAZ, 2013, p. 24).

configuração do plágio (CHINELLATO, 2012, p. 314). Por outro lado, partindo da necessidade de reprodução da essência de outra obra, é certo que o plágio não demanda a identidade das formas de expressão, admitindo-se sua ocorrência mesma na adaptação de uma obra de um gênero para outro, como é o caso da obra literária que é transformada em obra audiovisual (FRAGOSO, 2009, p. 299).

Outrossim, é interessante notarmos que existem muitos casos de plágio em que não há grande preocupação com a dissimulação da conduta. Infelizmente, isso tem ocorrido com frequência nas universidades brasileiras (muito comum em trabalhos de conclusão de curso de graduação), em que muitos estudantes simplesmente copiam da internet trabalhos alheios, apenas substituindo o nome do autor. São casos de plágio total e grosseiro, que muitas vezes passam despercebidos, mas não podem ser desprezados, pois graus acadêmicos são concedidos àqueles que agiram com total desonestidade intelectual¹⁶. Nessas situações, é cabível não somente a perda da titulação pretendida, mas também o acionamento do responsável nas esferas cível e criminal.

Aliás, diante do problema apontado, vale abrir um pequeno parêntese a seguir para tecer alguns comentários sobre outro tema muito discutido no ambiente acadêmico, o chamado autoplágio.

3.6 Autoplágio

Ainda na esfera da temática do plágio, não poderíamos deixar de apresentar esta breve nota acerca do chamado autoplágio, que não encontra previsão ou conceituação em nosso Direito Positivo. Fala-se muito na vedação do autoplágio, especialmente em ambiente acadêmico, mencionando-se usualmente que um autor não pode utilizar trechos de textos que escreveu em obra posterior.

Nas palavras de Rehbinder (2010, p. 156), o autoplágio ocorre quando um autor utiliza, em uma criação posterior, um trabalho, ou parte dele,

¹⁶ Acerca do plágio em ambiente acadêmico é ainda interessante notarmos que as instituições de ensino geralmente proíbem tal conduta em códigos de ética ou de boas práticas. Esse é o caso, por exemplo, do art. 83 das Normas Acadêmicas da Universidade de Palermo, que sanciona com expulsão o aluno que tenha incorrido em fraude, desonestidade acadêmica, plágio ou cópia (VILLALBA DÍAZ, 2013, p. 67).

apresentado anteriormente. Contudo, tal prática somente pode representar lesão a direitos autorais quando há obrigação contratual que vede tal conduta, o que pode ocorrer na assinatura de um contrato de edição. Assim sendo, se um autor não se obrigou contratualmente, não há que se falar em autoplágio, ficando livre para reproduzir posteriormente sua obra, em parte ou na totalidade, quantas vezes quiser.

De qualquer maneira, não nos parece adequada a terminologia utilizada, pois o autoplágio não pode sequer ser considerado como uma espécie de plágio, haja vista que, como foi visto, o plágio pressupõe violação do direito de paternidade do autor, não sendo concebível que um criador viole seu próprio direito.

Por outro lado, apesar de não se tratar de modalidade de plágio, é importante lembrar que, usualmente, para a concessão de titulação acadêmica, exige-se a apresentação de um trabalho inédito. Nesses casos, até mesmo em função da vinculação às normas da instituição de ensino, a apresentação de obra já levada ao público anteriormente não vai ocasionar lesão à legislação autoral, mas não permitirá a concessão da titulação pretendida, tendo em vista o exigido pela instituição de ensino.

Pois bem, traçadas as linhas gerais do que se compreende por plágio, figura que é considerada por muitos autores como a mais grave lesão aos direitos do autor (VILLALBA DÍAZ, 2013, p. 32), passamos agora à contrafação, que, por se tratar de figura correlata, não poderíamos deixar de abordá-la neste trabalho.

4 Contrafação

4.1 Conceituação

A contrafação consiste na reprodução não autorizada de uma obra, entendendo-se por reprodução “a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido” (art. 5º, VI e VII, da Lei nº 9.610/1998).

Como podemos notar da definição legal, a conduta do contrafator, ao reproduzir sem autorização uma obra, não tem como objetivo a lesão a direitos da personalidade do autor, como é o caso do direito de paternidade. Não há preocupação do contrafator em esconder a paternidade de uma obra para poder atribuí-la a si mesmo, pois o que usualmente ocorre é que o

contrafator indica corretamente a autoria da obra, mas prejudica o autor no que diz respeito ao aproveitamento econômico. Assim, a contrafação está ligada essencialmente aos aspectos patrimoniais, pois retira indevidamente da obra “os proventos econômicos que de direito caberiam ao autor” (CHAVES, 1983, p. 406)¹⁷.

Realmente, na contrafação existe a publicação ou a reprodução, de forma abusiva, de trabalho alheio. Não há que se falar no consentimento do autor para a realização do ato do contrafator e, por isso, não tem nenhuma relevância a forma extrínseca, o destino, ou a finalidade da conduta violadora (CHINELLATO, 2012, p. 314).

O referido ato ilícito configura, convém notarmos, violação não somente ao direito de autor, mas também aos direitos que lhe são conexos (ou vizinhos), encontrando sancionamento pela legislação tanto civil (art. 5º, VI e VII, da Lei nº 9.610/1998) como criminal (art. 184 do Código Penal) (FRAGOSO, 2009, p. 294).

Dessa maneira, em linhas gerais, quando uma pessoa desfruta ilicitamente de obra alheia, em geral sem afastar o direito de paternidade de seu autor, estamos diante de contrafação (GUTIERREZ, 2008, p. 87-88). Por conseguinte, a contrafação consiste na reprodução ilícita da obra, integral ou parcial, por qualquer meio tangível, visando à violação dos direitos econômicos decorrentes da obra.

4.2 Etimologia

O termo contrafação decorre do aportuguesamento da palavra francesa *contrefaçon*, que em seu sentido original significa apenas falsificação. Como nem toda violação a direito autoral constitui uma falsificação, seu emprego pela lei autoral se distanciou do seu sentido original no idioma francês, já que o Direito Brasileiro considera a contrafação simplesmente como a reprodução não autorizada (FRAGOSO, 2009, p. 294).

¹⁷ Sobre o tema, bastante clara é a lição de Otávio Afonso: “O plágio consiste em apresentar como própria a obra intelectual produzida por outra pessoa”, ao passo que a “contrafação equivale a reproduzir uma obra, sem autorização, independente do meio utilizado. Neste caso, ela atenta contra a individualidade da obra alheia, visando obter ilicitamente vantagem econômica. O contrafator não pretende ser reconhecido como autor da obra contrafeita” (AFONSO, 2009, p. 121).

De qualquer modo, apesar das críticas da doutrina e do desuso da expressão em legislações estrangeiras, trata-se da terminologia adotada pela Lei nº 9.610/1998.

4.3 A distinção entre o plágio e a contrafação

A distinção entre o plágio e a contrafação torna-se bastante complicada na medida em que nem sempre há na contrafação a menção ao nome, pseudônimo ou sinal convencional adotado pelo autor, o que configura, além da violação a direitos patrimoniais, também a ofensa ao direito de paternidade.

Igualmente, existe contrafação e desrespeito ao direito ao inédito (art. 24, III, da Lei nº 9.610/1998) nos casos em que uma obra ainda não publicada é levada ao público, sem o consentimento do seu autor, por um contrafator. Situação muito comum em lançamentos de obras cinematográficas, quando, mesmo antes do lançamento do filme nos cinemas, já é possível a compra de um exemplar “pirata”.

Os problemas para a identificação das duas formas de violação dos direitos de autor são, então, evidentes, pois é certo que a contrafação pode atingir, ao mesmo tempo, os direitos da personalidade do autor e a utilização econômica da obra. O mesmo também pode ocorrer com o plágio, que pode lesionar simultaneamente o aproveitamento econômico da obra e os direitos da personalidade de seu verdadeiro autor. Ademais, a ofensa a outros direitos da personalidade do autor, da mesma forma, não ajuda na distinção, pois tanto no plágio como na contrafação é cabível, por exemplo, o desrespeito ao direito ao inédito e à integridade.

No que toca à extensão, a contrafação pode decorrer de reprodução total ou parcial da obra, acontecendo o mesmo no plágio, uma vez que o plagiador pode ter se utilizado total ou parcialmente da obra alheia.

O terreno é, sem nenhuma dúvida, bastante movediço, porém, devemos notar que no plágio sempre haverá a lesão a direitos da personalidade do autor, especificamente o direito à paternidade, bem como haverá a apresentação de conteúdo de obra alheia como se fosse própria. Assim, podemos dizer que o plágio não ocorre apenas em decorrência da reprodução de uma obra, “mas porque os créditos não foram atribuídos ao responsável original” (KROKOSZ, 2012, p. 11) e ainda são conferidos ao plagiador.

Na contrafação, por seu turno, é necessária a ocorrência de violação ao monopólio de aproveitamento econômico da obra, sendo apenas eventual o desrespeito aos direitos morais do autor. Na contrafação não se torna imprescindível a atribuição de obra alheia ao contrafator, pois esse elemento é essencial somente no plágio.

Com isso, para que ocorra o plágio, é fundamental a existência de atribuição de uma obra alheia como própria, não sendo suficiente apenas a lesão ao direito de paternidade do autor, uma vez que isso pode suceder também em casos de contrafação. Essa mesma distinção é feita por Chinellato (2012, p. 314), valendo aqui a transcrição dos seus ensinamentos:

Separando-se as figuras em causa, observa-se que no plágio a obra alheia é simplesmente apresentada pelo imitador como própria ou sob graus diferentes de dissimulação. Há absorção de elementos fundamentais da estrutura da obra, atentando-se, pois, contra a personalidade do autor (frustração da paternidade). Na contrafação, há representação ou reprodução da obra alheia sem autorização autoral, podendo ser total ou parcial. Incluindo-se, em seu âmbito, a derivação sem consentimento (a adaptação, ou a tradução, ou a variação do tema), eis que sempre se visa a aproveitamento econômico indevido da obra (atentando contra o aspecto patrimonial, ou contra a obra em si).

Dessa maneira, se a reprodução parcial ou total de obra de outrem não vier acompanhada da imprescindível atribuição ilegítima de autoria, mas tão somente da ausência do reconhecimento da autoria pela não indicação do nome, pseudônimo ou sinal indicativo, então estaremos diante de caso de contrafação e não de plágio. Em todo caso, no plágio sempre haverá violação a direitos da personalidade do autor e a apresentação de trabalho alheio como se fosse próprio. Na contrafação, no entanto, necessariamente haverá violação a direitos patrimoniais do autor, mas nem sempre acompanhada de lesão a direitos da personalidade do autor.

Conclusão

No presente artigo procuramos deixar evidente a distinção entre o plágio e a contrafação, institutos que são muitas vezes confundidos pela doutrina e pelos tribunais. Nessa senda, observamos, em um primeiro momento, que a contrafação foi conceituada pela Lei nº 9.610/1998, ao passo que o plágio não foi definido pelo legislador, dependendo dos trabalhos doutrinários para que se chegue a sua conceituação.

Demonstramos que no plágio sempre haverá a lesão ao direito à paternidade, sendo apenas acessório o eventual prejuízo aos aspectos patrimoniais do autor. No plágio há, portanto, a negação da relação de paternidade existente entre determinada obra e seu autor. Na contrafação, por

seu turno, a reprodução de uma obra vai necessariamente levar à violação do monopólio de aproveitamento econômico, sendo apenas eventual o desrespeito aos direitos morais do autor.

Restou cristalina a necessidade de que para a configuração do plágio o trecho apropriado constitua a essência, o cerne, a espinha dorsal da obra plagiada. Assim, não basta a reprodução de trechos ou de fragmentos nos quais não se possa reconhecer a substância da obra plagiada. Além disso, enfatizamos não existir plágio nas hipóteses de mero aproveitamento de fontes comuns, de simples ocorrência de identidade temática e de similitude ou equivalência de ideias e pensamentos.

Por fim, destacamos que a dissimulação não é elemento essencial para a configuração do plágio. De fato, mesmo a cópia literal, sem “mascaramento”, na qual há apenas a substituição do nome do autor pelo nome de um terceiro, conforme o caso concreto, vai configurar plágio e não contrafação.

ZANINI, L. E. de A. Notes on plagiarism and counterfeiting. *Justitia*, São Paulo, v. 207, p. 159-178, Jan./Jun. 2016.

- **ABSTRACT:** This article examines the connection between the author's personality and his work, particularly regarding to the right of paternity. From there, it seeks to clear the distinction between plagiarism and counterfeiting, institutes that are often confused by the doctrine and courts, despite its great importance in our society, especially due to the advent of new technologies.
- **KEY WORDS:** Copyright. Intellectual rights. Rights of personality. Moral rights of the author. Right of paternity. Plagiarism. Counterfeiting.

Referências

- AFONSO, Otávio. *Direito autoral: conceitos essenciais*. Barueri: Manole (SP), 2009.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 23, n. 73, p. 119-126, nov. 2003.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. O futuro do “direito moral”. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 25, p. 107-126, jan./abr. 2003.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. Das pessoas e dos bens: artigos 1º a 103. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2007. v. I.

- BECKER, Bernhard von. § 16 C e D. In: LOEWENHEIM, Ulrich (Hrsg.). *Handbuch des Urheberrechts*. 2. ed. München: C. H. Beck, 2010.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- BULLINGER, Winfried. §§ 11-14, 23-26. In: WANDTKE, Artur-Axel; BULLINGER, Winfried (Hrsg.). *Praxiskommentar zum Urheberrecht*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2009.
- CHAVES, Antônio. Plágio. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 20, n. 77, p. 403-424, jan./mar. 1983.
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do código civil*. 2008. 272 f. Tese (Concurso para Professor Titular) – Departamento de Direito Civil. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- _____. Notas sobre plágio e autoplágio. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 29, p. 305-328, jan./jun. 2012.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.
- DIETZ, Adolf; PEUKERT, Alexander. Vor §§ 12 ff., §§ 12-14, 42. In: SCHRICKER, Gerhard; LOEWENHEIM, Ulrich (Hrsg.). *Urheberrecht: Kommentar*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2010.
- FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral: da antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- GUTIERREZ, Bianca Manuela. *La tutela del diritto di autore*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2008.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 6.
- KROITZSCH, Hermann. §§ 11-22. In: MÖHRING, Philipp; NICOLINI, Käte (Hrsg.). *Urheberrechtsgesetz*. 2. ed. München: Vahlen, 2000.
- KROKOSZ, Marcelo. *Autoria e plágio*. São Paulo: Atlas, 2012.
- LIPSYCZ, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 1993.
- _____; VILLALBA, Carlos Alberto. *Derecho de autor en la Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la propriété littéraire et artistique*. 3. ed. Paris: Litec, 2006.
- MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. VII.
- REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2010.
- ROCHA, Daniel. *Direito de autor*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001.
- SCHACK, Haimo. *Urheber – und Urhebervertragsrecht*. 5. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
- STROWEL, Alain. *Droit d’auteur et copyright: divergences et convergences*. Paris: LGDJ, 1993.
- ULMER, Eugen. *Urheber – und Verlagsrecht*. 3. ed. Berlin: Springer, 1980.
- VEGA VEGA, José Antonio. *Derecho de autor*. Madrid: Tecnos, 1990.
- VILLALBA DÍAZ, Federico Andrés. *Cuándo el plagio es delito?* 2013. Disertación (Máster) – Universidad de Palermo, Palermo, 2013.
- WAIBLINGER, Julian. Zum Plagiat in der Wissenschaft. Umfang und Grenzen des urheberrechtlichen Schutzes wissenschaftlicher Schriftwerke. *Archiv für Urheber – und Medienrecht*, Bern, n. II, p. 323-446, 2011.

Os Poderes-Deveres das Agências Reguladoras do Sistema Financeiro na Coleta e Remessa de *Notitia Criminis* de Delitos Econômico-Financeiros – com Ênfase no Branqueamento de Capitais: a Prerrogativa de Requisitar Documentos e Outros Elementos de Prova

Karla Padilha Rebelo MARQUES*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 O Estado regulador como realidade inafastável da sociedade pós-moderna. 1.1 O caminho cíclico: a redução do Estado em prol de maior eficiência. 1.2 Opção possível ao Estado para exercer controle sem realizar diretamente as funções essenciais ao corpo social e a crise do sistema financeiro. 1.3 O dever estatal de garantir o cumprimento de suas funções e promover a satisfação dos direitos do cidadão, sob as vertentes econômica e financeira. 2 O Estado regulador no sistema financeiro – breve estudo comparado, na perspectiva dos modelos adotados em diferentes países e da filosofia de normatização, supervisão, controle e punição das agências reguladoras. 2.1 O modelo norte-americano e suas peculiaridades. 2.2 O sistema regulatório adotado em Portugal – em construção. 2.3 Os mecanismos regulatórios do Brasil – em busca da eficiência. 3 O delito de branqueamento de capitais e sua vinculação com a *praxis* do sistema financeiro. Onde e como se situam, nesse universo, as agências de regulação: poderes, prerrogativas ou dever legal? 3.1 Aspectos normativos da atividade de combate ao crime no sistema econômico-financeiro, com foco no branqueamento de capitais. 3.2 O que fazer? Instrumentos disponibilizados às agências reguladoras, em nível interno e supranacional. 3.3 As agências reguladoras em espécie, em Portugal, e o seu papel no combate ao branqueamento. Conclusão. Referências.

* Promotora de Justiça de Alagoas com atuação no Núcleo de Defesa do Patrimônio Público. Professora de Pós-graduação da Fundação Educacional Jayme de Altavilla-CESMAC. Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais, pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito Público, pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

- **RESUMO:** Presta-se o presente trabalho a analisar questões atinentes à atuação e ao funcionamento das agências reguladoras do sistema financeiro, em um estudo comparado que abrange a União Europeia – com destaque para Portugal – e alguns países de *common law*, além do Brasil. Inspirado em uma filosofia de normatização, supervisão, controle e punição de infrações penais, busca-se identificar a justa medida entre prevenção e repressão criminais e o exercício dos direitos, liberdades e garantias individuais. O Estado Regulador emerge da tendência mundial de redução do espaço de intervenção do Poder Público, em prol de um expansionismo do agir da sociedade e do mercado. A regulação do setor econômico-financeiro deflui da necessidade de regulamentação de uma área atrativa para práticas delitivas, especialmente no que tange aos crimes de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, ambos de repressão prioritária internacionalmente pela sua danosidade social, o que demanda um sistema investigativo eficaz, cooperativo internacionalmente, mas que não comprometa os ideários democráticos e os direitos humanos constitucionalmente assegurados, sobretudo o direito à não autoincriminação e o direito ao silêncio. Analisam-se os poderes e prerrogativas das agências reguladoras e os deveres das reguladas direcionados à prevenção, à detecção e ao combate ao crime, mediante fiscalização reforçada das transações financeiras suspeitas e de clientes com maior risco de práticas criminosas. Atente-se para a atualidade do tema e para a conveniência de alterações legislativas que possam melhor atender aos propósitos de combate à criminalidade, quando o sistema financeiro é meio ou fim em si mesmo para esse desiderato.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Regulação. Lavagem de dinheiro. Sistema financeiro.

Introdução

Diversos são os questionamentos norteadores da atuação e funcionamento das agências reguladoras, que vão desde a alegada ausência de legitimidade democrática, até sua suposta ameaça ao formato tripartite tradicional do Estado¹, desde o momento em que essas agências parecem

¹ Sobre o assunto, veja-se Mendes (2012, p. 310).

assumir o papel de um “quarto Poder”², com relativa independência e autonomia de atuação, o que tem desencadeado extensas discussões doutrinárias acerca dos referidos temas. Também é alvo de debates o aspecto da concentração, em um único órgão administrativo, dos poderes de supervisão, acusação e decisão sancionatória³, o que mereceria um trabalho à parte, com fôlego para explorar de modo adequado e juridicamente profundo a matéria.

Entretanto, ainda que tangencialmente se venha a discutir ao longo das linhas que se seguem algumas dessas questões, talvez até pela força e frequência com que integram e permeiam a temática das agências reguladoras, o ponto fulcral da presente pesquisa volta-se a um estudo assaz diverso, que busca analisar o papel a ser desempenhado pelas agências reguladoras do sistema financeiro e que repercute na prevenção, apuração e punição de infrações penais, com destaque para o crime de branqueamento de capitais, cuja operacionalização, em regra, dá-se mediante operações financeiras, muitas vezes ultrapassando as fronteiras nacionais. Por se tratar de delito pluriofensivo, seu eficaz combate implica a proteção da própria ordem socioeconômica e, em última análise, a preservação de uma sadia concorrência (MARTINS, 1999) entre empresas e pessoas singulares, evitando-se a contaminação das instituições financeiras por capitais de proveniência ilícita e os abalos que daí podem advir.

Está-se hoje diante de um mundo globalizado, com olhar vertido para o combate à criminalidade organizada, cabendo ao jurista avaliar os padrões de conformação da jurisprudência e da doutrina, na medida em que se proponha a afastar-se de um modelo de expansionismo penal, sem se descuidar do poder-dever do Estado de combater os desvios perpetrados pelos particulares, pessoas físicas e jurídicas, e até pela própria Administração Pública⁴ que possam comprometer a realização dos objetivos maiores

² Ou *fourth branch*, como acentua Ana Raquel Moniz (apud GONÇALVES ET AL., 2013, p. 106). Referido poder das agências reguladoras concentra atividades de direção, condução ou pilotagem ou, em outra perspectiva, de agente corretor do mercado, na relação regulador-cidadão-empresa regulada (GONÇALVES, P., 2013, p. 13).

³ Conforme observa Raul Soares da Veiga (2009, p. 147-148). No mesmo sentido, dentre tantos autores, tem-se Mendes (2009, p. 223).

⁴ Por intermédio de seus gestores ou representantes legais, que imprimem vida e subjetividade à atividade empreendida pelo Estado.

da sociedade. A identificação da justa medida entre a prevenção e repressão criminais e o exercício das liberdades e garantias individuais – como o direito à não autoincriminação e a presunção de inocência⁵ – exigem do intérprete uma atividade multidisciplinar, mediante o manejo de padrões de ética⁶ e de responsabilidade, a serem sopesados no trato da coisa pública e, ademais, com um olhar vertido no sistema jurídico posto e outro na realidade, sequiosa de melhores e mais justas respostas que possam atender às demandas hodiernas da coletividade.

1 O Estado regulador como realidade inafastável da sociedade pós-moderna

1.1 O caminho cíclico: a redução do Estado em prol de maior eficiência

Certo é que as transformações operadas no modo de agir estatal não se podem voltar em benefício do próprio Estado *stricto sensu*⁷, porquanto este é meio, e não fim em si mesmo. O referido paradigma, destinado a uma atuação estatal mais eficaz (NALLAR, 1999, p. 11-12) e aperfeiçoada, presta-se a assegurar o melhor cumprimento dos objetivos comunitários, no ideário de bem-estar geral (NALLAR, 1999, p. 12). Nesse contexto, assistiu-se a uma tendência liberalizante que reconfigurou as próprias funções do Estado, restringindo o seu espaço de intervenção, passando-se a um movimento expansionista do agir da sociedade e do mercado, em sentido de verdadeira “inversão de rota” (GONÇALVES, P. 2006, p. 535-536), com redefinição de papéis e reordenação da relação público–privado. Além do primado da eficiência na prestação de serviços públicos, nessa nova conformação estatal, apresenta-se ainda o fenômeno da abstenção (NALLAR, 1999, p. 12-13), consistente, justamente, no reconhecimento do papel subsidiário do Estado quando se está a falar no desenvolvimento da sociedade e na

⁵ Há outras questões igualmente polêmicas, como a possibilidade de aproveitamento de provas obtidas na fase de supervisão em ulterior processo sancionatório instaurado pela mesma agência, que não podem ser objeto de detalhamento mais aprofundado no presente trabalho (MENDES, 2012, p. 310-314).

⁶ Sobre uma ética regulatória a inspirar o ambiente da regulação administrativa, veja-se Moniz (apud GONÇALVES ET AL., 2013, p. 119 e ss.).

⁷ Está-se aqui a se referir à ideia de interesse público secundário, nos moldes preconizados pela teoria do direito administrativo.

concreção dos objetivos de realização do homem. Impende reconhecer que, hodiernamente, a intervenção estatal somente se revela legítima na medida do indispensável à concreção dos objetivos maiores da sociedade.

Assim, nos ambientes em que a livre iniciativa e a liberdade de mercado puderem exercer, com certo grau de equilíbrio, as funções essenciais à satisfação das necessidades humanas, parece lícito sustentar a conveniência do afastamento do Estado, assumindo, no máximo, o papel de mero espectador e controlador de procedimentos e de resultados⁸, em face do seu *munus* de tutor do núcleo inalienável do interesse público⁹, em sua vertente primária. Sua intervenção mostrar-se-á devida e oportuna naquelas situações em que a iniciativa privada não logre desenvolver a contento determinada atividade *de per se* ou não revele interesse empresarial em agir em certo setor, cabendo ao Estado a prestação direta daquele encargo. Entretanto, em alguns casos, espera-se do Estado uma atitude intermédia, no sentido de prover as condições necessárias e adequadas para que o investidor particular se municie de instrumentos capazes de despertar a atenção para atuar, em seu núcleo de liberdade, em atividades que, sem a intervenção estatal, mostrar-se-iam inviáveis ao protagonismo da iniciativa privada, inspirada que é no lucro e na mais-valia.

Os críticos¹⁰ dessa concepção do Estado regulador afirmam tratar-se de uma reinvenção do Estado liberal dos séculos XVIII e XIX, imerso em uma lógica que falseia as leis naturais inerentes a uma autêntica economia de mercado, incapaz de garantir materialmente a liberdade e a dignidade de todos, significando um movimento de volta ao passado, ao “inferno perdido” do *laissez-faire*. As críticas também se ocupam de apontar para uma suposta incompatibilidade entre a lógica da iniciativa privada e o interesse público perseguido e tutelado pelo Estado, o que levaria a justificar o dever do Estado “ativador”¹¹ de garantir a saúde das empresas privadas quando desempe-

⁸ Atualmente, por meio das agências reguladoras, com as *nuances* distintivas de cada sistema jurídico.

⁹ A essa altura, já se pode aludir ao papel da regulação pública no sentido da satisfação de interesses públicos direcionados ao bem-estar comum, melhor traduzíveis em objetivos públicos previamente concebidos na seara político-legislativa (GONÇALVES, P., 2010, p. 992).

¹⁰ Nesse sentido, veja-se Nunes (2011, p. 51; 2012, p. 782).

¹¹ Verdadeiro “fiador” das atividades privadas capturadas pela sistemática da regulação, protegendo-as de prejuízos e dos riscos de incertezas inerentes a qualquer atividade econômica desenvolvida no ambiente de mercado, garantindo-lhes o lucro. Indo mais

nharem tarefas submetidas à regulação, em face de sua natureza de serviços sociais essenciais ou de interesse geral e que, portanto, não podem ser interrompidos ou prestados de maneira inadequada.

1.2 Opção possível ao Estado para exercer controle sem realizar diretamente as funções essenciais ao corpo social e a crise do sistema financeiro

A função do Estado como agente regulador não se circunscreve a uma postura de mero facilitador do mercado, refletindo uma conduta ativa, com o uso de mecanismos que interferem no mercado no sentido de impor correções¹², como atitude de controle, direção ou pilotagem. Podem-se identificar, na lógica geral do sistema regulatório, aspectos que se revelam positivos, como aqueles imanentes à expedição de mandamentos, diretrizes ou recomendações e também circunstâncias negativas, com a fixação de proibições, limitações ou advertências impostas aos regulados, inclusive a inflação de sanções (GONÇALVES, J. R., 2010, p. 990). Trata-se, em outras palavras, de uma modalidade de intervenção do Estado¹³, adotada por grande parte dos regimes democráticos da atualidade, pautada no modelo de administração indireta¹⁴ em que se busca preservar os pressupostos liberais do funcionamento dos mercados, mediante controle exercido “a distância” por uma autoridade autônoma (PINTO, 2000a, p. 91) em relação ao ente estatal, a quem são outorgados largos poderes normativos, com

além, suscita-se a impossibilidade de se atingir a situação de *win-win*, consistente na simultânea satisfação dos interesses primários do Estado (consubstanciados nos interesses do cidadão) e, ao mesmo tempo, dos interesses privados das empresas, dada a incompatibilidade entre esses universos, que se alimentam de lógicas absolutamente distintas. No sistema financeiro, objeto do presente trabalho, utiliza-se o jargão *too big to fail* para justificar a interferência do Estado com o objetivo de evitar a falência das entidades bancárias, ao argumento de que a estabilidade do sistema financeiro constituiu-se em bem público por excelência e, em última análise, essencial inclusive à garantia da soberania nacional (NUNES, 2012, p. 764 e ss.).

¹² Fala-se de um Estado *market correcting law*, e não *facilitate law* (GONÇALVES, P., 2013, p. 13).

¹³ Modalidade essa autorizada pelo art. 267º, nº 3, da própria Constituição Federal, o qual prevê a possibilidade de criação, por lei, de entidades administrativas independentes, dotadas de independências orgânica, funcional e social, imunes, portanto, em princípio, a ingerências diretas do governo (CANOTILHO, 2010, p. 567).

¹⁴ Está-se aqui a se referir à função administrativa de regulação, atribuível inclusive a entidades privadas, quando investidas de poderes públicos regulatórios (GONÇALVES, P., 2013, p. 991).

margens conformadoras de limites e extensões desenhadas pelo próprio Poder Legislativo.

Inclua-se aí a regulação do setor econômico ou “coração” do equilíbrio interno de cada País, por meio de agências que se hão de desincumbir da tarefa de regular¹⁵ e supervisionar uma área dinâmica¹⁶ por excelência. Ante o exposto, restou inviabilizada a preservação da concepção do Estado do bem-estar social e, por conseguinte, passou-se a repensar o modelo até então dominante em toda a Europa, de Estado-provedor, lançando-se as bases de um Estado social subsidiário, regulamentador de diversas áreas essenciais à realização das necessidades básicas asseguradas constitucionalmente. A questão está em se analisar o custo daí decorrente, sobretudo para as classes econômicas mais desfavorecidas, incapazes de exercitar a liberdade real que impera na lógica neoliberal do Estado contemporâneo¹⁷.

Essa crise revelou a importância de preservação da estabilidade financeira na agenda política internacional, donde a regulação e supervisão bancárias e de todas as áreas afetas ao sistema financeiro tornaram-se o componente central da reforma do que tem sido conhecido como “arquitetura financeira internacional” (CROCKETT, 2001)¹⁸, com a disseminação de agências de regulação por todo o mundo. Essa reengenharia não pode

¹⁵ Essa necessidade de regulação seguiu-se a uma robusta desregulamentação e liberalização do setor, operada inicialmente nos Estados Unidos da América e no Reino Unido entre 1979-1982 e acompanhada por muitos países democráticos. Na sequência e em apertada síntese, pode-se destacar a crise financeira norte-americana do *subprime* sobretudo a partir de 2007, motivada pela excessiva expansão do acesso ao crédito, com base em critérios artificiais de garantias, que atingiu uma proporção sistêmica alargada, a ponto de representar, em “efeito dominó”, verdadeira ameaça à higidez da economia global, com repercussões nos bancos europeus e em outras partes do mundo (CAMACHO, 2008, p. 7 e ss.). No sentido de que referida crise financeira representou uma verdadeira crise do neoliberalismo (STOCKHAMMER, 2010, p. 3 e ss.). Para uma leitura mais aprofundada sobre o assunto, sobretudo em sua vertente econômica, veja-se Horn et al. (2009, p. 1-18).

¹⁶ Como observa Frederico Pinto (2000, p. 92), “Na verdade, nos finais deste século tudo mudou: os circuitos econômicos, os meios de comunicação, os espaços de intervenção dos diversos agentes, o tempo dos negócios, as limitações geográficas e, necessariamente, a relação do Estado com todas estas realidades”.

¹⁷ Isso porque, “After the banks have been saved, it is the lower classes that are asked to pay the bill of the crisis” (STOCKHAMMER, 2010, p. 7).

¹⁸ CROCKETT (2001, sem paginação).

prescindir de um adequado diagnóstico¹⁹ do setor, da redefinição de soluções e da redistribuição de responsabilidades, consoante a perspectiva das atividades regulatórias, sobretudo em suas vertentes normativa e de supervisão.

1.3 O dever estatal de garantir o cumprimento de suas funções e promover a satisfação dos direitos do cidadão, sob as vertentes econômica e financeira

Fala-se no exercício, pelas agências reguladoras, do poder de polícia administrativa (BARROSO, 2005, p. 11), consistente na prerrogativa de proceder ao direcionamento das atividades privadas consoante interesses públicos juridicamente definidos. Há ainda quem se refira a um direito subjetivo à regulação pública (GONÇALVES, P., 2013, p. 67) assegurado, por um lado, às agências reguladas e, por outro, igualmente conferido aos cidadãos em geral, usuários ou utentes, na medida em que estes se situariam na posição de credores de um tratamento justo pelas reguladas e imune a cobranças indevidas, a tratamentos desigualitários ou a serviços de má qualidade. Nessa perspectiva, assumem as agências reguladoras o ônus de garantir as adequadas prestações de serviços, podendo, em caso de ineficiência ou omissão, responder (GONÇALVES, P., 2013, p. 67-68) perante o particular e até em face das próprias agências reguladas, se de tal inação ou atuação desviada advierem prejuízos ou desequilíbrios para a relação triangular concebida, o que, em última análise, comprometeria o espírito de confiança (GONÇALVES, P., 2013, p. 68) que há de defluir do adequado funcionamento de um sistema sujeito a regulação.

De acordo com o art. 101º da Constituição Portuguesa²⁰, presta-se o sistema financeiro a garantir a formação, captação e segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento econômico e social. Já o art. 81º dessa mesma Carta estabelece

¹⁹ Chega-se a apontar para a necessidade de construção de um consenso no que concerne a esse diagnóstico e aos desdobramentos daí decorrentes, no âmbito do setor financeiro da regulação (CROCKETT, 2001, sem paginação).

²⁰ Na Constituição Federal Brasileira, coube ao art. 182 estabelecer que o sistema financeiro nacional se presta a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade.

algumas incumbências prioritárias do Estado nas searas econômica²¹ e social, destacando-se a promoção do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida das pessoas²², sobretudo aquelas em situação de desfavorecimento, visando-se ao desenvolvimento sustentável. Para tanto, dispõe o Estado regulador de instrumentos de ação que vão desde a normatização do sistema até o acompanhamento de sua atuação e, ainda, por meio de mecanismos sancionadores destinados a prevenir desvios no mercado, bem como a reprimi-los, quando assim for julgado oportuno e necessário pelo sistema normativo vigente. Resta analisar como essas ferramentas são normatizadas em sistemas jurídicos distintos, sobretudo quando se está a falar de países submetidos a regras impostas para além do sistema jurídico nacional, como é o caso dos países integrantes da União Europeia, a exemplo de Portugal.

2 O Estado regulador no sistema financeiro – breve estudo comparado, na perspectiva dos modelos adotados em diferentes países e da filosofia de normatização, supervisão, controle e punição das agências reguladoras

2.1 O modelo norte-americano e suas peculiaridades

Nos Estados Unidos, a mudança de paradigmas no que tange à forma de gestão de áreas essenciais de prestação de serviços partiu de um Estado de intervenção mínima²³, calcado na ideia da mão invisível do mercado. Enfrentou-se, assim, o desafio de se conceber um modelo econômico que pudesse reestruturar as funções do Estado²⁴ de modo que as necessidades

²¹ Ao referir-se especificamente à ordem econômica, a Constituição Federal Brasileira lança seus alicerces na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e aponta para a garantia de existência digna a todos como seu objetivo, sob inspiração, dentre outros princípios, na livre concorrência, na redução das desigualdades sociais e na propriedade privada (art. 170, *caput*, II, IV e VII).

²² Alínea “a” do art. 81º da Constituição Portuguesa.

²³ Diferentemente do modelo europeu, o sistema econômico norte-americano funda-se na primazia da iniciativa privada em detrimento da atividade governamental e da intervenção na economia, levando as entidades financeiras – sobretudo os bancos – a agirem livremente, sem nenhum controle ou regulamentação, em nível vertical, sobretudo por parte do Governo Federal, alheio à ideia de criação de um banco central (KREGEL, 2012, p. 31-32).

²⁴ Sobre as distintas trajetórias percorridas nos direitos norte-americano e europeu, em

da sociedade pudessem ser satisfeitas, com algum controle e supervisão do ente público, em detrimento da liberdade absoluta, a qual se revelava, àquela altura, insuficiente à garantia de um mínimo bem-estar econômico (BARBOSA, 2005, sem paginação) da população. Fala-se das deficiências das funções legislativa e judicial (GOMES, J. B. B., 2005, p. 3) do período do *laissez-faire* como um dos geradores da necessidade de superação daquele sistema do livre mercado e da busca de novas formas de posicionamento estatal ante os desafios impostos pela modernidade. Esse sistema sofre aperfeiçoamentos²⁵, visando adequar-se a critérios que atinjam os objetivos maiores justificadores da implementação, em diversas áreas, da regulação.

Reforçaram-se os poderes de investigação das agências reguladoras do mercado financeiro e de capitais norte-americano após o “11 de Setembro”, por meio da *Patriotic Act*, com foco no combate ao financiamento do terrorismo (GAGEIRO, 2009, p. 42-43). Entretanto, não são destacados grandes avanços, de repercussão internacional, em decorrência desses mecanismos. Outras leis mais rigorosas para o setor foram criadas, tendo resultado na punição severa²⁶ de representantes de algumas empresas com atuação irregular, naquele mercado. O sistema de regulação norte-americano – assim como o britânico, partidário do *common law* – baseia-se no dever de cooperação²⁷ das supervisionadas para fins de identificação de infrações.

matéria de intervenção do Estado na economia e de implementação do sistema de regulação, veja-se Pedro Gonçalves (2006, p. 539-540). Também sobre o assunto, mas com a visão de que essa mudança de paradigmas, em Portugal, teria significado um *retrocesso* relativamente à importância do papel do Estado na economia, veja-se Nunes (2011, p. 31).

²⁵ A esse propósito, Joaquim Barbosa Gomes (2005, p. 15) destaca que algumas das mais recentes agências americanas estão a impor um “entendimento bipartidário” como condição para nomeação dos dirigentes dos referidos órgãos. Em outras palavras, trata-se de mecanismo estratégico que se presta a evitar o monopólio político e ideológico nas agências reguladoras, que pudesse estar atendendo a interesses intrínsecos ao Chefe do Poder Executivo, responsável pelas nomeações, em detrimento do ônus das agências reguladoras de velar pelo bom e regular funcionamento econômico setorial, nas mais diversas áreas, objetivando o bem comum geral.

²⁶ O aludido rigor normativo (“fundamentalismo”) afastou investidores internacionais, o que está a merecer revisões legislativas que possam aproximar e harmonizar os modelos regulatórios europeus – continental e anglo-saxônico – e o norte-americano (GAGEIRO, 2009, p. 43-44).

²⁷ Gageiro reconhece que os sistemas de *civil law* – inclusive em Portugal – também se

Nos Estados Unidos, o mercado mobiliário é regulado pela *Securities and Exchange Commission*, uma agência pública correlata da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) portuguesa. *In casu*, identificados indícios de ilícitos criminais, interrompe-se a investigação e se procede à remessa desses elementos à direção da entidade (*board*), a qual, validando-os, encaminha-os ao titular da ação penal²⁸. No âmbito bancário tem-se o *Financial Stability Oversight Council*, criado pelo *Dodd-Frank Act/2010*, com funções macroprudenciais (MORENO, 2014, p. 63-66/80)²⁹ no âmbito do sistema regulatório financeiro, atuando na forma de recomendações, sobretudo no tocante aos riscos e ameaças sistêmicas, bem como aos mecanismos de cooperação e coordenação interagências. Ainda, o *Financial Stability Oversight Council*, composto por representantes de todas as agências de regulação e supervisão americanas, tem por objetivo identificar desequilíbrios em quaisquer instituições financeiras consideradas relevantes e impor ações corretivas (DEOS, 2012, p. 386-387) de crises no sistema, a exemplo das ocorridas no setor hipotecário.

2.2 O sistema regulatório adotado em Portugal – em construção

Em Portugal, a regulação estatal despontou a reboque da crise do Estado Social, que até então assumia todas as atividades integrantes dos serviços públicos. O excessivo peso que o sistema então vigente impunha ao Estado impossibilitou o prosseguimento de um modelo calcado em custos elevados, com uma atuação do Poder Público ampla e concentradora. A problemática econômica e previdenciária vivenciada na Península Ibérica, indicadora da insuficiência dos recursos para a prestação de serviços de

inspiram em idêntica premissa, sendo, na prática, de forma muito menos intensa. Referido dever de colaboração, nas palavras do autor, consiste no ônus de assistir a autoridade reguladora no deslinde da verdade, fundado no princípio da idoneidade e competência das pessoas autorizadas e que prestam serviços financeiros e de investimento a terceiros, em clima da “máxima confiança pública” (GAGEIRO, 2009, p. 61).

²⁸ É interessante observar que, desse ponto em diante, os funcionários da agência reguladora responsáveis pela detecção e coleta dos indícios passam a atuar como auxiliares do Ministério Público, na continuidade das apurações, podendo, inclusive, ser ouvidos na fase judicial como peritos ou testemunhas dos ilícitos que ajudaram a identificar (GAGEIRO, 2009, p. 70-71).

²⁹ Ainda sobre o assunto, veja-se Kregel (2012, p. 52).

qualidade a todos, resultou na adesão ao modelo haurido na realidade norte-americana, também presente na França. Não se poderia partir para o modelo de um Estado absenteísta, pois se trata de serviços públicos essenciais à coletividade, em que o Poder Público detém interesse e responsabilidade.

Fala-se em mudança de papéis, afastando-se o Estado da prestação direta para garantir a eficiência de serviços básicos, a serem prestados por terceiros. O alargamento da economia de mercado em Portugal ocorreu a partir da década de 1990, sob o influxo do direito comunitário, superadas as tendências publicistas até então vigentes, partindo-se para uma posição moderada de intervenção estatal na economia, conforme a ideia de responsabilidade pública de garantia (GONÇALVES, P., 2013, p. 536), imanente à atividade de regulação. O Estado português retirou sua condição de protagonista da economia de mercado (PEREIRA, 1997, p. 15), afastando-se da propriedade de diversas instituições de crédito e das próprias bolsas, resultando em um processo de desgovernamentalização, desregulamentação e rerregulamentação (PEREIRA, 1997, p. 17) da atividade financeira. Passou-se de um modelo de Estado prestador direto do serviço³⁰ para o padrão das agências reguladoras, em sistema de heterorregulação (GONÇALVES, P., 2006, p. 540-542), com perfil de intervenção estatal externa, com exercício das tarefas de normatização, supervisão e sancionamento. Em Portugal, o setor econômico-financeiro concentra-se em três agências reguladoras: o Banco de Portugal, a CMVM³¹ e o Instituto de Seguros de Portugal. Há quem aponte para desvantagens nessa partilha de agências reguladoras³², presente no contexto da Europa do

³⁰ Assumiu o Estado, nesse contexto, a posição de garante do adequado funcionamento dos setores e serviços privatizados e, em última análise, da própria realização dos direitos dos cidadãos (GONÇALVES, P., 2006, p. 537-538).

³¹ A conformação como entidades autônomas e dotadas de especiais poderes de supervisão das agências de regulação do mercado de valores mobiliários, incluindo-se a Comissão de Valores Mobiliários portuguesa, inspirou-se, justamente, no modelo da *Securities and Exchange* (SEC) norte-americana, com as alterações e adaptações que se fizeram necessárias, em face das peculiaridades de cada ordenamento jurídico. A esse respeito, veja-se Pinto (2000a, p. 91).

³² Destaque-se o caso da Inglaterra, com apenas uma agência de regulação na área econômico-financeira. Entretanto, a concentração de amplos poderes em uma só agência pode,

Sul, alegando ser mais fácil responder a apenas uma instância de regulação, além dos riscos de conflitos de competência entre as agências, quando se fala de produtos econômico-financeiros complexos e que podem permear, simultaneamente, setores diversos, submetidos a distintas agências, cada uma com intervenção em área específica. Isso sem falar nas instituições regulatórias em nível europeu³³, conforme a tendência de padronização³⁴ de procedimentos e comportamentos no mercado financeiro, para facilitar as transações econômicas internacionais e se combaterem os fenômenos da criminalidade globalizada, sobretudo na zona do Euro³⁵.

2.3 Os mecanismos regulatórios do Brasil – em busca da eficiência

No Brasil, a regulação cuidou de substituir um cenário que refletia um Estado eminentemente clientelista, ineficiente, dispendioso e, não

igualmente, trazer desvantagens, raciocínio que revela a ausência de respostas seguras que possam apontar para o modelo mais adequado de intervenção regulatória, no setor (GAGEIRO, 2009, p. 52-53).

³³ Cite-se o Sistema Europeu de Supervisores Financeiros, que cria normas para facilitar a uniformidade de procedimentos, mormente quando se trata de relações financeiras internacionais, em nível de União Europeia. Esse sistema é formado pelas autoridades europeias de supervisão, as *european supervision authorities* (ESAs), quais sejam, a *European Banking Authority* (EBA), a *European Securities and Markets Authority* (ESMA) e a *European Insurance and Occupational Authority* (EIOPA), que prestam contas de suas atividades ao Parlamento Europeu e à Comissão Europeia. Isso sem falar na *European Systemic Risk Board* (ESRB), com atribuições macroprudenciais, no tocante à regulação do sistema financeiro. Essa nova estrutura substituiu os Comitês anteriormente existentes: o *Committee of European Bank Supervisors* (CEBS), o *Committee of European Securities Regulators* (CESR), o *Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors* (CEIOPS), o *Basel Committee on Banking Supervision* e, ainda, a *International Organization of Securities Commissions* e a *International Association of Insurance Supervisors*. O *European Central Bank* (ECB) cuida da formulação e operação da política monetária para os países do Euro, incluindo a emissão de moeda, mas não detém atribuições mais significativas em sede de regulação financeira (DEOS, 2012, p. 389-396).

³⁴ Com uma interessante e aprofundada discussão sobre o “diálogo” a ser travado entre as entidades de supervisão nacionais e aquelas instaladas em âmbito europeu, veja-se Pereira (2010, *passim*).

³⁵ Sobre a temática da regulação financeira em nível europeu – com ênfase no sistema bancário – como norte estabilizador da moeda única, veja-se José Renato Gonçalves (2010, *passim*).

raro, tecnicamente defasado. O setor público, no viés paternalista desde sempre exercitado, pautava sua atuação de forma parcial³⁶, de modo a atender a necessidades de grupos econômicos ou sociais detentores de parcelas do Poder, com a escolha para ocupação de funções estratégicas em atividades essenciais baseada em critérios afastados de qualquer meritocracia³⁷. O modelo brasileiro criou agências reguladoras³⁸ a partir da segunda metade da década de 1990 (GOMES, J. B. B., 2005, p. 12), sob a modalidade de autarquias e, portanto, com personalidade jurídica de direito público, dependentes de lei para a sua criação, com mecanismos que as mantêm autônomas³⁹ em relação ao Poder Público e funções fiscalizatória, normatizadora e judicante típicas de entidades reguladoras, em outros sistemas jurídicos que adotaram referido conceito. Fala-se em um acentuado *deficit* democrático nas agências reguladoras brasileiras (GOMES, J. B. B., 2005, p. 14), em face de uma manifesta preponderância do Executivo – que nomeia os dirigentes das referidas agências – e de um Poder Legislativo que parece renunciar à sua função de controle da Administração Pública, no sistema de *checks and balances*, na medida em que não exerce uma fiscalização efetiva sobre as nomeações realizadas para a direção das agências.

Daí os riscos de que as indicações obedeçam a interesses políticos de grupos dominantes, em detrimento dos legítimos anseios da sociedade e que deveriam conformar os pilares inspiradores da atuação das citadas

³⁶ Luis Roberto Barroso (2005, p. 2) observa que, mesmo no período liberal, o Estado brasileiro sempre foi onipresente, fazendo com que a possibilidade de êxito em qualquer projeto político, social ou empresarial se quedasse refém das boas relações mantidas com o Poder Público. Ainda sobre o assunto, veja-se Marques (2008, p. 31-36).

³⁷ Fala-se em ideias como ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção, que caracterizariam o Estado da pós-modernidade, no final do século XX, conteúdos que podem ser identificados no cenário brasileiro como molas propulsoras do processo de desestatização ou de introdução da lógica do Estado Regulador (BARROSO, 2005, p. 2).

³⁸ Releva a característica de o Estado ter permanecido com o papel de agente econômico decisivo, sobretudo tendo-se em conta a robusta produção normativa que dele adveio, direcionada aos entes com atuação em áreas sujeitas à regulação (BARROSO, 2005, p. 5).

³⁹ Essa autonomia reflete-se nos âmbitos político-administrativo e econômico-financeiro (BARROSO, 2005, p. 9).

agências. Especificamente em relação ao sistema financeiro, dispõe de previsão bastante sintética na Constituição Federal⁴⁰, com regulamentação por lei complementar. Consta do próprio texto constitucional que sua estruturação visa à promoção do desenvolvimento equilibrado do País e ao atendimento dos interesses da coletividade. Merecem destaque o Banco Central do Brasil (BC)⁴¹, o Conselho Monetário Nacional (CMN) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM)⁴². Na área de seguros, têm-se o Conselho Nacional de Seguros Privados⁴³ e a Superintendência de Seguros Privados⁴⁴. O sistema financeiro brasileiro não sofreu crises como as vivenciadas em nível mundial, afirmando-se que as instituições bancárias no Brasil gozam de sólida saúde econômica e financeira, em face dos custos que são dispensados aos usuários ou utentes, situados entre os mais elevados do mundo. A regulamentação do setor encontra-se dispersa em legislação infraconstitucional, de modo fragmentário. Para a detecção e combate à lavagem de dinheiro ou ao branqueamento de capitais, a Lei nº 9.613/1998⁴⁵ contém regramentos que exigem, de pessoas físicas e jurídicas⁴⁶, medidas objetivas, consistentes na adoção de políticas, procedimentos e controles internos⁴⁷, cabendo-lhes manter registro atualizado em seu órgão de regulação ou, na sua falta, perante

⁴⁰ Art. 192 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 40/2003.

⁴¹ O Banco Central do Brasil, apesar de ser uma autarquia ligada ao Governo Federal, organiza, disciplina e fiscaliza o sistema financeiro, atuando como principal agência reguladora do setor.

⁴² Criada pela Lei nº 10.411/2002, adquiriu maior autonomia, incluindo mandatos estáveis para seus dirigentes, consoante art. 1º do referido diploma legal, que alterou a redação do art. 5º da Lei nº 6.385/1976.

⁴³ Órgão normativo das atividades de seguro no Brasil e da Previdência Privada, vinculado ao Ministério da Fazenda, criado pelo Decreto-lei nº 73/1966.

⁴⁴ Autarquia da Administração Pública indireta federal incumbida do controle e fiscalização do mercado de seguros privados e públicos obrigatórios e previdência complementar, no Brasil.

⁴⁵ Com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.683/2012.

⁴⁶ Destaque-se a referência, dentre outros entes, àqueles que atuem com recursos financeiros de terceiros e outros ativos, títulos ou valores mobiliários, o que inclui, nessa seara, todas as instituições inseridas no sistema financeiro nacional, as quais passam a assumir responsabilidades voltadas à detecção e ao combate ao branqueamento (lavagem de dinheiro), perante o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

⁴⁷ Isso sugere a obrigatoriedade da implementação de mecanismos de *compliance*.

o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)⁴⁸, o qual deve ter atendidas suas requisições e preservado o sigilo das informações prestadas, sob pena de multa. Após a sistematização das informações obtidas dos diversos órgãos obrigados, elabora o COAF relatórios de inteligência financeira e os remete às autoridades competentes⁴⁹ para instauração dos procedimentos cabíveis sempre que concluir pela existência de fundados indícios da prática do crime de lavagem de ativos ou de qualquer outro ilícito.

É oportuno consignar, no entanto, que, com o Governo iniciado em janeiro de 2019, o Brasil vive um cenário político de expectativas de mudanças, em especial no que tange à prática de indicações por meritocracia. Essa decisão deve refletir significativamente no sistema interno como um todo, haja vista a preocupação demonstrada durante a escolha das equipes para ocuparem cargos de primeiro e segundo escalões do Governo Federal, pautada pela capacidade técnica e sem os chamados “acordões” ou “toma-lá-dá-cá”.

3 O delito de branqueamento de capitais e sua vinculação com a *praxis* do sistema financeiro – Onde e como se situam, nesse universo, as agências de regulação: poderes, prerrogativas ou dever legal?

O desempenho de atividades no sistema econômico-financeiro é reservado e restrito, inspira-se no critério da confiança no sistema (GAGEIRO, 2009, p. 54-55) e está submetido a um rigoroso sistema de controle exercido pelas agências reguladoras, mediante um juízo discricionário⁵⁰. Tal lógica alicerça-se na ideia de que, dada a impor-

⁴⁸ Trata-se da unidade de inteligência financeira brasileira, composta por representantes do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários, dentre outros órgãos.

⁴⁹ Art. 15 da Lei nº 9.613/1998. Em termos pragmáticos, essas informações são prestadas à Receita Federal, órgão responsável pela apuração de ilícitos fiscais, e aos órgãos do Ministério Público Federal e Estadual, que as podem utilizar associadas a outros indícios de crimes, mas sem valor probatório autônomo, em face da sua natureza sigilosa e indiciária.

⁵⁰ Sobre o assunto, cite-se interessante análise de caso submetido a julgamento final pelo Supremo Tribunal Administrativo, em que se discutiu, justamente, o princípio da presunção de inocência *versus* o poder da agência reguladora de descredenciar um profissional para atuar no mercado financeiro, ao argumento de sua inidoneidade, malgrado não houvesse condenação criminal em seu desfavor (Processo nº 01009/04, de 3 de maio de 2005) (GAGEIRO, 2009, p. 65-66).

tância do setor e os prejuízos decorrentes de anormalidades dos mercados financeiros (GAGEIRO, 2009, p. 54), justificar-se-ia a necessidade de uma acurada seleção para o desempenho dessas atividades, que seriam reservadas apenas aos tecnicamente aptos e idôneos, tudo sob aferição da agência reguladora respectiva. Entretanto, qualquer análise requer a incidência de uma visão supranacional que se revele capaz de identificar deficiências no sistema de cooperação entre as entidades reguladoras do sistema financeiro, em nível de União Europeia, capazes de comprometer a troca de informações⁵¹ e, ainda, a adoção de decisões comuns que se revelem oportunas, no contexto da Europa continental.

Até no modelo suíço de regulação econômico-financeira, no qual tradicionalmente inexistem sanções para os regulados do setor⁵², há agora aquelas a serem infligidas pela única agência reguladora lá existente, quando houver descumprimento de obrigações acerca da prevenção, detecção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Não se pode partir da concepção de que as empresas reguladas atuariam, na prática, inspiradas no ideário do interesse público, no exercício de suas funções. O desafio é alcançar a sensibilização dos entes regulados para que, quer por consciência de dever legal, quer pelo risco de sanções, possam agir compromissados com o adimplemento do interesse público.

⁵¹ Nesse sentido, destacam-se recomendações expedidas no *De Larosiére Report*, consistentes em proposta legislativa para a criação de um sistema europeu de supervisão financeira (ESFS) que viabilize uma eficaz e franca cooperação intersetorial e de troca de informações entre os entes de supervisão, bem como a padronização de procedimentos e normas técnicas para o setor e a adoção de soluções conjuntas por diversos países europeus, no universo da regulação financeira. O referido sistema, que tem como base jurídica o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) é composto pelas autoridades nacionais de supervisão europeias (integradas por um comitê conjunto – *Joint Committee of European Supervisory Authorities*), além das autoridades de regulação referidas na nota de rodapé nº 33 (TEIXEIRA, 2010, p. 234-239).

⁵² À exceção da punição consistente na retirada de autorização para atuar no setor de pessoas previamente autorizadas, quando a agência reguladora concedente, posteriormente, emite juízo de inidoneidade ou incompetência em seu desfavor (GAGEIRO, 2009, p. 54-55).

3.1 Aspectos normativos da atividade de combate ao crime no sistema econômico-financeiro, com foco no branqueamento de capitais

A atividade de branqueamento de capitais situa-se no rol dos crimes de repressão prioritária, em nível internacional⁵³. Com métodos ocultos⁵⁴ de perpetração, diversos mecanismos são criados para facilitar sua detecção, sobretudo quando a prática criminosa ocorre no sistema financeiro. Fala-se de uma verdadeira “sociedade do risco”⁵⁵ (PINTO, 2000a, p. 92) no plano econômico-financeiro, com crescentes ameaças para os investidores, para as empresas e até para os próprios sistemas econômicos, havendo a necessidade de alternativas que garantam a preservação da idoneidade⁵⁶ dos agentes econômicos e da regularidade de seus comportamentos. Em face de sua danosidade aos mercados, exsurtem normas de cumprimento obrigatório pelas instituições mais vulneráveis a essa espécie delitiva. A Lei nº 25/2008⁵⁷ fixa medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao

⁵³ Destaque-se o Regulamento (CE) nº 1.781/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, que disciplina mecanismos de rastreabilidade das operações de transferências de fundos, visando à prevenção, investigação e detecção do branqueamento de capital e do financiamento do terrorismo, em uma lógica de cooperação e colaboração, com o fornecimento, às autoridades responsáveis, de informações exatas e relevantes sobre o ordenante, por parte dos prestadores de serviços de pagamento, sobretudo quando se trata de operações internacionais, no espaço financeiro integrado da União Europeia. Em Portugal, o assunto foi disciplinado pelo Decreto-lei nº 125/2008, fixando-se sanções contraordenacionais para o descumprimento dos deveres impostos no diploma normative em questão.

⁵⁴ Para Bruno Santiago (2001, p. 607), “a criminalidade organizada tem o condão de se reinventar e adaptar-se às novas realidades econômico-sociais, dificultando-se as investigações, que têm que se adaptar a suas estruturas e metodologias e a essas novas e sub-reptícias manifestações criminosas”. O trecho citado também está disponível em: <<http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/385.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2014.

⁵⁵ No sentido de que essa “sociedade do risco” provocaria a implantação de medidas jurídicas de intervenção estatal cada vez mais duras e apartadas das garantias do Direito Penal de um Estado de Direito, veja-se Dias (2010, p. 257).

⁵⁶ Aponta-se a atividade de supervisão do mercado financeiro como uma alternativa à resposta penal conferida pelo sistema jurídico, indicando soluções como a mediação de conflitos ou a criação de fundos indenizatórios para os investidores (PINTO, 2000a, p. 93).

⁵⁷ O referido diploma legal (alterado pela Declaração de Rectificação nº 41/2008, *Diário da República*, 1ª série, n. 149, de 4 ago. 2008, fl. 5188) presta-se a transpor para a ordem jurídica portuguesa as Diretivas 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de

branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo, impondo deveres⁵⁸ às entidades financeiras, como o de prestar informações⁵⁹ ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira se houver suspeita de que teve lugar, está em curso ou foi tentada operação que configure a prática do delito de branqueamento de capitais.

No art. 3º da Lei nº 25/2008 constam os organismos financeiros sujeitos aos seus comandos, como as instituições de crédito, os entes que atuam com fundos de capital de risco e as sociedades gestoras de fundos de pensões, dentre outros⁶⁰, na tentativa de se abranger todas as empresas que denotem especial risco de operacionalização de atividades ilícitas de

26 de outubro, e nº 2006/70/CE, da Comissão, de 1º de agosto, relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e das atividades e profissões especialmente designadas para efeito de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.

⁵⁸ De modo sintético, os deveres podem ser traduzidos como: a) de *colaboração* com as autoridades judiciais que atuam no combate ao branqueamento, mediante comunicação ou denúncia (acompanhada da documentação comprobatória) de operações suspeitas (posição ativa); b) de *informação* (posição passiva, quando as autoridades, no contexto de investigações já em curso, pretendem confirmar ou infirmar as supostas ilicitudes); e c) de *exame* ou dever especial de *diligência* (ônus de analisar as operações que sugerem a prática de branqueamento), em que se utilizam critérios tão rigorosos quanto aqueles utilizados para concessão de crédito. O efetivo cumprimento desses ônus impostos às entidades financeiras há de ser supervisionado pelas entidades reguladoras do setor. Os referidos meios de colaboração ocorrem tanto de maneira originária quanto durante as fases de inquérito, instrução ou julgamento de casos que apurem o delito de branqueamento (BRANDÃO, 2002, p. 38-49).

⁵⁹ Art. 16º, nº 1, da Lei nº 25/2008. Destaca-se que, de acordo com o nº 2 do mesmo dispositivo legal, as informações fornecidas somente se prestam a instruir processo penal, resguardando-se a identidade de quem as haja fornecido.

⁶⁰ Incluem-se ainda empresas de investimento e outras sociedades financeiras, organismos de investimento coletivo que comercializem as suas unidades de participação, empresas de seguros e mediadores de seguros (à exceção dos seguros de vida), sociedades de titularização de créditos, instituições de pagamento, sociedades de consultoria para investimentos, dentre outros segmentos que desenvolvam atividades afins, conforme listagem expressamente fixada no mesmo dispositivo legal. Há de se acrescentar também as sucursais portuguesas de entidades financeiras estrangeiras, bem como as sucursais financeiras exteriores. Até as entidades incumbidas de serviços postais, que por acaso prestem serviços financeiros ao público, estão sujeitas aos mesmos comandos legais.

branqueamento⁶¹, com repressão imposta por comandos supranacionais. Para cumprir os ditames da referida Lei, o Banco de Portugal, por meio do Aviso nº 5/2013, como autoridade de supervisão das entidades financeiras, explicita mecanismos acrescidos de diligência⁶². Feitas as referidas exigências, incumbirá ao referido banco avaliar se as estratégias, sistemas, modelos, políticas, processos, procedimentos e controles aplicados pelas instituições financeiras supervisionadas estão suficientemente aptos a garantirem a gestão adequada desses riscos⁶³.

3.2 O que fazer? Instrumentos disponibilizados às agências reguladoras, em nível interno e supranacional

No universo das agências reguladoras não há que se falar em atividades que possam contender com a competência legislativa das forças nacionais de segurança⁶⁴, restando, entretanto, legítimos os disciplinamentos atinentes à prevenção e detecção de crimes, na seara das atribuições regulatórias daquelas agências. Chega-se a afirmar que as agências reguladoras, com ônus legal de denunciar delitos de que tenha tido conhecimento em razão de suas funções, seriam equiparadas a funcionários públicos⁶⁵ ou polícias administra-

⁶¹ O art. 4º dessa mesma Lei estabelece responsabilidade similar para entidades não financeiras listadas em novo rol, donde merecem destaque os Notários, Advogados e outros profissionais independentes que exerçam operações de gestão de fundos, de valores mobiliários ou outros ativos pertencentes a clientes, além de abertura e gestão de contas bancárias, de poupança ou de mobiliários, ou seja, que atuem de forma correlata a instituições financeiras.

⁶² Ou medidas suplementares de vigilância da clientela, a serem exercitadas pelas entidades financeiras supervisionadas, em conformidade com um modelo global de gestão de riscos, internamente implementado individualmente pela instituição financeira, em função de seu perfil, com registro escrito dessas políticas internas (Aviso nº 5/2013, do Banco de Portugal).

⁶³ Consoante item 2- a) i), do Aviso nº 5/2013, do Banco de Portugal.

⁶⁴ Art. 164, alínea “u”, da Constituição Portuguesa. Nessas hipóteses, a competência para legislar constitui reserva absoluta da Assembleia da República apenas quando diz respeito ao regime geral das forças de segurança, não atingindo, portanto, eventuais atos normativos exarados no interesse preventivo e repressivo de infrações penais, que guardem relação com as atividades das agências reguladoras, em nível tanto interno quanto supranacional. A propósito, veja-se Acórdão 232/2010 – TC.

⁶⁵ Art. 242º, nº 1, alínea “b”. Nessa linha já decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa (Proc. 620/05, 5ª Seção) – sumário disponível em: www.pgdlisboa.pt –, reconhecendo a admissibilidade das provas recolhidas ao abrigo do art. 386º do CVM, em consonância com o

tivas especiais⁶⁶, atuando na tutela de bens jurídicos⁶⁷ em setores específicos da sociedade. *In casu*, está-se a aludir à regularidade do mercado econômico-financeiro, assegurando-se, em caráter preventivo, a licitude das transações efetuadas e auxiliando-se na apuração e no combate de delitos ofensivos ao funcionamento regular de tal setor mediante cumprimento dos deveres legais⁶⁸ de comunicação e de colaboração⁶⁹, entre outros. A Lei nº 25/2008 define o conceito de “pessoas politicamente expostas” como as que desempenham ou desempenharam, há um ano, elevados cargos políticos ou públicos, além de membros próximos da sua família e pessoas que reconhecidamente possuam com elas estreitas relações de natureza societária ou comercial. Assim, impõe-se às entidades, financeiras⁷⁰

art. 358º do mesmo diploma normativo, o qual estatui que a supervisão desenvolvida pela CMVM obedece ao princípio da prevenção e repressão das atuações contrárias à lei ou a regulamento. Sobre o assunto, veja-se Bolina (2012, p. 392-393).

⁶⁶ Ou de órgãos de polícia criminal de competência específica (art. 248, nº 1, do CPP), até porque a legislação pertinente não fixa um rol taxativo para esses organismos, cabendo ao intérprete identificar tal condição, com base nas atribuições que lhes são previstas, a exemplo do papel de coadjuvante das entidades judiciais na apuração de crimes, sem prejuízo de suas funções próprias, igualmente preventivas e investigatórias (ROQUE, 2009, p. 396-398). A condição apontada, no âmbito do sistema econômico-financeiro, há de ser estendida às próprias entidades reguladas, na medida em que também se vinculam a tais deveres, por imposição legal e, em termos práticos, estão municiadas de amplas condições para encetar e desenvolver as investigações pertinentes, em face dos recursos tecnológicos e funcionais de que dispõem.

⁶⁷ Para Costa Pinto (2000b, p. 380-381), em relação ao sistema econômico-financeiro está-se a falar de bens supraindividuais, classificáveis como bens jurídicos intermédios (a exemplo das condições de investimentos e de aplicação das poupanças) afetos a um programa de desenvolvimento econômico.

⁶⁸ Nesse viés, outra não pode ser a conclusão senão a de que essas entidades independentes não de ser dotadas de meios coercitivos capazes de garantir o efetivo cumprimento de suas atribuições, contidas nos diversos atos normativos que regem a espécie, na medida do necessário, adequado e proporcional em sentido estrito ao cumprimento de seu mister (ROQUE, 2009, p. 403-407).

⁶⁹ O referido dever de colaboração, aliás, revela-se lugar-comum na seara da regulação, fazendo-se presente na legislação da concorrência, quando se impõe aos regulados o dever de responder a pedidos de esclarecimento, entregar documentos que lhes forem solicitados, bem como de não impedir as diligências de prova efetuadas pela reguladora, sob pena de aplicação de coimas, inclusive na hipótese de prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas (ALFAFAR, 2012, p. 320/371-372).

⁷⁰ Nuno Brandão (2002, p. 3) até mesmo afirma que as instituições financeiras atuariam

ou não, abrangidas pelo referido diploma legal⁷¹, o dever de fixar mecanismos baseados no risco para determinar se o cliente pode assim ser considerado e, nessa condição, mereceria tratamento diferenciado no tocante à fiscalização e acompanhamento de suas transações financeiras⁷². Os referidos deveres reforçados de diligência também são impostos às entidades obrigadas pela mesma lei em relação a quaisquer clientes e operações que revelem maior risco de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo⁷³. Destaque-se ainda o dever de recusa⁷⁴ no tocante à realização de operações financeiras suspeitas ou em que o investidor se negue a fornecer elementos que permitam sua identificação, bem como a origem ou destino dos fundos e, havendo indícios de branqueamento de capitais, surge o mesmo dever de comunicação⁷⁵ ao Procurador da República e à Unidade de Informação Financeira (UIF)⁷⁶, sem prejuízo da extinção do respectivo

como verdadeiro *longa manus* dos órgãos policiais do Estado, em face dos deveres que lhes foram legalmente impostos, inclusive concernentes à quebra do sigilo bancário, quando se trata de prevenir e combater o crime de branqueamento de capitais.

⁷¹ Vejam-se arts. 3º e 4º da Lei nº 25/2008.

⁷² Consoante art. 12º, nº 4, alínea “a”, do mesmo diploma legal. Inclui-se ainda a necessidade de autorização superior para a realização de negócios com essas pessoas politicamente expostas, além de cuidados especiais para identificação da origem dos fundos objeto dos investimentos, com um acompanhamento contínuo acrescido. Ademais, a alínea “b” do mencionado dispositivo estatui que as mesmas exigências hão de ser mantidas, ainda a quem não mais ostente a característica de “pessoa politicamente exposta”, mas que, em razão do perfil ou da natureza das operações desenvolvidas, continue a apresentar um risco acrescido de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo.

⁷³ Veja-se art. 12º da Lei nº 25/2008.

⁷⁴ Veja-se art. 13º da Lei nº 25/2008.

⁷⁵ Aponta-se ainda para a possibilidade de configuração, para além da infração administrativa, à luz do caso concreto e de suas circunstâncias, da prática do crime de branqueamento por omissão decorrente do descumprimento da posição de garante, decorrente da não comunicação, pelo profissional investido de tal dever, de operações suspeitas (LIMA, 2012, p. 182).

⁷⁶ Cuida-se de unidade central nacional com competências para recolher, centralizar, tratar e difundir, em nível nacional, informações relativas à prevenção e investigação dos crimes de branqueamento de vantagens de proveniência ilícita, financiamento do terrorismo e dos crimes tributários, assegurando, no plano interno, a cooperação e articulação com a autoridade judiciária, com as autoridades de supervisão e de fiscalização e com

negócio. Daí o dever de colaboração das entidades financeiras e correlatas (art. 18º), denotando que esses organismos se obrigam a fornecer subsídios probatórios também à autoridade judiciária responsável pela condução do inquérito e às autoridades responsáveis pela supervisão ou fiscalização do cumprimento dos deveres impostos. O GAFI⁷⁷, em suas recomendações⁷⁸, estatui que as autoridades competentes⁷⁹ para conduzir investigações relativas ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo deveriam dispor de todas as condições para obter documentos e informações necessárias às investigações, incluindo-se a possibilidade de utilização de medidas coercitivas de apresentação de documentos detidos pelas instituições financeiras e outras pessoas físicas ou jurídicas, para a revista de pessoas e busca de locais⁸⁰ e coleta de depoimentos de testemunhas. Na iminência de especial risco de operações de branqueamento ou financiamento do terrorismo, sobretudo envolvendo país ou jurisdição sujeitos a contramedidas adicionais decididas pelo Conselho da União Europeia, essas agências podem impor o dever de comunicação imediata e, no tocante ao seu poder sancionador, pelo seu descumprimento, impor coimas⁸¹ às reguladas.

as entidades financeiras e não financeiras (Lei nº 25/2008) e, no plano internacional, a cooperação com outras unidades de informação financeira ou estruturas congêneres. A maioria das UIFs, em nível mundial, está associada ao *Egmont Group of Financial Intelligence Units*, criado para coordenar, padronizar e otimizar as atividades desempenhadas por essas unidades de informação, em nível internacional.

⁷⁷ Grupo de Ação Financeira Internacional que cuida de conceber e promover, em nível nacional e internacional, estratégias contra o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo.

⁷⁸ Item 31, que trata dos poderes das autoridades de aplicação da lei e das autoridades de investigação (BANCO DE PORTUGAL, 2012, p. 25).

⁷⁹ Observe-se que, de acordo com o mesmo Relatório GAFI (BANCO DE PORTUGAL, 2012, p. 116), as autoridades competentes incluem aquelas de supervisão do setor financeiro estabelecidas como autoridades não governamentais independentes, dotadas de poderes conferidos pela lei, consoante nota de rodapé nº 52 do referido Relatório.

⁸⁰ Nessas recomendações, verifica-se a concessão de prerrogativas típicas de órgãos de polícia criminal às entidades reguladoras do setor (art. 249º do CPP), o que se revela compatível com as medidas cautelares previstas no art. 412º da CMVM e outras previstas em atos normativos correlatos.

⁸¹ Aplica-se a operações de montante igual ou superior a 5.000 euros, conforme art. 27º, c/c art. 46º, inciso I, alínea “a”, e art. 53º, alínea “z”, da Lei nº 25/2008.

Há ainda o dever de sigilo⁸² imposto às mesmas entidades financeiras e não financeiras que realizem operações nas modalidades descritas no citado diploma legal, consistente na impossibilidade de prestação de qualquer informação ao cliente ou a terceiro sobre as comunicações efetuadas nos moldes devidos, bem como acerca da existência de eventual investigação criminal em curso. Ademais, no referido ato normativo (art. 19º, nº 3, “a” e “b”) consta também o dever de cooperação internacional entre entidades financeiras ou equiparadas, situadas em outros países da União Europeia ou em países terceiros equivalentes, na acepção da Portaria Ministerial nº 41/2009⁸³, do Ministério das Finanças e da Administração Pública de Portugal, ou seja, que possuam mecanismos semelhantes de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo e à respectiva supervisão, a exemplo do Brasil⁸⁴.

Em nível internacional, registre-se o *Guia de Referência Anti-Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo* (SCHOTT, 2005, passim), elaborado em parceria pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), conseqüência da preocupação⁸⁵ e do empenho dos referidos organismos na fixação de estratégias e na disseminação de padrões de conduta e das melhores práticas, em nível global, para o combate às referidas espécies de crimes. Há também o Programa Global contra o Branqueamento de Capitais (GMPML)⁸⁶, que fornece informações técnicas especializadas,

⁸² Dispõe o art. 20º dessa mesma lei que as informações prestadas de boa-fé no cumprimento dos deveres impostos não podem configurar violação de segredo, tampouco implicar qualquer possibilidade de responsabilidade do agente prestador da informação, ressalvada a responsabilidade criminal de quem favoreça a revelação da identidade do fornecedor das informações legalmente impostas.

⁸³ Publicada no *Diário da República*, 2ª série, nº 8, de 13 de janeiro de 2009, fl. 1170.

⁸⁴ Conforme alínea “d”, do art. 2º, da referida Portaria nº 41/2009.

⁸⁵ Prefácio do documento: “A comunidade internacional tem sido testemunha da utilização de métodos cada vez mais sofisticados para movimentar fundos ilícitos através dos sistemas financeiros em todo o mundo e reconhece a necessidade de melhorar a cooperação multilateral para combater estas atividades criminosas” (Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTAML/Resources/2454_WB_Portuguese.pdf>. Acesso em: 13 maio 2014).

⁸⁶ Mecanismo implementado no âmbito da Organização das Nações Unidas (Disponível em: <<http://www.imolin.org/imolin/gpml.html>>. Acesso em: 13 maio 2014).

auxiliando na criação de sistemas jurídicos especializados, tanto para os países de *common law* quanto de *civil law*, desenvolvendo a capacidade institucional, especialmente com a criação de unidades de informação financeira. Tem-se ainda o Comitê de Supervisão Bancária de Basileia, adotado pela legislação comunitária mediante as Diretivas 2006/48/CE e 2006/49/CE que estabelece, dentre outros importantes aspectos, um conjunto de requisitos de divulgação de informações aplicáveis às autoridades de supervisão, as quais são centralizadas e disponibilizadas de modo padronizado no *site* da *European Bank Authority*⁸⁷. Destaque-se a “Declaração sobre Prevenção do Uso Criminoso do Sistema Bancário para Fins de Branqueamento de Capitais”, fundada sob os princípios da devida identificação do cliente, dos padrões éticos elevados e cumprimento das leis, da cooperação com as autoridades policiais e de políticas e procedimentos destinados à observância da referida Declaração.

3.3 As agências reguladoras em espécie, em Portugal, e o seu papel no combate ao branqueamento

Às agências reguladoras, de acordo com o art. 38º da Lei nº 25/2008, cumpre fiscalizar o cumprimento dos deveres impostos às entidades financeiras, no que tange aos mecanismos inerentes ao combate ao branqueamento de capital e ao financiamento do terrorismo. Trata-se do Banco de Portugal, da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e do Instituto de Seguros de Portugal⁸⁸, cada um com diversas entidades reguladas, submetidas a seu crivo de supervisão e fiscalização. A propósito do primeiro, agência reguladora que concentra os papeis de supervisão, normatização e punição das instituições de crédito em nível nacional, incumbe-lhe atividade de cooperação internacional. Em se tratando de instituições de

⁸⁷ Veja-se a Nota de Rodapé nº 33.

⁸⁸ Há ainda o Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (CNSF), com competências de coordenação entre as autoridades de supervisão do sistema financeiro no âmbito da regulação e supervisão das entidades e atividades financeiras e que, desde 2013, assume também funções consultivas na definição e execução da política macroprudencial para o sistema financeiro nacional (Disponível em: <<http://www.bportugal.pt/pt-PT/EstabilidadeFinanceira/CooperacaoInstitucional/ConselhoNacionalSupervisoresFinanceiros/Paginas/ConselhoNacionalSupervisoresFinanceiros.aspx>>. Acesso em: 12 abr. 2014).

pagamento e de moeda eletrônica com matriz em outro Estado-membro da União Europeia e que estejam autorizadas a exercer atividades em Portugal, é imposto ao referido Banco, ante a suspeita de crime de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo⁸⁹, informar tal fato ao Estado-membro de origem. Em princípio, não incumbe ao Banco de Portugal a atividade regulatória prudencial acerca das referidas entidades financeiras de matriz estrangeira com sucursais situadas em território nacional, desde que as agências reguladoras do país de origem exerçam tal papel⁹⁰, remanescendo seu dever de colaboração em relação às agências reguladoras do país de origem.

O aludido espírito de cooperação inclui a possibilidade de que sejam realizadas, em território português, inspeções *in loco* pelas referidas agências estrangeiras, desde que previamente informado o Banco de Portugal⁹¹. Apesar de ser inapropriado um estudo mais detalhado sobre a matéria, não se pode deixar de registrar controvérsias desenvolvidas pela doutrina, no que concerne à legalidade da remessa desses documentos obtidos na fase de supervisão⁹² às autoridades incumbidas da investigação criminal, ao argumento de que a hipótese poderia configurar malferimento ao princípio

⁸⁹ Art. 26º, nº 2, do Decreto-lei nº 317/2009. A referida comunicação há de ser efetivada, inclusive, ante a mera suspeita de que o início da atividade financeira da instituição estrangeira em território português poderá aumentar o risco de operações de branqueamento ou de financiamento do terrorismo.

⁹⁰ O dever das instituições financeiras estrangeiras com sucursal em Portugal abrange, inclusive, a apresentação prévia ao Banco de Portugal dos mecanismos de controle interno que utilizarão para prevenir e reprimir o delito de branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e financiamento do terrorismo, previstos na Lei nº 25/2008. Veja-se art. 18º, nº 2, alínea “b”, do Decreto-lei nº 317/2009.

⁹¹ Consoante art. 35º do Decreto-lei nº 317/2009.

⁹² Gageiro (2009, p. 61-64) refere-se a certa “promiscuidade” no exercício do poder de supervisão, quando documentos obtidos nessa fase são utilizados em posterior processo sancionatório, sem que, na fase de coleta, tenham os investigados sido constituídos arguidos e, nessa condição, pudessem oferecer recusa a qualquer colaboração a ser contra eles ulteriormente manejada. O autor também se refere à necessidade de prévia comunicação ao destinatário das diligências acerca de eventuais medidas coercitivas de obtenção de prova, nos moldes legalmente previstos, o que se mostra incompatível com qualquer possibilidade de êxito na captação de elementos que possam se revelar úteis à formação probatória, na matéria criminal em testilha.

da não autoincriminação⁹³, já que as agências supervisionadas forneceriam dados e documentos sem o prévio conhecimento dos investidores, que não se situariam em posição de arguidos e, portanto, restariam privados de oferecer resistência à remessa de elementos que podem, posteriormente, resultar no ajuizamento de lide criminal em seu desfavor. Em contra-argumentação (FIGUEIREDO DIAS ET AL., 2009, p. 46-49), argui-se que aludido direito à não autoincriminação somente haveria de ser suscitado ao se falar da prestação de depoimento do investigado ou suspeito, de quem não se pode exigir o fornecimento de respostas a perguntas que o podem prejudicar, não cabendo a extensão da garantia do *nemo tenetur* à obtenção de elementos documentais inerentes à atividade desenvolvida no setor econômico-financeiro submetido a regulação, sob pena de se esvaziar toda a atividade de supervisão e que importa em apurar suspeitas e, nesse particular, esclarecer dúvidas que elidam incertezas acerca de supostas práticas criminosas, atinentes a crimes de mercado ou a outros delitos, detectados incidentalmente.

Reporta-se à Comissão de Valores Mobiliários de Portugal para se destacar o art. 386º do Código de Valores Mobiliários⁹⁴, o qual denota o caráter pré-processual penal das averiguações preliminares⁹⁵ e estabelece que, tão logo concluído referido processo, deve o Conselho Diretivo da CMVM remeter os documentos relevantes acerca da notícia de um crime

⁹³ Para análise mais detida da problemática, com foco na atividade de regulação da concorrência, veja-se Alfafar (2012, p. 332-334). Na linha de que resta incabível a utilização de documentos obtidos em sede de supervisão (pelo mecanismo da colaboração) ainda em processo contraordenacional, desde que se esteja diante de elementos de prova de infração passível de implicar sanções de caráter punitivo, veja-se Dias (2010, p. 246-247/250).

⁹⁴ Republicado pelo Decreto-lei nº 357-A, de 31 de outubro de 2007, e alterado pelo Decreto-lei nº 211-A, de 3 de novembro de 2008; pela Lei nº 28, de 19 de junho de 2009; pelos Decretos-lei nº 185, de 12 de agosto de 2009, nº 49, de 19 de maio de 2010, nº 52, de 26 de maio de 2010, e nº 71, de 18 de junho de 2010; pela Lei nº 46, de 24 de junho de 2011; e pelos Decretos-lei nº 85, de 29 de junho de 2011, e nº 63-A, de 10 de maio de 2013.

⁹⁵ Os dados e informações colhidos nessa fase prestar-se-ão à instauração do competente inquérito policial, para fins de conformação da moldura probatória que se revele necessária à instauração de ulterior ação penal (SANTIAGO, 2001, p. 1).

à autoridade judicial competente. De acordo com o art. 383⁹⁶ do diploma normativo em foco, a instauração de um processo de averiguações preliminares há de ter lugar sempre que o Conselho Diretivo da CMVM tiver acesso a elementos que indiquem a prática de crimes contra o mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros. Trata-se de um *plus* em relação aos poderes de supervisão da CMVM, com maior foco no aprofundamento das investigações de ilícitos criminais.

Está-se diante de uma espécie de “filtro técnico especializado” (SANTIAGO, 2001, p. 2), manejado por um órgão administrativo na sistemática de regulação do mercado econômico-financeiro⁹⁷, que se presta a realizar uma primeira análise⁹⁸ sobre os fatos suspeitos de configurarem ilícito penal, permitindo que a ulterior apuração delitiva propriamente dita, já a cargo da polícia judiciária e sob a coordenação do Ministério Público, possa ser encetada com maiores chances de êxito, em face das investigações liminarmente empreendidas. Essas investigações deverão possibilitar detalhamento mais aprofundado, calcado em especificidades técnicas em relação às práticas criminosas, idôneo a viabilizar o ulterior aprofundamento e coleta de elementos atinentes à conformação da autoria e materialidade delitivas. Vale ressaltar que o Tribunal da Relação de Lisboa⁹⁹ reconhece o dever de colaboração dos supervisionados, na condição de profissionais do mercado, como contrapartida do acesso ao mercado. Reafirma esse

⁹⁶ Saliente-se que o citado dispositivo legal utiliza o termo “pode”, como se coubesse ao Conselho Diretivo decidir acerca da instauração ou não do processo de averiguações preliminares, ainda que presentes os elementos legalmente previstos para tanto.

⁹⁷ Nesse contexto, Bruno Santiago (2001, p. 3) já observa que a criminalidade contra o mercado não se perfaz de forma simplificada, antes exigindo, para além da análise de aspectos jurídico-econômicos, o cruzamento de dados contabilísticos e financeiros que justificariam a necessidade e importância de intervenções capazes de reduzir essa complexidade.

⁹⁸ O referido mecanismo permite que a investigação criminal posterior possa se concentrar no essencial, além de evitar a remessa aos órgãos competentes de elementos sem viabilidade técnica, em se tratando de crimes contra o mercado (PINTO, 2000a, p. 103).

⁹⁹ Processo nº 5523/07.8TFLSB.L1, 3ª seção; e Processo nº 1724/09.2TFLSB.L1, 3ª Seção. Em sentido contrário, tem-se: Processo nº 3501/06.3TFLSB.L1, 5ª seção (Disponíveis em: <www.cmvm.pt>. Acessos em: 11 maio 2014). Sobre o assunto, veja-se Bolina (2012, p. 391-393/401-405).

Tribunal a relatividade do direito ao silêncio, mediante a ponderação dos valores insculpidos nos art. 81º, alínea “f”, e 101º, da Constituição Portuguesa. Identifica, assim, nesse dever de colaboração, o ônus de entrega de documentos¹⁰⁰, sem oposição de nenhum segredo, o que afastaria eventual arguição de ilicitude probatória.

Conclusão

Impende trazer à colação alguns conceitos, quando se trata de preservar a higidez de um sistema financeiro fundado na regularidade e que possa refletir relações negociais lícitas e consentâneas com o sistema jurídico vigente. Toda atividade regulada há de ser embasada em padrões éticos de conduta, inafastáveis de atividades que reflitam interesse público apto a justificar o dever do Estado de normatizar, supervisionar e imprimir punições, com base em regras de comportamento previamente impostas, de forma lógica e funcionalmente estruturada. Os poderes de polícia administrativa das agências reguladoras, associados ao seu dever de supervisão de mercados na área econômico-financeira, somente se pode implementar em espírito de cooperação com outros órgãos e agências, em nível interno e internacional, sob pena de absoluta ineficácia do sistema concebido, quando se alude à prevenção e repressão criminais e à preservação do equilíbrio do mercado em uma área tão importante para a saúde econômica das diversas nações, responsável por crises profundas capazes de afetar outros subsistemas e até comprometer o funcionamento regular do próprio regime democrático. Segue-se, então, com o desafio de se alcançarem os limites desejáveis entre eficácia e garantias no controle do branqueamento de capitais (LIMA, 2012, p. 181), pautados no exercício de um juízo de ponderação entre o bem jurídico a ser tutelado pelo Estado, e, na perspectiva oposta, a salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias de todos os cidadãos.

O utilitarismo não se pode sobrepor aos valores assegurados constitucionalmente a todos. Atualmente, identifica-se um realce da frente de combate ao branqueamento de capitais, materializada por uma ampla rede de regramentos que reafirma o reconhecimento, em nível global, da elevada danosidade social dessa espécie delitiva. Assim, todas as atividades a serem desempenhadas hão de se implementar na medida do quanto possam

¹⁰⁰ Art. 361º, nº 2, alínea “a”, do Código de Valores Mobiliários.

implicar uma conjugação de esforços coordenados de forma racional, sistemática e atempada, em espírito de colaboração e compartilhamento de informações, com criação de bancos de dados específicos, em um ambiente no qual as agências reguladoras do sistema econômico-financeiro fazem mover mecanismos de controle desvestidos de qualquer tolerância com transações escusas. Isso porque, malgrado essas transações possam revelar-se lucrativas aos olhos das reguladas, detêm a potencialidade de contaminar o mercado pela ilicitude, com graves riscos de crises sistêmicas e, nesse sentido, suscetíveis de implicações idôneas a repercutir em danos de proporções desastrosas¹⁰¹ para a higidez e credibilidade do próprio Estado, em termos transnacionais. O êxito dos propósitos evidenciados dever-se-á, em grande medida, à disponibilidade de recursos humanos, financeiros e tecnológicos adequados qualitativa e quantitativamente ao desempenho de tais funções, em cada uma das entidades de regulação que integram o sistema econômico-financeiro. O princípio da moralidade administrativa, apesar de ausente do Texto Constitucional português, revela-se vetor inafastável da condução de qualquer atividade atinente à persecução do interesse público, a exemplo da regulação, sobretudo aquela atinente ao sistema econômico e financeiro.

Evoca-se, aqui, não uma demagogia regulatória, e sim compromissória, influenciadora de comportamentos, com esforço focado na atenuação dos riscos de captura dos dirigentes das reguladoras e das reguladas, quer pelo Governo, quer pelos setores influentes da economia e com a maximização das atitudes proativas voltadas a uma neutralidade política do setor. Ainda que se atente para os efeitos deletérios que possam advir de uma regulação heterônoma e dirigista do setor econômico-financeiro, calcada na intervenção estatal na economia, não se dispõe atualmente de alternativas mais adequadas ao equacionamento da problemática que envolve a circulação de capitais e valores em nível global, firmando-se o dever inafas-

¹⁰¹ Apontam-se como efeitos do branqueamento, sobretudo para os países em desenvolvimento, o aumento do crime e da corrupção, o recuo dos investimentos estrangeiros, a debilidade das instituições financeiras nacionais, iniciativas de privatização prejudicadas, além de riscos para a economia e para o setor privado (Disponível em: <http://sitere-sources.worldbank.org/INTAML/Resources/2454_WB_Portugese.pdf>. Acesso em: 13 maio 2014).

tável de combate à criminalidade organizada, com foco nos riscos sistêmicos que dela podem advir. Propõe-se construir um sistema em rede, composto por agências reguladoras dotadas de uma política de colaboração recíproca, pautada pela confiança e por critérios de racionalidade jurídica capaz de suprir sua aventada ausência de legitimidade democrática e que possa resultar na aceitação material de suas decisões, considerando-se o redesenho atualmente emprestado ao princípio da legalidade nesse novo ambiente de regras e regulamentos, a merecer uma análise crítica feita por todos os envolvidos com a problemática que tangencia a regulação administrativa.

MARQUES, K. P. R. The powers and duties of financial system regulators in collecting and remitting *notitia criminis* for economic and financial crimes – with emphasis on money laundering: the prerogative of requesting documents and other evidence. *Justitia*, São Paulo, v. 207, p. 179-213, Jan./ Jun. 2016.

- **ABSTRACT:** This work aims to analyze topics related to the performance and functioning of Regulatory Agencies of the financial system, through a comparative study that includes the European Union – especially Portugal – and some countries of *Common Law*, besides Brazil. Inspired in a philosophy of normatization, supervision, control and punishment of crimes, it is intended to identify an appropriate trade-off among crime prevention and repression and the exercise of guarantees, freedoms and individual rights. The Regulatory State derives of the global trend of public intervention reduction, towards an expansionism of the society and market action. The regulation of economic-financial sector derives from the need of regulation of an attractive area to commit crimes, especially money laundering and terrorist financing, both of priority repression internationally because of the social damages they can cause, which demands an effective investigative system, internationally cooperative, but that doesn't compromise the democratic beliefs and the constitutionally-enshrined human rights, especially the privilege against self-incrimination and the right to silence. The work analyzes the powers and prerogatives of regulatory agencies and the duties of regulated related ones to the prevention, detection and fight against crime, through a strengthened supervision of suspicious financial transactions and clients with high risks to commit offences. It's important to mention the relevance and timeliness of the topic and the desirability of

legislative amendments that can better fulfill the purposes to fight against criminality, when the financial system is used as a means or an end in itself for that purpose.

- **KEY WORDS:** Regulation. Money laundering. Financial system.

Referências

ALFAFAR, Diana. O dever de colaboração e o *nemo tenetur se ipsum accusare* no direito sancionatório da concorrência. *Revista de Concorrência e Regulação*, ano III, n. 11/12, p. 319-381, jul.-dez. 2012.

BANCO DE PORTUGAL. *Relatório GAFI*. Padrões internacionais de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo e da proliferação. Fev. 2012. Disponível em: <<http://www.bportugal.pt/pt-PT/Supervisao/Supervisao/Prudencial/BranqueamentoCapitaisFinanciamento-Terrorismo/Documents/recomendacoes.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, p. 1-29, fev./mar./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

BOLINA, Helena Magalhães. O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários. *Revista de Concorrência e Regulação*, ano III, n. 11/12, p. 383-427, jul.-dez. 2012.

BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*. Coimbra: Coimbra, 2002. (Col. Argumentum, 11).

CAMACHO, Carlos Morera et al. *The globalisation of financial capital, 1997-2008*. Disponível em: <http://www.researchonmoneyandfinance.org/images/discussion_papers/RMF-06-Camacho-Nieto.pdf>. Acesso em: 4 maio 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. (Reimpr. 2015.)

CROCKETT, Andrew. *Marrying the micro- and macro- prudential dimensions of financial stability*. March 2001. Disponível em: <www.bis.org>. Acesso em: 5 maio 2014.

DA VEIGA, Raul Soares. Legalidade e oportunidade no direito sancionatório das autoridades reguladoras. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Coord.). *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*. Coimbra: Coimbra, 2009.

DEOS, Simone Silva de. A regulação do sistema financeiro após a crise. In:

CINTRA, Marcos Antônio Macedo et al. (Org.). *As transformações no sistema financeiro internacional*. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2012. v. 1. Capítulo 9, p. 371-409. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

DIAS, Augusto Silva. O direito à não-inculpação no CVM. *Revista de Concorrência e Regulação*, ano I, n. 1, p. 237-265, jan.-mar. 2010.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de et al. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009.

GAGEIRO, António. Modelos de direito estrangeiro na perspectiva do *enforcement* (E.U.A/R.U./Europa Continental). In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Coord.). *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*. Coimbra: Coimbra, 2009.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado)*. 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

GONÇALVES, José Renato. A sustentabilidade da zona euro e a regulação do sistema financeiro. *Revista de Concorrência e Regulação*, Lisboa, ano I, n. 2, p. 289-320, abr./jun. 2010.

GONÇALVES, Pedro. *Direito administrativo da regulação*. Separata de estudos em homenagem ao professor doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. *Reflexões sobre o estado regulador e o estado contratante*. Coimbra: Coimbra, 2013.

_____. Regulação administrativa e contrato. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Coimbra: Coimbra, 2010.

GONÇALVES, Pedro et al. (Coord.). *A crise e o direito público*. VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013, p. 95-132. Disponível em: <http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf>. Acesso em: 18 maio 2014.

HORN, Gustav et al. *From the financial crisis to the world economic crisis: the role of inequality*. October 2009. Disponível em: <<http://d-nb.info/997877979/34/>>. Acesso em: 7 maio 2014.

KREGEL, Jan. Regulação financeira dos Estados Unidos: a lei Dodd-Frank de reforma de Wall Street e proteção ao consumidor na perspectiva atual

e histórica. In: CINTRA, Marcos Antônio Macedo et al. (Org.). *As transformações no sistema financeiro internacional*. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2012. v. 1. Capítulo 2, p. 31-80. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

LIMA, Vinícius de Melo. Ações neutras e branqueamento de capitais. *Revista de Concorrência e Regulação*, ano III, n. 11/12, p. 133- 191, jul.-dez. 2012.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. *Corrupção, dinheiro público e sigilo bancário: desconstruindo mitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

MARTINS, A. G. Lourenço. Branqueamento de capitais: contra-medidas a nível internacional e nacional. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (Dir. Jorge de Figueiredo Dias; Instituto de Direito Penal Económico e Europeu), ano 9, fasc. 1, p. 449-487, jan.-mar. 1999.

MENDES, Paulo de Sousa. O problema da utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova em processo sancionatório. *Revista de Concorrência e Regulação*, ano III, n. 11/12, p. 307- 318, jul.-dez. 2012.

_____. O procedimento sancionatório especial por infrações às regras de concorrência. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Coord.). *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*. Coimbra: Coimbra, 2009.

MONIZ, Ana Raquel. A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa. In: GONÇALVES, Pedro et al. (Coord.). *A crise e o direito público*. VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013, p. 95-132. Disponível em: <http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf>. Acesso em: 18 maio 2014.

_____. Futuro da regulação administrativa: reforço ou enfraquecimento dos poderes reguladores? In: GONÇALVES, Pedro et al. (Coord.). *A crise e o direito público*. VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013, p. 95-132. Disponível em: <http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf>. Acesso em: 7 maio 2014.

MORENO, Natalia de Almeida. A reforma institucional da regulação financeira no pós-crise. *Working papers* – Boletim de Ciências Económicas do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, abr. 2014 (Série BCE 4). Disponível em: <http://www.ij.f.d.uc.pt/publicacoes/bce/wp_4/wp_004.pdf>. Acesso em: 7 maio 2014.

NALLAR, Daniel. M. *El estado regulador y el nuevo mercado del servicio público*. Buenos Aires: Depalma, 1999.

NUNES, António José Avelãs. A última máscara do estado capitalista. In: NUNES, António José A. et al. (Orgs.). *Estudos em homenagem ao professor doutor Aníbal de Almeida*. Coimbra: Coimbra, 2012. (Col. Studia Iuridica, 107, *Ad Honorem* – 7, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra).

_____. O estado regulador e o “modelo social europeu”. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro – Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, ano I, n. 1, p. 29-65, jul. 2011.

PEREIRA, José Nunes. A caminho de uma nova arquitetura da supervisão financeira europeia. *Revista de Concorrência e Regulação*, ano I, n. 2, p. 167-208, abr.-jun. 2010.

_____. Regulação e supervisão dos mercados de valores mobiliários e das empresas de investimento: alguns problemas actuais. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra: GC – Gráfica de Coimbra, 1997. (Separata).

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. A supervisão no novo código dos valores mobiliários. *Caderno do Mercado de Valores Mobiliários*, edição especial sobre o Código dos Valores Mobiliários, n. 7, p. 89-104, abr. 2000a.

_____. Crimes e contra-ordenações no novo código de valores mobiliários. *Caderno do Mercado de Valores Mobiliários*, edição especial sobre o Código dos Valores Mobiliários, n. 7, p. 375-382, abr. 2000b.

ROQUE, Miguel Prata. Os poderes sancionatórios da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Coord.). *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*. Coimbra: Coimbra, 2009.

SANTIAGO, Bruno Vinga. O regime das averiguações preliminares no código dos valores mobiliários de 1999. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 11, fasc. 1, p. 603-632 jan.-mar. 2001. Também disponível em: <<http://www.mlgtts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/385.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2014.

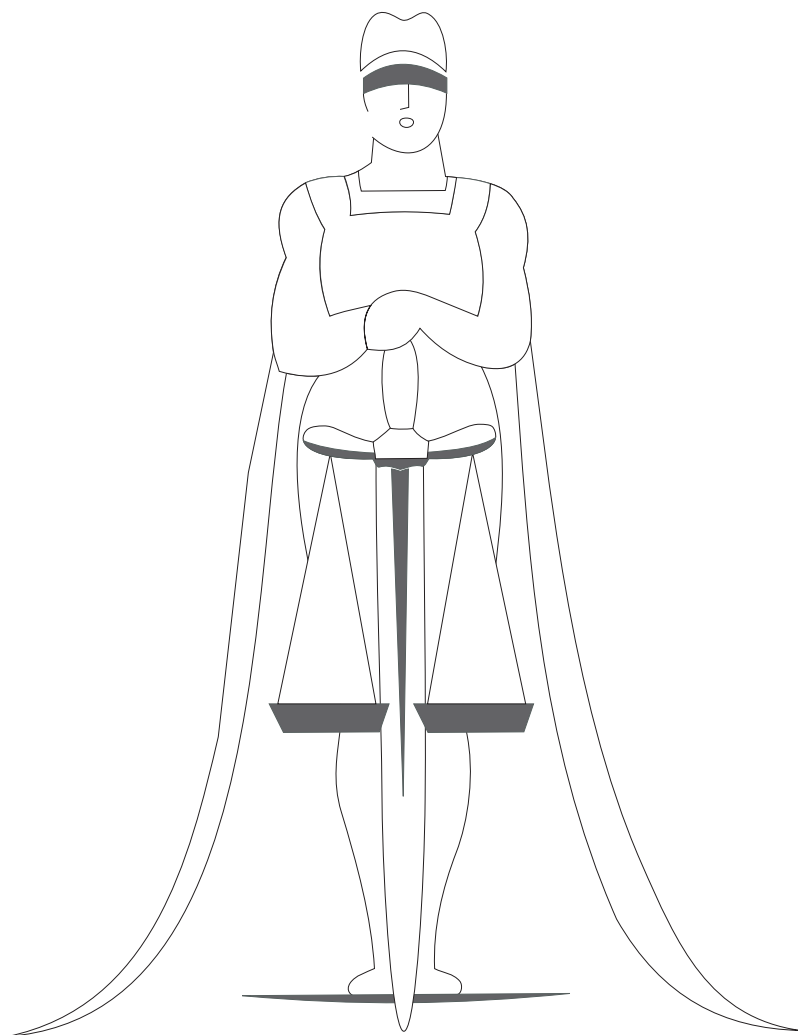
SCHOTT, Paul Allan. *Guia de referência anti-branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo*. 2. ed., com suplemento sobre a Recomendação Especial IX. Banco Mundial; Fundo Monetário Internacional, 2005. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTAML/Resources/2454_WB_Portuguese.pdf>. Acesso em: 13 maio 2014.

STOCKHAMMER, Hengelbert. *Neoliberalism, income distribution and the causes of the crisis*. Jun. 2010. Disponível em: <www.researchgate.net>. Acesso em: 6 maio 2014.

TEIXEIRA, Pedro Gustavo. The evolution of the law and regulation of the single european financial market until the crisis. *Revista de Concorrência e Regulação*, ano I, n. 2, p. 209-252, 2010.

INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

DIFFUSE AND COLLECTIVE INTERESTS



Crueldade contra os Animais – Leis Municipais Inconstitucionais

Eloisa BALIZARDO*

Luiz Fernando Gagliardi FERREIRA**

*“A compaixão para com os animais é das mais
nobres virtudes da natureza humana.”*

(CHARLES DARWIN)

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Formas de controle da constitucionalidade. 2 Fundamentos. 3 Da inconstitucionalidade de leis municipais em relação à Constituição Estadual. 4 Da inconstitucionalidade de leis municipais em relação à Constituição Federal. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** Em que pese a proibição constitucional (art. 225, § 1º, VII) em relação à prática de atos de crueldade contra todos os animais – silvestres, domésticos, domesticados, nativos e exóticos –, não raro leis municipais legitimam tratamentos cruéis contra os animais, assim o fazendo a pretexto de disciplinar o exercício de direitos assegurados também pela Lei Maior, relacionados à livre iniciativa, ao lazer, à manifestação cultural ou religiosa, bem como sob o fundamento de trazer possíveis benefícios à saúde humana, evitando a proliferação de doenças e permitindo o aprimoramento científico. Diante do aparente conflito entre os direitos mencionados, faz-se necessário questionar se os benefícios supostamente trazidos pelas leis municipais têm correspondência com a realidade e se eles justificam o mal e o sofrimento causados aos animais. Assim, cabe examinar se a atuação do Poder Legislativo Municipal foi imoderada, por formular regras legais, cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade, por haver desproporção injustificada entre a vantagem obtida e todo o sofrimento causado. Este

* 9ª Promotora de Justiça da Capital. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

** 104ª Promotor de Justiça da Capital. Especialista em Direito Ambiental e Gestão Estratégica da Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

artigo tem por objetivo discorrer sobre a forma e os fundamentos para submeter ao Judiciário o exame de leis municipais que prevejam a prática da crueldade contra os animais, tendo em vista a proteção à fauna contida em nosso ordenamento jurídico e os entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, apontando os instrumentos adequados para questionar esses atos normativos em relação à Constituição Federal e às Constituições dos Estados.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Crueldade. Animais. Leis municipais. Leis municipais inconstitucionais.

Introdução

A proteção jurídica dispensada à fauna sofre influência direta das constantes evoluções científicas e culturais acerca de sua importância para a sobrevivência do homem, seja por sua contribuição no equilíbrio ecológico, seja por permitir que ele desfrute de uma sadia qualidade de vida, incluindo o seu bem-estar psíquico.

Quando nos referimos à fauna, inclui-se, em seu conceito, a silvestre, a doméstica, a domesticada, a nativa e a exótica, não se limitando, portanto, ao conteúdo fixado pelo art. 1º, *caput*, da Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967 (Lei de Proteção à Fauna), que previu proteção apenas à fauna silvestre.

E assim é, por força do comando constitucional (art. 225, § 1º, VII), que não delimitou o conceito de fauna, de modo que todos os animais estão abrangidos em seu manto protetor, pois, mesmo que se entenda não possuírem os domésticos e domesticados função ecológica e não correrem o risco de extinção, estão resguardados contra a prática que lhes seja cruel.

Não poderia ser diferente, uma vez que a existência de animais domésticos e domesticados, convivendo em harmonia com o homem, traz-lhe significativos benefícios relacionados ao seu bem-estar psíquico.

Em razão do uso do termo “crueldade” pela nossa Carta Política, cabe melhor defini-lo, embora seja intuitivo o que venha a ser a prática de atos cruéis.

Conforme nos ensina Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2009, p. 129), “crueldade é a qualidade do que é cruel que, por sua vez, segundo o dicionário Aurélio Buarque de Holanda, significa aquilo que se satisfaz em fazer mal, duro, insensível, desumano, severo, rigoroso, tirano”.

Nas palavras de Antônio Houaiss e Mauro Sales Vilar (2001, p. 879), crueldade, em sentido jurídico, é “todo ato bárbaro praticado pelo agente que produza padecimentos físicos e impiedosos”.

Luciano Rocha Santana e Marcone Rodrigues Marques (2002, p. 549) definem a prática da crueldade

[...] como toda ação ou omissão, dolosa ou culposa, desumana, despietosa, nociva, prejudicial, que produz padecimento inútil, mais grave que o necessário, contrário à justiça e à razão, à virtude e ao dever, de quem se compraz em ver ou causar sofrimento, afligir ou torturar.

Verificamos, então, que a proteção jurídica à fauna tem estreito vínculo com a manutenção da biodiversidade, que, por sua vez, está intimamente ligada à garantia da integridade dos ecossistemas e preservação do equilíbrio ecológico, necessário à sobrevivência do homem na Terra.

Da mesma forma é possível afirmar, com a segurança necessária, que, da vedação constitucional da prática de atos cruéis contra todos os animais, extrai-se a obrigação de um comportamento ético dos cidadãos e do Poder Público em relação às demais espécies vivas, harmonizando-se cada vez mais com posturas recentes e mais evoluídas, que condenam e se opõem à exploração econômica e ambição sem medidas, para a satisfação de necessidades artificiais e instintos inferiores.

A propósito, cabe-nos destacar:

[...] historicamente se sabe que o homem exerceu despotismo cruel sobre o reino animal. Os espetáculos do Coliseu Romano, as touradas, a “farra-do-boi”, as brigas de galo manifestam um senso lúdico perverso. A caça por divertimento ou a motivada por lucros rápidos não são menos perversas. A extração de couro, penas, marfim, peles e óleo somam-se à destruição (intencional ou não) de habitats. A consequência são as espécies extintas e aquelas ameaçadas de extinção. (MILARÉ, 2007, p. 246)

E, ao que parece, no Brasil, seguindo uma tendência mundial, a população vem demonstrando maior preocupação com a proteção do meio ambiente e, em especial, com a fauna, a qual inclui, como já ressaltado, os animais silvestres, domésticos e domesticados.

Esse talvez seja justamente o motivo pelo qual o Brasil, hoje, é o segundo maior mercado “pet” do mundo, com mais de 106 milhões de

animais, movimentando cerca de R\$ 15 bilhões por ano, perdendo apenas para os Estados Unidos¹, o que demonstra o profundo apreço que os brasileiros possuem pelos animais.

Em consequência disso, os cidadãos e a sociedade civil organizada, cada vez mais, vêm se mobilizando para denunciar casos de maus-tratos, abusos e de crueldade, bem como para exigir do Poder Público políticas que estejam em consonância com a valorização da proteção aos animais, cobrando especial atenção àqueles.

Em que pese a Constituição Federal Brasileira possuir título específico dedicado à proteção ambiental, incluindo expressamente a tutela à fauna, com vedação às práticas cruéis, e a atual evolução do pensamento e da cultura em relação a essa matéria, não raro, encontramos legislações nacionais que legitimam o tratamento cruel aos animais.

É certo que o debate da proibição de submissão dos animais a tratamento cruel passa pela análise sobre a função da fauna, ou, nos dizeres de Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2007, p. 125), sobre “a finalidade da fauna”.

Na esteira da classificação feita pelo referido autor, as principais finalidades da fauna são: ecológica, recreativa, científica, econômica e cultural.

A fauna tem função ecológica quando se relaciona diretamente com a manutenção do equilíbrio do ecossistema, que permite a criação de ambiente sadio, essencial à vida com qualidade.

Já a finalidade científica consiste no uso de animais para fins científicos e tecnológicos bem definidos, permitindo assim a obtenção de medicamentos e produtos farmacológicos contra doenças e patogenias que afetam o homem. Quanto à utilização de animais para experimentos científicos, vale lembrar que existe regramento específico, trazido pela Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008, conhecida como Lei Arouca.

Por sua vez, a finalidade recreativa se vincula ao direito ao lazer, assegurando bem-estar ao homem. Assim, o uso de animais estaria inserido nas atividades recreativas.

E, por derradeiro, a finalidade cultural, na qual há a utilização de animais na prática de manifestações culturais.

Então, como compatibilizar o uso de animais a favor da ciência, do lazer e de manifestações culturais, se nestas situações lhes podem ser

¹ Disponível em: <<http://g1.globo.com/hora1/noticia/2015/04/Brasil-e-o-segundo-maior-mercado-de-pet-do-mundo-so-perde-para-os-eua.html>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

dispensados tratamentos cruéis, justamente o que é vedado pela Constituição Federal?

Assim, é evidente que, ante as diversas finalidades que podem ser dadas à fauna, conflitos surgirão, pois, ao mesmo tempo em que existe a referida vedação constitucional, os benefícios da utilização de animais ao homem também podem estar inseridos em direitos assegurados na Constituição (direito à saúde, ao lazer, à manifestação cultural).

Caberá a este estudo, então, cotejar os direitos em colidência, verificando, em primeiro lugar, se ambos realmente possuem matriz constitucional, para então examinar o conflito à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de verificar se o mal causado aos animais é absolutamente necessário à finalidade a ser atingida e, por conseguinte, se o bem-estar ao homem ou a vantagem obtida justificam todo o sofrimento causado.

Nesse contexto, podemos citar, por exemplo, a utilização de animais em espetáculos circenses, já que os métodos de adestramento a eles impingidos são penosos e cruéis, causadores de extremo sofrimento.

Essa prática está hoje proibida em 11 Estados da Federação (Alagoas, Paraíba, Minas Gerais, São Paulo, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Goiás, Mato Grosso, Rio Grande do Sul e Espírito Santo).

Malgradas as proibições estabelecidas no âmbito estadual, há ainda Municípios que permitem circos com animais, de modo que as respectivas leis municipais, que lhes dão guarida, podem ser questionadas e, por consequência, serem consideradas inconstitucionais.

Outra situação que podemos citar, e da qual trataremos com mais ênfase neste texto, relaciona-se à existência de muitos Municípios que disciplinam o controle populacional de animais errantes baseado na ultrapassada política de recolhimento e extermínio, política essa que já foi reconhecida pelo Informe Técnico da Organização Mundial de Saúde (OMS) como ineficaz e indigna (art. 6º do Informe Técnico de 1973).

Assim, o Poder Público Municipal, a pretexto de controlar doenças transmitidas por animais e, dessa forma, garantir saúde aos munícipes, impõe tratamento cruel aos animais, baseada no recolhimento e extermínio, sem que tal método tenha vantagem alguma comprovada na eliminação ou controle de zoonoses².

² Vejamos: “Não existe nenhuma prova de que a eliminação de cães tenha gerado o impacto significativo na densidade das populações caninas ou na propagação da raiva. A renovação

O mesmo entendimento contrário a essa prática de recolhimento e extermínio é adotado pelo Instituto Pasteur no Manual Técnico nº 6³.

Controles populacionais de animais rudimentares, baseados no recolhimento e extermínio, previstos em leis de diversos Municípios brasileiros, nos quais a periculosidade dos animais é presumida pelo simples fato de perambularem pelas ruas, além de terem sido há décadas considerados cientificamente ineficazes, violam os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e eficiência, podendo ainda ser considerados inconstitucionais.

Então, leis municipais que prevejam o extermínio e formas injustificadas de maus-tratos ou que legitimem a crueldade contra os animais, a pretexto de assegurar o exercício de direitos, podem ter sua constitucionalidade questionada, pois, no exame dos direitos e interesses em conflito, caberá perquirir se existe razoabilidade em submeter os animais a tratamento cruel e se este é adequado para garantir as vantagens ou o bem-estar pretendidos.

Não por outra razão, a Egrégia Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo já se posicionou pela necessidade de se verificar a constitucionalidade da legislação municipal que permita a prática de procedimentos cruéis a pretexto de salvaguardar a saúde pública, assim o fazendo por meio de recomendação publicada no *Diário Oficial* de 19 de junho de 2015⁴.

das populações caninas é muito rápida e a taxa de sobrevivência delas sobrepõe à taxa de eliminação (a mais elevada registrada até gira em torno de 15% da população canina).”.

³ A publicação do Instituto explica: “A apreensão e a remoção de cães errantes e dos sem controle, desenvolvidas sem conotação epidemiológica, sem o conhecimento prévio da população e segundo técnicas agressivas e cruéis, têm mostrado pouca eficiência no controle da raiva ou de outras zoonoses e diferentes agravos, devido a resistência imediata que suscita e à reposição rápida de novas espécimes de origem desconhecidas que, associadas à renovação natural da população canina favorecem o incremento do grupo de suscetíveis.”

⁴ O Procurador-Geral de Justiça, no uso das atribuições previstas no art. 19, inciso I, alínea “d”, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993, expede a seguinte Recomendação:

“CONSIDERANDO que o art. 225, VII da Constituição Federal como forma de dar efetividade a proteção ao meio ambiente e a fauna, veda as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, que provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade;

CONSIDERANDO que o sistema de proteção especial conferida pelo artigo 193, X da Constituição Estadual para proteção da fauna, nesta compreendidos todos os animais

1 Formas de controle da constitucionalidade

No que se refere ao paradigma de análise da constitucionalidade, este pode dar-se em relação à Constituição Federal ou à Constituição Estadual, ou a ambas, a depender do caso.

Além disso, há duas formas de controle da constitucionalidade.

O primeiro, difuso ou incidental, é o controle em que se permite a qualquer Magistrado analisar incidentalmente a constitucionalidade da lei para poder decidir o caso concreto que lhe foi trazido em sede de ação individual, coletiva ou ação civil pública.

Já o segundo, direto ou concentrado, é o controle que permite a impugnação do ato normativo de forma direta, em relação ao seu conteúdo geral e abstrato (sem aplicação alguma a um caso concreto e específico). Só pode ser feito pelos legitimados e perante o juízo previamente designado como competente.

Devemos ressaltar que, por se tratar de análise de lei municipal, há restrição no que se refere ao controle concentrado, pois este não pode ser realizado por meio de ação direta de inconstitucionalidade, em razão de a

silvestres, exóticos e domésticos, vedando as práticas que coloquem em risco sua função ecológica e que provoquem extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade; CONSIDERANDO que o sacrifício de cães e gatos é medida extrema e excepcional, admitida apenas para a preservação da saúde pública, não podendo ser prevista como providência rotineira de eleição do administrador municipal;

CONSIDERANDO que muitos Municípios, a pretexto de controle de zoonose e da população de animais, principalmente cães e gatos, vem promulgando leis admitindo a eutanásia e outras práticas atentatórias ao mandamento constitucional voltado à proteção da fauna; CONSIDERANDO a competência exclusiva do Procurador Geral de Justiça, no âmbito do Ministério Público, para promoção de ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, (art. 90, III, Constituição do Estado de São Paulo; arts. 25, I, e 29, I e II, Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993; arts. 103, II a V, e 116, VI e VII, Lei Complementar Estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993);

SUGERE aos Promotores de Justiça com atribuição na defesa do meio ambiente que atentem para existência de legislação no(s) Município(s) da respectiva Comarca que trate de matéria relativa a controle de zoonoses e da população animal haja previsão de eutanásia e outras práticas atentatórias ao mandamento constitucional voltado à proteção da fauna e, se o caso, adotem as medidas fixadas no Ato Normativo nº 702/2011, com remessa das informações obtidas, objetivando a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por violação ao art. 193, X da Constituição Estadual.”.

Carta Magna não prever o uso dessa modalidade de ação para o questionamento de atos normativos editados pelo Município, de modo que, para tanto, restaria a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Entretanto, em matéria de defesa animal, não há precedentes no manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental, talvez, porque a posição doutrinária dominante (André Ramos Tavares, Celso Ribeiro Bastos, Daniel Sarmiento, Gilmar Ferreira Mendes, Valter Claudius Rothemburg e Alexandre de Moraes, citados por Silva (2005) restrinja o conceito de preceito fundamental, entendendo não ser suficiente tratar-se de norma existente na Constituição, mas sim que sejam regras constitucionais alusivas ao núcleo material no texto constitucional sem o qual não se pode falar em Estado, como os direitos e garantias fundamentais (art. 5º), as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), os princípios sensíveis, cuja violação autoriza a intervenção federal ou estadual (art. 34, VII), os fundamentos (art. 1º), os objetivos (art. 3º) e os princípios das relações internacionais (art. 4º) – todos dispositivos da Constituição Federal.

Assim, mesmo existindo dispositivo constitucional expresse, vedando que os animais sejam submetidos a tratamento cruel (art. 225, § 1º, VII), isso não seria suficiente para se permitir o uso da modalidade de controle concentrado mencionado linhas atrás.

2 Fundamentos

A proteção à fauna, vedando que os animais sejam submetidos à crueldade, encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico, lembrando que, em breves linhas, crueldade significa impingir, de qualquer modo, sofrimento atroz, severo e desnecessário.

Inicialmente, podemos citar que, desde 1978, portanto, muito antes da Constituição Federal de 1988, o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Universais dos Animais da UNESCO, celebrada na Bélgica, que estabelece, no artigo 3.1, que “nenhum animal será submetido nem a maus-tratos nem atos cruéis; 2. se for necessário matar um animal, este deve ser morto instantaneamente, sem dor e de modo a não provocar-lhe angústia”.

Embora não tenha sido ratificada pelo Poder Legislativo, a referida Declaração pode ser interpretada como uma Carta de Princípios, de natureza moral, fonte de inspiração para a aplicação da lei.

Por sua vez, a Constituição Federal Brasileira reafirmou a necessidade de dar proteção especial à fauna, sem distinção entre animais silvestres, exóticos ou domésticos, vedando qualquer ato que coloque em risco sua

função ecológica, provoque sua extinção ou submeta a tratamento cruel. Nessa linha, dispõe:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, estabelece:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Nesta oportunidade, cumpre-nos destacar que, ao entender o legislador constituinte originário pela necessidade de que se constasse no texto da Carta Magna a exigência de proteção a determinado bem jurídico, quis deixar bem evidente, espantando qualquer dúvida, a enorme importância que tal bem possui.

Desta feita, quando a Constituição impôs ao Poder Público, com o fim de assegurar a efetividade ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a obrigação de proteger a fauna, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade, expressamente estabeleceu diretrizes normativas para as instâncias legislativas ordinárias de todos os entes da Federação, além de fixar parâmetros de atuação às instituições, aos órgãos e demais poderes constituídos, no que se refere ao tratamento a ser dispensado aos animais.

Da mesma forma, quando o Direito Penal é eleito como instrumento de proteção, evidencia-se que o bem jurídico por ele tutelado possui significativo valor ao meio social.

Assim, a existência de lei tipificando e prevendo a imposição de sanção aos que pratiquem abusos, maus-tratos, firam ou mutilem animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, deve-se ao reconhecimento que as aludidas condutas afrontam diretamente os sentimentos de justiça, de compaixão, de piedade, que orientam o ser humano a repelir toda e qualquer forma de mal radical, evitável e sem justificativa razoável.

É possível extrair do texto constitucional, da declaração universal da UNESCO e da lei dos crimes ambientais que houve enorme preocupação em se impedir a prática de maus-tratos e de atos cruéis contra os animais, talvez, em um primeiro momento, por conta da repulsa e angústia que atos dessa natureza, por si sós, poderiam causar ao meio social.

No entanto, nos dias atuais, a proteção se deve também aos frequentes questionamentos sobre a manutenção da visão antropocêntrica dominante em relação ao meio ambiente, buscando-se cada vez mais uma postura ética, a exigir o respeito a todas as formas de vida, uma vez que todos os seres vivos têm valor, função e importância ecológica, sejam como espécies, seja como indivíduos.

Ademais, comprovou-se cientificamente que os animais possuem sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor e demonstram afeto, de modo a não poderem mais ser considerados como simples coisas.

A rejeição aos atos cruéis, portanto, não possui origem apenas na necessidade do equilíbrio ambiental, mas também na ideia de respeito a todos os seres vivos (postura ética) e na constatação de que os animais são dotados de uma estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor.

Devemos, pois, proteger e respeitar os animais em função de suas características naturais que os dotam de atributos muito semelhantes àqueles que estão presentes na espécie humana.

Nos ensinamentos de Laerte Fernando Levai (2003, p. 211):

[...] pela nova interpretação jurídica advinda da Carta Política de 1988, devidamente respaldada pela Lei 9.605/98, a fauna – seja ela silvestre, doméstica ou domesticada, nativa ou exótica – passou a ser tida como bem ambiental, agregando em si aspectos não apenas de cunho protecionista ou ecológico, mas de inegável alcance ético. Todos os animais em solo brasileiro,

em vista disso, passaram a ter proteção contra abusos e maus-tratos [...]

Já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça que os animais não podem mais ser considerados meros objetos e que o Poder Público não detém poder discricionário ilimitado para decidir sobre o destino final a ser dado aos animais recolhidos, sendo-lhe vedado escolher métodos cruéis para eliminá-los.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.115.916-MG. EMENTA: ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL – CENTRO DE CONTROLE DE ZOONOSE – SACRIFÍCIO DE CÃES E GATOS VÁRIOS APREENDIDOS PELOS AGENTES DE ADMINISTRAÇÃO – POSSIBILIDADE QUANDO INDISPENSÁVEL À PROTEÇÃO DA SAÚDE HUMANA – VEDADA A UTILIZAÇÃO DE MEIOS CRUÉIS. 1. O pedido deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento do pedido extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica em julgamento *extra petita*. 2. A decisão nos embargos infringentes não impôs um gravame maior ao recorrente, mas apenas esclareceu e exemplificou métodos pelos quais a obrigação poderia ser cumprida, motivo pelo qual, não houve violação do princípio da vedação da *reformatio in pejus*. 3. A meta principal e prioritária dos centros de controles de zoonose é erradicar as doenças que podem ser transmitidas de animais a seres humanos, tais quais a raiva e a leishmaniose. Por esse motivo, medidas de controle da reprodução dos animais, seja por meio da injeção de hormônios ou de esterilização, devem ser prioritárias, até porque, nos termos do 8º Informe Técnico da Organização Mundial de Saúde, são mais eficazes no domínio de zoonoses. 4. Em situações extremas, nas quais a medida se torne imprescindível para o resguardo da saúde humana, o extermínio dos animais deve ser permitido. No entanto, nesses casos, é defeso a utilização de métodos cruéis, sob pena de violação do art. 225 da CF, do art. 3º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, dos arts. 1º e 3º, I e VI do Decreto Federal nº 24.645 e do art. 32 da Lei nº 9.605/1998. 5. Não se pode aceitar que com base na discricionariedade o administrador realize práticas ilícitas. É possível até haver liberdade na escolha dos métodos a serem utilizados, caso existam meios que se equivalham dentre os menos cruéis, o que não há é a possibilidade do exercício do dever discricionário que implique em violação à finalidade legal.

6. *In casu*, a utilização de gás asfixiante no centro de controle de zoonose é medida de extrema crueldade, que implica em violação do sistema normativo de proteção dos animais, não podendo ser justificada como exercício do dever discricionário do administrador público. Recurso especial improvido.

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo que a proteção constitucional à fauna abrange os animais silvestres, domésticos e domesticados, já havia exarado entendimento segundo o qual atos normativos que institucionalizem a crueldade contra os animais violam frontalmente a Constituição Federal.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1.856 – RIO DE JANEIRO. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. REQUERENTE: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. INTDO.: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. INTDO.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98) – LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA – DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA – CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32) – MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE META-INDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII) – DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA – AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES – NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA – INCONSTITUCIONALIDADE. – A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação

cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. – A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. – Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitir todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (“gallus-gallus”). Magistério da doutrina. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, também por unanimidade, julgar procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.895, de 20 de março de 1998, do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Brasília, 26 de maio de 2011.

Colacionamos, a seguir, outro julgado da mesma Corte Constitucional, mais antigo, mas não menos importante, no qual a manifestação cultural conhecida como “farra do boi” foi considerada incompatível com Constituição Federal. Vejamos:

RE 153531/SC – SANTA CATARINA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. FRANCISCO REZEK. Relator p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 03/06/1997 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 13-03-1998 PP-00013. EMENT VOL-01902-02 PP-00388. Parte(s) RECTE.: APANDE – ASSOCIAÇÃO AMIGOS DE PETROPOLIS PATRIMÔNIO PROTEÇÃO AOS ANIMAIS E DEFESA DA ECOLOGIA E OUTROS. RECD.: ESTADO DE SANTA CATARINA. Ementa: COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS -CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225

da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”. Decisão. Após o voto do Senhor Ministro Francisco Rezek (Relator) conhecendo do recurso e lhe dando provimento para julgar procedente a ação, nos termos do pedido inicial, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Falou pela recorrida o Dr. José Thomaz Nabuco de Araújo Filho e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Mardem Costa Pinto. 2ª Turma, 03.12.96. Decisão: Por maioria, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Relatará o acórdão o Senhor Ministro Marco Aurélio (art. 38, iv, b, do RISTF). Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. 2ª Turma, 03.06.97.

Dessa maneira, diante da existência de expressa vedação constitucional da submissão de animais a crueldade e tendo em vista que o uso deles, a favor da ciência, do lazer e de manifestações culturais e o método a ser escolhido pelo Poder Público para realizar o controle populacional dessas espécies, com o fim de garantir saúde aos cidadãos, podem impor aos referidos seres justamente os tratamentos cruéis vedados, o Judiciário deverá ser chamado a dirimir os conflitos estabelecidos.

Ora, nesses conflitos, de um lado estará a vedação constitucional à crueldade, que nada mais é que o instrumento de concretização da garantia, idealizada pelo legislador constituinte, de promoção do bem-estar psíquico geral da população, que não aceita o mal ou sofrimento desnecessário imposto aos animais, os quais não mais podem ser vistos como meras coisas, conforme entendimento exarado no recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.115.916-MG), reconhecendo que se trata de seres que, a exemplo do homem, também sentem dor e demonstram afeto. Do lado oposto, haverá outros direitos assegurados pela Constituição Federal (por exemplo, direito ao lazer, direito à manifestação cultural, direito à saúde e direito à livre iniciativa de atividades econômicas).

Então, para a resolução do impasse relativo à existência de direitos de origem constitucional aparentemente em desarmonia, faz-se necessário lançar mão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais, inclusive, já foram reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal como limitadores do poder normativo estatal, como podemos observar no excerto

colacionado a seguir, do julgado do ED no RE nº 635.023, destacado no AGR/MI nº 6113, de 22.05.2014:

Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LIV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade. Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica – enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 46, item n. 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) – como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.

Verificamos, portanto, que, caso o legislador municipal legitime a prática de atos cruéis aos animais, a pretexto de garantir o controle de doenças ou o exercício dos direitos de lazer, de manifestação cultural e religiosa e da livre iniciativa, tornar-se-á imperativo que o respectivo ato normativo se mostre efetivamente indispensável, que se apresente apropriado aos fins a que se destina e que os sacrifícios ou encargos dele decorrentes sejam aceitáveis do ponto de vista dos benefícios que produzirão.

Em outras palavras, devemos analisar se o mal causado aos animais é absolutamente necessário à finalidade a ser atingida e se o bem-estar ao homem ou as vantagens obtidas justificam todo o sofrimento que lhes foi impingido.

E assim é, porque o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade.

Além disso, deve-se tentar compatibilizar o uso dos animais em favor ou benefício do homem com uma visão ética, opondo-se à exploração

econômica e à ambição sem medidas, para a satisfação de necessidades artificiais e instintos inferiores.

Em que pese eventual polêmica e divergências acerca do *status* dos animais no ordenamento jurídico pátrio, certo é que eles não podem mais ser tratados como meros objetos, e, por conta disso, não podemos conceber que o legislador, representante do povo, aprove ato normativo que possa impor-lhes injustificado e desnecessário tratamento cruel.

Nessa linha, recentemente, alguns países têm reconhecido os animais como seres sencientes, ou seja, capazes de sentir, como é o caso do Parlamento Francês, que alterou o antigo art. 528 do Código Civil de 1804 para, então, no art. 515, fazer o aludido reconhecimento. A mesma tendência está sendo seguida pela Nova Zelândia e pelo Québec, no Canadá⁵.

E essa parece ser também a tendência a ser seguida no Brasil. Em decisão inédita, proferida em 18 de junho de 2015, a Juíza Patrícia Álvarez Cruz, nos autos do Processo nº 0017247-24/2012.8.26.0050, reconheceu a senciência dos animais e condenou Dalva Lina da Silva à pena de doze anos, seis meses e quatorze dias de detenção, e ao pagamento de quatrocentos e quarenta e quatro dias-multa, cada um destes fixado em 1/10 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, como incurso, por trinta e sete vezes, nas penas cominadas no art. 32, § 2º, da Lei nº 9.605/1998, na forma do art. 69 do Código Penal, pela morte de trinta e sete animais domésticos (cães e gatos).

3 Da inconstitucionalidade de leis municipais em relação à Constituição Estadual

Consoante o art. 125, § 2º, da Constituição Federal, cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir para um único órgão. Assim, todas as Constituições Estaduais devem, necessariamente, prever uma forma de controle concentrado das leis municipais e estaduais em relação às respectivas Constituições Estaduais.

No Estado de São Paulo, a Constituição Bandeirante preceitua, no art. 90, quais são os legitimados para a propositura da mencionada ação direta de inconstitucionalidade.

Por sua vez, o art. 74, inciso VI, dispõe que compete ao Tribunal de Justiça julgar e processar originariamente a representação de inconstitucio-

⁵ Disponível em: <www.anda.jor.br>; <www.olharanimail.com.br>. Acessos em: 28 dez. 2016.

validade de lei ou ato normativo municipal ou estadual contestado em face da Constituição Estadual.

Dessa maneira, se as Constituições dos Estados-membros repetirem a preocupação do legislador constituinte da Carta Magna, trazendo as mesmas regras de proteção animal, vedando a prática de maus-tratos e de tratamento cruel, mesmo quando imposta a pretexto de controlar doenças, de permitir a exploração de atividade econômica envolvendo animais ou o exercício de direitos, as leis municipais que contrariarem as regras protecionistas e violarem os princípios da razoabilidade e proporcionalidade poderão incidir em inconstitucionalidade.

No caso do Estado de São Paulo, o art. 193, inciso X, da Constituição Bandeirante reafirma a necessidade de proteção ambiental, em especial da fauna, ressaltando expressamente que se incluem nessa tutela os animais domésticos e que são vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica e que provoquem extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Assim, dispositivos e leis municipais que prevejam o extermínio e formas injustificadas de maus-tratos como método de controle de doenças, ou que legitimem de qualquer maneira a crueldade, podem ser declaradas inconstitucionais em relação à Constituição dos Estados-membros, bastando que estas repitam os mesmos preceitos protecionistas da Constituição Federal.

É o caso, por exemplo, dos arts. 11, 12, inciso V, 15 e 18, parágrafo único, da Lei nº 4.553, de 2 de dezembro de 1997, que dispõe “sobre o controle de populações animais, bem como prevenção e controle de zoonoses no Município de São Bernardo do Campo”.

A Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo ingressou, em 8 de maio de 2015, com Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça (Processo nº 20889919320158260000), com o fim de declarar que os referidos dispositivos afrontavam a Constituição Estadual, uma vez que a instituição de eutanásia como método *prima facie* a ser empregada pelo ente municipal no controle de zoonoses, bem como a destinação de animais não desejáveis a abrigo, revelam-se medidas desproporcionais e atentatórias ao mandamento constitucional voltado à proteção da fauna brasileira (art. 193, X, da Constituição Estadual de São Paulo).

A referida ação foi julgada extinta sem julgamento de mérito, tendo em vista que a lei em questão foi revogada pelo então Prefeito do Município. No entanto, a situação revela que o controle de constitucionalidade das leis municipais em relação às Constituições dos Estados-membros é possível e se faz necessária quando envolvem o tratamento dispensado aos animais.

Além do controle de constitucionalidade concentrado, há também o controle difuso feito por qualquer Magistrado, que examina incidentalmente a constitucionalidade da lei para poder decidir o caso concreto que lhe foi trazido em sede de ação individual, coletiva ou ação civil pública, podendo assim fazê-lo tendo como parâmetro a Constituição Estadual.

4 Da inconstitucionalidade de leis municipais em relação à Constituição Federal

Conforme já se adiantou, em matéria de defesa animal, não há precedentes no manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental, único instrumento que, em tese, poderia ser usado, já que há restrição quando o objeto de impugnação é ato normativo editado pelo Município. Isso, ao que parece, decorre de a posição doutrinária dominante restringir o conceito de preceitos fundamentais como aqueles extraídos das normas substancialmente constitucionais, que seriam as que dão os contornos básicos ao regime jurídico-constitucional, entendendo, portanto, não ser suficiente que a norma conste na Constituição.

Assim, a existência de dispositivo constitucional expresso, vedando que os animais sejam submetidos a tratamento cruel (art. 225, § 1º, VII), não é suficiente para permitir-se o uso da modalidade de controle concentrado consistente na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Em que pese essa impossibilidade, leis municipais podem facilmente ser questionadas por meio do controle difuso ou incidental, tendo como paradigma a Constituição Federal. Para tanto, deve-se analisar se os atos normativos municipais preveem a imposição de tratamentos cruéis ou abusivos aos animais ou, a pretexto de disciplinar determinada manifestação cultural ou atividade de entretenimento que envolva animais, acabe por legitimar, de maneira injustificada e desproporcional, a prática de maus-tratos.

Quando se vale do controle incidental ou difuso, exige-se a existência de um caso concreto, no qual, por conta da aplicação de lei municipal que preveja a imposição de tratamento cruel, efetivamente os animais estejam sofrendo as consequências da observância ou do cumprimento da referida lei, já que não há como questionar a lei em tese, mas apenas os atos praticados em decorrência de sua aplicação, de modo que um dos pedidos da respectiva ação será o de cessar com a prática abusiva, postulando-se, incidentalmente, o reconhecimento da inconstitucionalidade da respectiva lei municipal.

Novamente cabe trazer à colação a situação, infelizmente muito comum, de existirem muitos Municípios brasileiros que disciplinam o

controle populacional de animais errantes baseado na ultrapassada política de recolhimento e extermínio, método esse já reconhecido como ineficaz e indigno. Ora, se o Poder Público Municipal agir conforme estabelece a lei municipal, os recolhimentos e a matança de animais poderão ser questionados mediante ação coletiva ou ação civil pública, tendo como pedido a cessação dos abusos, postulando-se, incidentalmente, a declaração de inconstitucionalidade da lei municipal que daria respaldo aos atos praticados pelo Poder Público.

Podemos citar outra situação, qual seja, aquela que se dá quando a lei institucionaliza ou legitima a prática de maus-tratos, como seria o caso de uma lei, por exemplo, disciplinar a briga de galo, permitindo e autorizando sua ocorrência. Então, caso haja, em determinado Município, exposições de feiras em que ocorram brigas de galo, autorizadas por lei municipal, a coibição da prática do referido abuso poderá ser feita por meio de ação coletiva ou ação civil pública, requerendo-se, incidentalmente, o reconhecimento da inconstitucionalidade da respectiva lei municipal.

Neste ponto, cabe-nos discorrer acerca da forma como a Constituição Federal disciplina a competência para legislar sobre a proteção da fauna, que poderá trazer reflexos para o exame da constitucionalidade dos atos normativos municipais.

A Constituição Federal estabelece que à União, aos Estados e ao Distrito Federal competem legislar concorrentemente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI). E, nos §§ 1º e 2º do citado artigo, dispõe que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, que não excluem a competência suplementar dos Estados. Por sua vez, no § 3º, estabelece que, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades, suprimindo a lacuna legislativa.

Ante o citado permissivo constitucional, ausente lei federal, trazendo normas gerais, a lei estadual editada, que cuide da proteção da fauna, passa a ser o paradigma para as leis municipais existentes.

Como se sabe, em tema de competência, na legislação concorrente ocorre a prevalência da União no que concerne à regulação de aspectos gerais do tema, os quais não podem ser contrariados por normas estaduais ou municipais. Os demais entes federativos apenas podem legislar de maneira suplementar em relação àquela. Em outras palavras, uma norma suple-

mentar visa aperfeiçoar, incrementar lei federal caso seja esta imperfeita ou apresente lacunas, sem, contudo, descumprir seus preceitos ou desviar do seu conteúdo, ou até lhe ser contrária. Entretanto, embora as normas estaduais e municipais (locais) não possam contrariar as normas gerais federais, importa deixar claro que essa vedação se impõe, apenas e tão somente, nos casos em que as regras editadas pelos Estados e pelos Municípios sejam menos restritivas que aquelas criadas pela União, impedindo assim que ocorra a inaplicabilidade das regras de defesa estabelecidas.

E, no caso de ausência de lei federal – e, portanto, de normas gerais –, ante a competência plena permitida pelo legislador constituinte, será a lei estadual aquela a disciplinar o assunto, estabelecendo os preceitos gerais regionais, vale dizer, as regras de observância obrigatória em todo o território do Estado-membro, que, por óbvio, não poderão ser contrariadas pelas leis municipais, exceto se estas forem mais restritivas, vale dizer, impuseram maior proteção à fauna e à flora que a lei estadual.

Desse modo, existindo lei estadual que discipline de forma plena, por ausência de lei federal, determinado assunto que envolva a proteção à fauna silvestre, doméstica ou domesticada, não poderá ser contrariada por lei municipal, sob pena de incorrer esta última em patente inconstitucionalidade, por invadir o âmbito de competência legislativa do Estado-membro.

Exemplifiquemos, no Estado de São Paulo, com a edição da Lei nº 12.916, de 16 de abril de 2008, conhecida como Lei Feliciano Filho, a qual proíbe que os animais permaneçam por tempo indeterminado nos Centros de Controles de Zoonoses (CCZs) ou canis municipais. Ao reconhecer, no art. 4º, §§ 1º e 2º, a figura do cão comunitário, a referida lei estadual prevê a devolução desse animal à comunidade de origem. Além disso, contempla, no art. 4º, *caput*, que o Poder Público realize procedimento para averiguar o proprietário e, não sendo este identificado e não sendo caso de eutanásia, nos termos do art. 2º, § 2º, prevê a hipótese de o animal ser disponibilizado para resgate por entidade de proteção animal ou, nos termos do art. 5º, após 72 horas, serão esterilizados e disponíveis para a adoção, acaso não seja hipótese de eutanásia. Também veda a eliminação da vida de cães e gatos pelos órgãos de controle de zoonoses, canis públicos e estabelecimentos oficiais congêneres, exceção feita à eutanásia, permitida nos casos de males, doenças graves ou enfermidades infectocontagiosas incuráveis que coloquem em risco a saúde de pessoas ou de outros animais.

Como se vê, ausente lei federal que trate sobre o mesmo assunto e fixe normas gerais, a Lei Bandeirante nº 12.916/2008, editada com fundamento

na prerrogativa constitucional prevista no art. 24, § 3º, trouxe regramentos que cuidam da forma de controle das populações de animais domésticos, estabelecendo o destino a lhes serem dado para fins de controle de zoonoses e qual tratamento a lhes serem dispensado nos procedimentos voltados para os fins apontados.

Essas regras são de observância obrigatória em todo o território do Estado de São Paulo, não sendo possível, por óbvio, que os Municípios estabeleçam normas diversas daquelas, a pretexto de legislar sobre assuntos de interesse local. Ora, se cada Município pudesse legislar sobre esse tema de maneira diferente ao estabelecido na Lei Feliciano Filho, esta não teria nenhuma aplicação ou utilidade prática, na medida em que, como o Estado-membro é composto por Municípios, não haveria espaço, portanto, para a legislação estadual ser concretizada.

Assim, não pode o legislador municipal prever dispositivos que violem as regras gerais estaduais protetivas, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

Conclusão

Diante do exposto, da vedação constitucional da prática de atos cruéis contra todos os animais, extrai-se a obrigação de uma postura ética dos cidadãos e do Poder Público em relação às demais espécies vivas, ganhando maior relevo quando se passa a reconhecer que os animais possuem sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, possuem capacidade de demonstrar afeto, de modo a não poderem mais ser vistos como meras coisas.

Desta feita, a repulsa aos atos cruéis contra os animais não possui origem apenas na necessidade do equilíbrio ambiental, mas também na ideia de que se deve respeitar a todos os seres vivos e no reconhecimento de que os animais são dotados de uma estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor.

A existência de regra constitucional proibindo que os animais sejam submetidos a práticas cruéis exigirá a intervenção do Judiciário, uma vez que o método a ser escolhido pelo Poder Público no controle populacional desses animais, a pretexto de prevenir doenças, e o uso de referidos seres a favor da ciência, do lazer, de manifestações culturais e religiosas, devidamente legitimados em atos normativos, poderão impor-lhes tratamentos abusivos e cruéis, o que será fonte geradora de conflitos.

Nesses conflitos, teremos, de um lado, a referida vedação constitucional à crueldade, consistente no instrumento de concretização da

garantia da promoção do bem-estar psíquico geral da população, que não se coaduna com o mal ou sofrimento desnecessário imposto aos animais, e, de outro, haverá direitos de matriz constitucional.

O caminho para se resolver o impasse relativo à colidência de direitos de origem constitucional é fazer uso dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que servem para examinar se, no caso concreto, houve abuso do poder normativo estatal. Dessa maneira, torna-se imperativo ao respectivo ato normativo municipal, que preveja a prática de atos cruéis aos animais, a pretexto de garantir o controle de doenças ou o exercício de direitos assegurados na Constituição, mostrar-se efetivamente indispensável e apropriado aos fins a que se destina e que os sacrifícios ou encargos dele decorrentes sejam aceitáveis do ponto de vista dos benefícios que produzirá.

Deve-se, portanto, examinar com extrema cautela se o mal imposto aos animais é absolutamente necessário à finalidade a ser atingida e se o bem-estar ao homem ou as vantagens obtidas justificam, de fato, todo o sofrimento que lhes é impingido, sob pena de o ato normativo que legitimou o tratamento cruel ser considerado inconstitucional.

Ainda, como vimos, no que se refere ao paradigma de análise da constitucionalidade das leis municipais, este pode dar-se em relação à Constituição Federal ou às Constituições dos Estados-membros, bastando, para tanto, que estas últimas repitam os mesmos preceitos protecionistas da Carta Federal. No entanto, por se tratar de análise de lei municipal, há restrição no tocante ao uso do controle concentrado que tenha como parâmetro a Constituição Federal, uma vez que esta não previu o uso da ação direta para o questionamento de atos normativos editados pelo Município.

Além disso, tampouco é possível o manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental, por esta se restringir apenas e exclusivamente à violação do núcleo material na Constituição, sem o qual não se pode falar em Estado. Assim, mesmo existindo dispositivo constitucional expresso, vedando que os animais sejam submetidos a tratamento cruel (art. 225, § 1º, VII), isso não seria suficiente para permitir-se o uso da modalidade de controle concentrado mencionado.

Em que pese a aludida impossibilidade, leis municipais podem facilmente ser questionadas por meio do controle difuso ou incidental, à disposição de todo Magistrado para analisar incidentalmente a constitucionalidade da lei e, assim, poder decidir o caso concreto que lhe foi trazido em sede de ação individual, coletiva ou ação civil pública.

Em suma, leis que legitimem a crueldade contra os animais devem ser combatidas para garantia do próprio ecossistema, por razões éticas e como forma de consolidar nossa civilidade, pois, como nos ensina o geógrafo, filósofo e naturalista alemão Alexander von Humboldt⁶, a civilização de um povo se avalia pela forma como seus animais são tratados.

BALIZARDO, E.; FERREIRA, L. F. G. Cruelty to animals – unconstitutional municipal laws. *Justitia*, São Paulo, v. 207, p. 217-240, Jan./Jun. 2016.

- **ABSTRACT:** Despite the constitutional prohibition (Article 225, VII, of § 1) regarding cruelty to all animals – wild, domestic, domesticated, native and exotic –, it is not uncommon for municipal laws to legitimize cruel treatments against the animals under the pretext of disciplining the exercise of rights guaranteed also by the Major Law, related to free initiative, leisure, cultural or religious manifestation, as well as on the basis of bringing possible benefits to human health, avoiding the proliferation of diseases and enabling scientific improvement. Faced with the apparent conflict between the rights mentioned, it is necessary to question whether the benefits supposedly brought by the municipal laws correspond to reality and if they justify the evil and suffering caused to the animals. Thus, it should be examined whether the action of the Municipal Legislative Power was immoderate, by formulating legal rules, which their content reveal a deliberation completely divorced from the standards of reasonableness, due to the unjustified disproportion between the advantage gained and all the suffering caused. This article aims to discuss the form and the grounds for submitting to the Judiciary the examination of municipal laws that provide for the practice of cruelty against animals, with a view to protect the fauna contained in our legal system and jurisprudential understandings on the subject, pointing out the appropriate instruments to question these normative acts in relation to the Federal Constitution and the Constitutions of the States.
- **KEY WORDS:** Cruelty. Animals. Municipal laws. Unconstitutional municipal laws.

⁶ Disponível em: <<http://veguaoficial.worldpress.com/2017/09/12/40-frases-inspiradoras-sobre-defesa-dos-animais>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

Referências

HOUISS, Antônio; SALES VILAR, Mauro. *Dicionário Houaiss da Literatura Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LEVAL, Laerte Fernando. Abusos e crueldade para com os animais. Exibições circenses. Bichos cativos. *Revista de Direito Ambiental*, ano 8, n. 31, jul.-set. 2003.

MILARÉ, Édís. *Direito do meio ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PACHECO FIORILLO, Celso Antônio. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROCHA SANTANA, Luciano; RODRIGUES MARQUES, Marcone. Maus-tratos e crueldade contra os animais nos Centros de Zoonoses: aspectos jurídicos e legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública. *Revista Dez Anos da Eco 92 – O Direito e o Desenvolvimento Sustentável* (organizada por Antônio Herman Benjamin). São Paulo: IMESP, 2002.

SILVA, Marcos Luiz da. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o conceito de preceito fundamental*. [S.d.]. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/703657>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

Poderes do Juiz na Ação Civil Pública Ambiental

Luís Alberto Thompson Flores LENZ*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Conceito de meio ambiente. 2 Enfoque da tutela do meio ambiente na Constituição. 3 Recepção da legislação anterior com novo fundamento. 4 Poderes atribuídos ao juiz na órbita ambiental. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo contribuir na delimitação e ampliação dos poderes conferidos aos juízes em ações de proteção ambiental, ante os ditames da Constituição Federal brasileira de 1988 e o advento da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), notadamente pelo fato de este diploma normativo, de especial relevância para o nosso ordenamento jurídico, completar, em 2015, 30 anos de vigência. A produção intelectual versa sobre o âmbito das atribuições do Magistrado na seara ambiental, ao ponto de se conferir ao julgador a condição de protagonista tanto no que diz respeito à interpretação do pedido quanto no que se refere aos meios que serão empregados no seu resguardo.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Juiz. Prerrogativas processuais. Ação ambiental.

Introdução

O presente estudo tem por objetivo delimitar os poderes conferidos ao Magistrado no processo ambiental, notadamente aquele disciplinado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), diploma normativo que comemora, no exercício de 2015, 30 anos de vigência.

Durante essas três décadas floresceram no Brasil doutrina e jurisprudência respeitáveis a tutelar os chamados direitos difusos, e, dentre eles, os direitos de terceira geração, como a proteção ao ambiente, os quais alcançaram novo patamar com a Constituição Federal de 1988, que expressamente disciplinou essa matéria no art. 225.

* Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Político pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

1 Conceito de meio ambiente

No entendimento de José Afonso da Silva (1994, p. 2), o meio ambiente é conceituado como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

Nesse mesmo sentido, e de forma mais sucinta, bem assinala Pietro Virga (1996, p. 359) que, por meio ambiente “si intende l’insieme delle condizioni che possono assicurare una vita salubre”.

A questão que se põe, hoje, diz respeito à necessidade de se promover a integração dos hipossuficientes à sociedade, bem como de se manter o crescimento econômico da coletividade, resguardando o meio ambiente para a sobrevivência do planeta e o benefício das futuras gerações.

Essa preocupação foi magistralmente apreendida pelo jurista italiano Salvatori Patti (1979, p. 4/111-112), para quem

[...] anche nella materia dell’ambiente il diritto si trova di fronte ad interessi contrapposti – generalmente l’interesse individuale allo svolgimento di una determinata attività e l’interesse della collettività a restare indenne dalle conseguenze nocive di quella attività – e deve determinare le linee di risoluzione del conflitto assegnando un ordine di rilevanza ai diversi interessi.

2 Enfoque da tutela do meio ambiente na Constituição

Como regra, os diversos países do mundo tratam os instrumentos de tutela da natureza (ações públicas e populares), e as minúcias do Direito Ambiental como um todo, na legislação infraconstitucional.

A exceção, como bem assinala Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2012, p. 182), são Portugal e Argentina.

Na Itália, a antiga Constituição de 1948 não enfrentou diretamente essa matéria, ao ponto de os tribunais terem sido obrigados a realizar uma construção, verdadeiro artifício, para inserir no texto constitucional o resguardo a tal direito fundamental.

Os juristas peninsulares Vezio Crisafulli e Livio Paladin (2008, p. 77) retratam essa situação, em obra coletiva, ao comentarem o art. 9º da Carta Magna Italiana, na seguinte passagem:

[...] Nel corso degli anni la sensibilità maturata per le tematiche ambientali ha infatti spinto la dottrina e la giurisprudenza a ricercare nel testo costituzionale un appiglio formale su cui

fondare la rilevanza giuridica dell'ambiente. L'interpretazione evolutiva dell'espressione "Tutela il paesaggio" di cui al comma 2 dell'art. in esame, letta in combinazione sistematica con il successivo art. 32 (che qualifica la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della coletività), ha consentito di dilatarne il significato fino a ricomprendervi, attraverso una sinne-dodche (Mengoni, Ermeneutica e Dogmatica Giuridica. Saggi, 1996, 121, nt. 17), anche la tutela dell'ambiente.

Já a Constituição Portuguesa é precursora no resguardo da ecologia, vinculando ambiente a qualidade de vida e dotando os legitimados dos instrumentos necessários à sua tutela.

Nesse sentido, basta ter presente o disposto no artigo 66 do referido diploma, *in verbis*:

Art. 66 (Ambiente e qualidade de vida)

1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.

2. Incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo e apoio a iniciativas populares:

a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;

b) Ordenar o espaço territorial de forma a construir paisagens biologicamente equilibradas;

c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;

d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica.

3. É conferido a todos o direito de promover, nos termos da lei, a prevenção ou a cessação dos fatores de degradação do ambiente, bem como, em caso de lesão direta, o direito à correspondente indemnização.

4. O Estado deve promover a melhoria progressiva e acelerada da qualidade de vida de todos os portugueses.

Semelhante ordenamento, na parte que nos interessa, recebeu o significativo comentário de Canotilho e Vital Moreira (1984, p. 349/350), nos seguintes termos:

V. O direito de impedir, preventiva ou sucessivamente, a degradação do ambiente é reconhecido a todos, em conformidade com a natureza coletiva do bem constitucionalmente protegido. Cumprindo à lei definir os termos do seu exercício, ele não pode deixar de abranger três áreas distintas: (a) ações de manifestação e representação individuais ou coletivas, ao abrigo dos direitos gerais de manifestação e petição ou, até, do direito à greve; (b) utilização dos meios graciosos administrativos (reclamações e recursos); (c) recurso aos meios judiciais (designadamente a impugnação contenciosa dos atos administrativos). Verificados os respectivos pressupostos, não está excluído também o direito de resistência (art. 21º).

Trata-se, claramente, do reconhecimento constitucional direto de formas de ação popular (art. 52º-2) e de formas de procedimentos administrativos coletivos ou populares, os quais pressupõem a existência de interesses coletivos (ou de interesses difusos, ou interesses públicos latentes), implicam relações multipolares ou poligonais entre a administração e os cidadãos e exigem um conceito ampliado de interesse e de legitimação para recorrer aos tribunais (cfr. notas ao art. 268º).

De modo inovador, mas em consonância com as aspirações da segunda metade do século XX, o constituinte brasileiro que erigiu a Carta de 1988 disciplinou, de forma alentada, a proteção ao meio ambiente no art. 225 desse diploma, o qual contou com a seguinte redação:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à Coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

- I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de

lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º 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 reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica Brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Planalto 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.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o quê não poderão ser instaladas.

Quem apreendeu, com rara felicidade, a real dimensão do dispositivo em questão foi o Supremo Tribunal Federal (STF), conforme demonstrado em inúmeras oportunidades, como no julgamento do MS 22.164 e do RE

134.269, da relatoria do Ministro Celso de Mello, dotados da seguinte fundamentação:

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (MS 22.164, Rel. Mil. Celso de Mello, julgamento em 30-10-95, DJ de 17-11-95). No mesmo sentido: RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-06-95, DJ de 22-9-95. (BRASIL, 2009, p. 1216)

Tanto é assim que hoje, e como magistralmente assevera Alberto Trabucchi (1994, p. 381) ao se referir ao direito de propriedade, todos os bens públicos e privados, bem como o comportamento em geral, estão condicionados pela preocupação ambiental.

Nesse sentido, apenas para ilustrar, basta transcrever a seguinte passagem:

(3) Una moderna concezione del diritto di proprietà ci consente di riconoscere rispetto alla stessa cosa l'esistenza anche di più beni giuridici. Esistono, infatti, beni considerati essenziali alla comunità che assumono bensì una dimensione particolare, ma non in contrasto con l'appartenenza a privati; basti pensare alla tutela (pubblica) dei c.d. beni ambientali, la cui accezione si sovrappone alla proprietà privata, per ragioni di arte, storia o ecologia. [...] Oggi, sopra tutto, per ragioni di ECOLOGIA; l'uomo, ogni uomo, pretende il diritto a godere i grandi beni della natura, con pre-

valenza sull'appropriazione (con effetti privativi) che ne fanno i singoli per utile personale. (TRABUCCHI, 1994, p. 381)

Importa advertir, entretanto, para efeitos deste trabalho, que a relevância do tema aqui abordado vem realçada de cima para baixo, não se podendo aplicar os preceitos da Lei da Ação Civil Pública, erigida em 1985, sem termos em mente o que dispõe a Constituição Federal de 1988.

3 Recepção da legislação anterior com novo fundamento

Como é por todos sabido, o advento de uma nova ordem constitucional não importa, *ipso facto*, na derrogação da legislação anterior, que a precede.

Todas as normas que não são incompatíveis com a inovação constitucional permanecem válidas, mas agora com novo fundamento.

Nesse sentido, e por todos, basta ter presente a lição do publicista tedesco Carl Schmitt (1996, p. 110), que, ao abordar o princípio da continuidade do Estado em caso de abolição de uma Constituição, assinalou:

2. El que en este caso no queda suprimida, desde el punto de vista del Derecho internacional, esto es, en relación con otros Estados, la continuidad de la unidad política, es un hecho generalmente reconocido.

Desde el punto de vista de Derecho estatal se deduce de esta continuidad que las anteriores leyes y ordenanzas siguen en vigor sin más, es decir sin un especial acto de recepción, en tanto no contradigan a la nueva regulación. Incluso determinaciones contenidas en Constituciones anteriores pueden seguir en vigor, si bien como simples leyes.

Semelhante entendimento é aplicável, e pela mesma razão, à Lei nº 7.347/1985, cuja vigência, agora, vem complementada por preceitos da Constituição Federal de 1988 e da legislação ordinária superveniente, como o Código do Consumidor.

4 Poderes atribuídos ao Juiz na órbita ambiental

A posição do Magistrado ante os processos que resguardam interesses difusos e coletivos exige um protagonismo inaceitável para os padrões do processo civil do século XIX e primeira metade do século XX.

Naquela época, havia verdadeira passividade do Juiz, que se limitava a receber a ação ajuizada pelas partes, não podendo sequer impor andamento mais acelerado ao processo ou interferir na produção da prova.

Vigia, então, de forma extremada, o princípio da disponibilidade da demanda pelos interessados.

Como é mais do que evidente, esse raciocínio não se aplica à ação civil pública e ao processo dela decorrente, na medida em que, em se tratando de resguardar direitos de terceira geração, a atuação do autor (em regra o Ministério Público) é cogente e obrigatória, em decorrência de um “poder-dever” atribuído ao *Parquet*, fato bem apreendido por Enrico Redenti (1939, p. 52).

Logo, toda a postura dos participantes do processo é diversa, cabendo o máximo empenho destes, notadamente do Juiz, para o bom equacionamento da controvérsia deduzida em juízo.

Tal posicionamento, e com muito mais razão, deve ser adotado na seara ambiental, onde o bem jurídico tutelado é extremamente sensível, ao ponto de o jurista italiano Beniamino Caravita (1990, p. 349) ter assinalado que “una delle caratteristiche della tematica ambientale concerne la ricorrente necessità di utilizzare strumenti che permettano rapidamente di porre rimedio a situazioni di emergenza o di pericolo”.

Nesse sentido, é escorreita a advertência de Salvatore Patti (1979, p. 111/112) ao abordar o papel do Juiz nas demandas que tutelam o meio ambiente, asseverando, *in verbis*:

Como è stato avvertito anche nella nostra dottrina, il giudice in molte cause di tipo collettivo svolge un ruolo che tradizionalmente gli è negato, imponendosi valutazioni di ordine generale o strettamente politiche, specialmente quando il conflitto riguarda contrastanti interessi di tipo collettivo, come ad esempio nei casi in cui l'interessi all'ambiente si è trovato contrapposto a quello dei lavoratori danneggiati della disoccupazione conseguente all'eventuale chiusura delle industrie inquinanti.

Mais expressivo ainda é o posicionamento de Angelo Ferrati (1986, p. 163) ao tratar dessa questão, em estudo específico intitulado *Il Giudice Dell'Illecito Ambientale*, oportunidade em que assim a sintetizou:

3 – Sorge così il problema del giudice che è l'unico e vero garante della attuazione, in concreto della legge, ma opera e deve operare solo entro i limiti istituzionali della funzione a lui demandata.

Non si può non ricordare a questo proposito che la magistratura, nelle sue varie espressioni, ha dovuto spesso svolgere un ruolo di supplenza a causa della impreparazione tecnica e or-

ganizzativa della Pubblica Amministrazione, della sua inerzia e, talvolta, dalla sua connivenza con speculatori privati, fenomeni tutti che possono considerarsi frutto di una persistente sottovalutazione economica e politica dei valori culturali e ambientali. È una situazione a cui si deve porre riparo con il ripristino del clima di legalità, vale a dire del rispetto della legge a cui sono soggetti non soltanto i cittadini come persone fisiche ma anche la pubblica amministrazione e gli enti pubblici nell'esercizio delle funzioni loro istituzionalmente attribuite.

Para encerrar essa abordagem dos poderes do Magistrado no processo ambiental, não podemos nos furtar de invocar a lição de Jean Lamarque (1973, p. 682 e ss.).

Embora as palavras de Lamarque (1973) tenham sido dirigidas ao Juiz administrativo, elas são plenamente aplicáveis ao nosso Poder Judiciário, uma vez que, como é por todos sabido, na França incide de forma absoluta o princípio da separação dos poderes, sendo os conflitos com a Administração Pública solucionados perante o Executivo, no contencioso administrativo.

Lá, como regra, o Poder Judiciário, além do aspecto criminal, apenas aprecia matéria privada, salvante excepcionalíssimas situações.

Em sendo assim, na visão do referido autor, em se tratando de atividades danosas, perigosas ou insalubres, ao Magistrado são conferidos amplos poderes, não apenas para verificar o ato no aspecto da sua legalidade externa, ou regularidade formal, mas também para apreciar o seu mérito, conforme demonstra a seguinte passagem:

3 – Le juge administratif est investi de pouvoirs qui se rapprochent de ceux d'un administrateur.

Son contrôle excède même celui de l'opportunité car il peut non seulement annuler mais encore réformer la décision attaquée, soit en modifiant les dispositions prises par l'administration, soit en fixant des conditions ou des obligations nouvelles; il peut ainsi se substituer à l'administration en accordant l'autorisation d'ouverture et même statuer ultra petita. A fortiori peut-il substituer au motif inexact sur lequel reposait la décision du préfet, un motif nouveau donnant à cette décision un fondement légal ou ordonner telles mesures d'instruction qu'il estime propres à l'éclairer et notamment, demander un nouvel examen de l'affaire par un organisme consultif qui avait déjà émis l'avis réglementaire. (LAMARQUE, 1973, p. 685/686)

Conclusão

Ao fazermos um balanço sobre tudo que foi abordado neste trabalho, iniciamos sintetizando, na esteira do maior processualista português, José Alberto dos Reis (1946, p. 7/8), que, em decorrência dos poderes de instrução, disciplina e impulsão do processo, hoje é atribuído ao julgador uma posição ativa, ou seja, de protagonismo.

Como magistralmente assinalado por esse mestre:

[...] as partes têm a liberdade de tomar ou não a barca da justiça: ninguém as obriga a embarcar; mas se embarcam, não podem fazer a bordo o que lhes apetece, ficam necessariamente submetidas à direção do capitão do navio, à disciplina e ao comando que ele haja de impor, a bem do interesse comum dos passageiros, da tripulação e da carga. (REIS, 1946, p. 8)

Resta verificar, a essa altura, em que consiste tal “protagonismo” no processo da ação civil pública ambiental.

Inferimos que o referido “protagonismo” vai muito além de admitir ou exigir provas e disciplinar o comportamento dos litigantes, mas impõe, acima de tudo, a obrigação de esmiuçar o processo, chegando, inclusive, ao máximo do que foi postulado pelos interessados.

A sua obrigação principal, desde que provocado com o ajuizamento da ação, é equacionar a controvérsia que lhe foi trazida a juízo, superando, inclusive, em certo sentido, o princípio da congruência ou da adstrição, ou seja, da limitação entre o que foi pedido e o resultado da ação.

Essa assertiva é corroborada por Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 115), ao asseverar:

[...] em tema de ação civil pública, e em virtude mesmo de seu objeto ser um interesse metaindividual, a correlação entre *causa petendi* e sentença há que ser vista com certos temperamentos: seja porque a teoria da substanciação, acolhida pelo CPC, pressupõe a solução de litígios interindividuais; seja porque o que deve prevalecer é a efetiva e específica tutela, cautelar ou em via principal, do interesse carente de tutela, antes que a simples acolhida do pedido tal como estritamente formulado na inicial.

Semelhante entendimento foi sufragado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), em inúmeras oportunidades, notadamente no julgamento

do Recurso Especial nº 1.107.219-SP, da relatoria do emérito Ministro Luiz Fux, momento em que restou consignado em seu Informativo que “a tutela ambiental é de natureza fungível, de modo que a área objeto da agressão ambiental pode ser de extensão maior do que a referida na inicial e, uma vez que verificada pelo conjunto probatório, não importa julgamento *ultra* ou *extra petita*”.

Logo, nessa seara, os poderes conferidos ao Magistrado são muito mais amplos do que aqueles que lhe são concedidos no processo tradicional, instaurado entre litigantes individuais.

Tamanho é o acerto dessa assertiva, que Kazuo Watanabe (2011, p. 16) assevera:

[...] ao Poder Judiciário brasileiro, como consequência da assunção de novas atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição Federal de 1988, dentre as quais se inclui o controle de constitucionalidade das leis, atos e atividades de todos os órgãos do Estado, incumbe proceder ao controle das políticas públicas, com o exame da sua implementação, adequação ou correção, na conformidade dos mandamentos constitucionais.

E, dentre as políticas públicas impostas de forma cogente pelo constituinte, podemos inserir, sem sombra de dúvidas, o resguardo ao meio ambiente como condição de subsistência da vida humana na terra.

Esse, aliás, é o posicionamento do STJ, ao apreciar o Recurso Especial nº 1.367.549-MG, da relatoria do Ministro Humberto Martins, quando tal Colegiado, afastando inclusive a alegação de violação ao princípio da separação de poderes, compeliu a Administração a edificar usina de reciclagem de resíduos sólidos, uma vez que “não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação, a saúde e o meio ambiente equilibrado fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve considerar como prioritárias”.

Consequentemente, o Judiciário pode ingressar no exame de mérito e do acerto das medidas adotadas pela Administração e por particulares no resguardo do ecossistema, e também das omissões lesivas à sua tutela.

Resta confiar, para encerrar, que tal Poder do Estado esteja à altura das exigências do momento, utilizando, de maneira prudente, mas sem timidez, as prerrogativas processuais que lhe foram conferidas, da forma mais ampla possível, na tutela do interesse de terceira geração referente à proteção do meio ambiente.

LENZ, L. A. T. F. Powers of the judge in environmental Public Civil Action. *Justitia*, São Paulo, v. 207, p. 241-253, Jan./Jun. 2016.

- **ABSTRACT:** This work aims to contribute to the definition and expansion of the powers granted to judges in environmental protection actions, compared to the dictates of Brazilian Federal Constitution of 1988 and the advent of the Public Civil Action Law (Law No. 7,347, of July 24, 1985), notably since this regulatory text of particular relevance to our legal system had completed in 2015, 30 years of validity. The intellectual production deals with the scope of the Magistrate powers in environmental harvest, to the point of giving the judge the protagonist condition both in the interpretation of the application as with regard to the means to be employed as a guard.
- **KEY WORDS:** Judge. Procedural prerogatives. Environmental action.

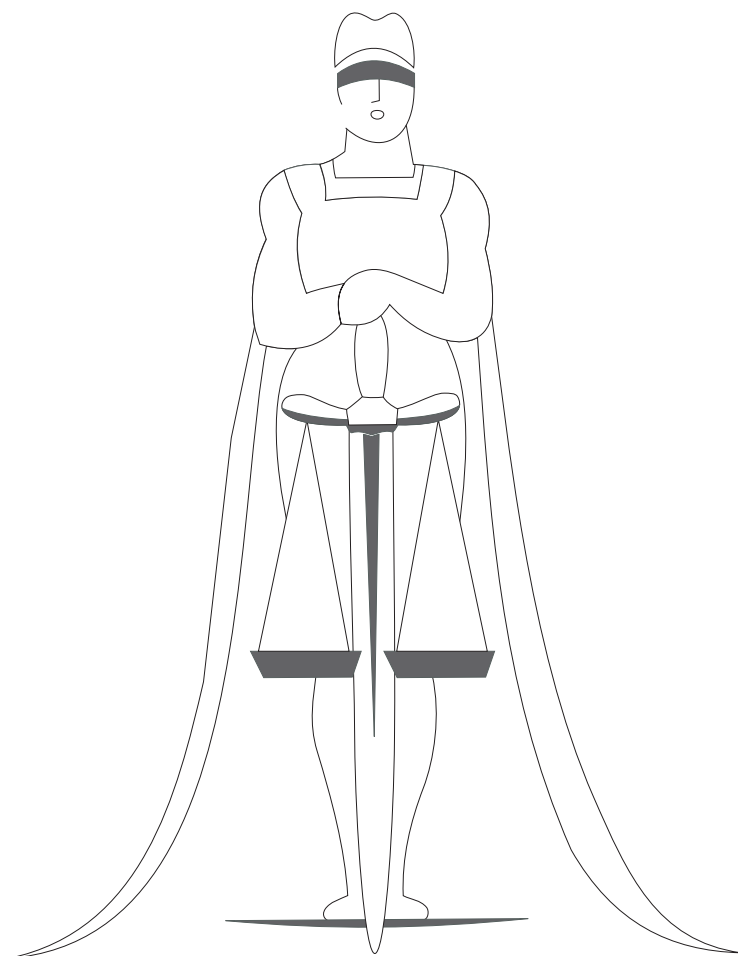
Referências

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. 2. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2009.
- CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1984. v. 1.
- CARAVITA, Beniamino. *Diritto pubblico dell'ambiente*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1990.
- CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. *Commentario breve alla Costituzione*. 2. ed. Padova: Dott. A. Milani, 2008.
- FERRATI, Angelo. *La responsabilità in tema di tutela dell'ambiente*. Padova: Cedam, 1986.
- LAMARQUE, Jean. *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*. Paris: LGDJ, 1973.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PATTI, Salvatori. *La tutela civile dell'ambiente*. Padova: Cedam, 1979.
- REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1957. t. I.

- REDENTI, Enrico. *Profili pratici del diritto processuale civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1939.
- REIS, José Alberto dos. *Comentários ao código de processo civil*. Coimbra: Coimbra, 1946. v. 3.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 35. ed. Padova: Cedam, 1994.
- VIRGA, Pietro. *Diritto amministrativo*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1996. v. 4.
- WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas. *Revista de Processo*, v. 193, v. 36, n. 193, p. 13-25, mar. 2011.

DOUTRINA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE DOCTRINE



O Ministério Público e a Assembleia Nacional Constituinte: as Origens de um Texto Inovador

Mylene COMPLOIER*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 A Agenda do Ministério Público para a Assembleia Nacional Constituinte (ANC). 2 A atuação concreta dos Promotores e Procuradores na ANC. 3 Vitórias e derrotas. 4 Por que um texto constitucional tão avançado? Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** Após o advento de comemoração dos 30 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, denominada “Constituição Cidadã”, e que, nesse período, o Ministério Público brasileiro desenvolveu uma feição única no espectro mundial, em muito resultado do quanto preconizado no texto constitucional, torna-se útil trazer à colação informações já disponíveis, notadamente entrevistas, com o propósito de obter-se uma ideia geral de como foi a preparação, atuação e conquistas do Ministério Público na Assembleia Nacional Constituinte (ANC) e, ao final, o desenho constitucional obtido, de modo a se questionar como foi possível a aprovação de um texto tão avançado, capaz de superar até mesmo as expectativas da própria classe. Ao final, conclui-se que a aprovação se deveu a dois fatores preponderantes: a organização da instituição para levar um projeto de consenso aos constituintes e o momento conjuntural histórico-político, representado pelo desejo, em um período pós-ditadura, de fomentar a consolidação de uma instituição democrática forte em contraposição ao regime militar.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Assembleia Nacional Constituinte. Ministério Público. Origens.

* Promotora de Justiça de São Paulo. Coordenadora do Centro de Apoio à Execução (CAEX), do Laboratório de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro do Ministério Público de São Paulo. Professora convidada do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutoranda e mestre em Direito Político e Econômico pela mesma Universidade.

Introdução

O presente artigo tem por escopo perscrutar as informações disponíveis sobre a atuação do Ministério Público na Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Assim, procurou-se obter dados, notadamente de fontes orais, sobre a agenda do Ministério Público para a ANC, como: quais seriam os itens que o Ministério Público gostaria de ver contemplados no texto; as pessoas que se mobilizaram nesses trabalhos, quais congressistas foram procurados, como se deu essa abordagem e quem eram os principais contatos no Congresso Nacional. Também se procurou investigar as alianças que teriam sido firmadas, as propostas levadas para votação, bem como as vitórias e as derrotas decorrentes dessa atuação. Ao final, procurou-se perscrutar sobre a avaliação do texto final da Constituição de 1988 por esses atores e como foi possível a aprovação de um texto tido como tão avançado no Congresso Nacional.

1 A agenda do Ministério Público para a Assembleia Nacional Constituinte (ANC)

A partir do fim do governo militar, e com a promessa de uma nova ordem constitucional, o Ministério Público percebeu a necessidade de não assistir a esse processo de maneira estanque. As lideranças nacionais do Ministério Público que essa nova ordem constitucional deveria ser proposta com base em reflexões geradas pela própria instituição. Assim, os promotores decidiram participar ativamente da construção dessa nova feição do Ministério Público.

O primeiro e decisivo passo foi participar do processo decisório:

[...] nós não queríamos que o Congresso Nacional ou uma Constituinte – específica ou não, isso nós não sabíamos o que viria –, nós não queríamos que eles propusessem um projeto de Ministério Público para nós, e nós ficássemos assistindo. Não; nós queríamos participar da construção dessa nova face do Ministério Público. O que fizemos? Nós começamos a mobilizar o Ministério Público brasileiro. Todo ele. Nós começamos a fazer campanha, nós começamos a ir aos jornais, a dizer “o promotor é o defensor do povo”, porque nós sabíamos que havia uma aspiração para criar talvez um *ombudsman* fora da instituição. Nós começamos a criar um movimento de valorização do Ministério Público. (MAZZILLI, 2011, p. 26, grifo do original)

Fez parte desse primeiro passo a necessidade de se criar o que foi chamado de “uma consciência nacional” de Ministério Público, diante das

inúmeras disparidades regionais até então existentes. Os Ministérios Públicos do Brasil eram extremamente diferentes: em São Paulo já havia equiparação dos vencimentos do Ministério Público com os da Magistratura há muitos anos, mas o mesmo não acontecia em outros Estados do Brasil; a Advocacia, embora em São Paulo não fosse admitida desde 1947 (assim como no Rio Grande do Sul e em Minas Gerais), o era, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro; também desde 1947, os Procuradores-Gerais eram, em São Paulo, escolhidos dentro da carreira (embora nomeados e demissíveis *ad nutum*); isso era diferente em outros Estados da Federação e no Ministério Público da União, cujo chefe Procurador-Geral de Justiça poderia ser escolhido fora da carreira.

Não havia comunicação e cooperação entre Ministérios Públicos e não havia trabalho em conjunto. Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual não se somavam – essa situação é ainda mais problemática, pois o Ministério Público Federal posteriormente atua em um processo no qual já houve atuação do Ministério Público Estadual.

Sobre essas diferenças entre Ministérios Públicos, Dal Pozzo (2002, p. 5), em entrevista, recorda-se:

A partir daí, eu [Antonio Araldo] e o Fleury começamos a percorrer todos os Estados do Brasil, passando uma semana, dez dias, em cada Estado. Procuramos levar uma mensagem propositiva sobre o Ministério Público, porque nos Estados do Norte, ou do Nordeste, o Ministério Público simplesmente não existia, ou melhor, existia apenas no papel – ninguém sabia nem o porquê estava atuando num processo, a não ser na área criminal, que é muito evidente. Mas, na área cível quase ninguém sabia nem mesmo o que estava fazendo. Encontramos situações fantásticas, como, por exemplo, o Presidente da Associação do Ministério Público ser o Presidente da OAB! Isso ocorreu no Ceará. Eram coisas incríveis! No Amazonas constatamos que os promotores não tinham a menor notícia do que o promotor tinha que fazer no cível. Enfim, fomos não só levar essa mensagem, como também deixar material escrito e, ainda, como que abrindo, franqueando a vinda desses colegas [...] para olharem um pouco como era o funcionamento do Ministério Público de São Paulo.

E mais: havia uma vinculação muito forte da instituição com o Poder Executivo. Em São Paulo, a título de exemplo, o Ministério Público, antes de

1988, era apenas uma unidade de uma das Secretarias de Estado, no caso a Secretaria da Justiça. O Secretário de Justiça decidia o orçamento do Ministério Público. Nomeações, promoções e remoções eram atos do Governado que deveriam passar pela Secretaria da Justiça.

O Procurador-Geral era nomeado e demitido *ad nutum* e, em alguns Estados, era escolhido fora dos quadros da carreira, assim como ocorria no Ministério Público da União. Não havia garantias, não havia inquérito civil ou ação civil pública, e a atuação da instituição era modesta e dependente do Poder Judiciário.

Plínio de Arruda Sampaio lembra que o Ministério Público era, na verdade, uma espécie de apêndice do Poder Executivo.

Diante do quadro ora exposto é que se constatou a necessidade de se buscar a denominada consciência nacional de Ministério Público, ou seja, qual deveria ser o modelo ideal dessa instituição.

Em meados de 1985, realizou-se um congresso em São Paulo para discutir o tema “Ministério Público e Assembleia Nacional Constituinte”.

Muito foi produzido ali em termos de teses. As discussões envolveram, entre outras, questões como garantias, se o Ministério Público seria um órgão do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, bem como as funções do Procurador-Geral.

Paralelamente a esse congresso, a Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP) enviou um questionário aos Promotores de todo o Brasil, que questionava a opinião de seus membros sobre as principais questões envolvendo o cerne da instituição. Uma equipe formada por Promotores de diversos Ministérios Públicos – composta por, dentre outros, Anísio Bispo dos Santos, do Mato Grosso do Sul; Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, de São Paulo; Sérgio D’Andrea Ferreira, do Rio de Janeiro; Vladimir Giacomuzzi, do Rio Grande do Sul; e Antonio Bassi, do Paraná – consolidou as principais ideias da classe sobre o tema Ministério Público, como a escolha do Procurador-Geral, se deveria ter mandato ou não, em qual capítulo da Constituição Federal o órgão deveria constar e quais seriam suas funções e garantias.

A partir daí, foi marcado um encontro para Curitiba, em junho de 1986, para reunir pela primeira vez na história do Ministério Público todos os Presidentes de Associação e todos os Procuradores-Gerais. Todos os Estados enviaram representantes.

O Estado de São Paulo enviou cerca de dez representantes a Curitiba, mas, dias antes, alguns de seus membros produziram algo importante

– a consolidação do que já havia sido sintetizado pela CONAMP (teses do congresso + questionários) com o anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, também conhecida por “Comissão dos Notáveis”, que igualmente havia feito um anteprojeto para o Ministério Público. São Paulo uniu a consolidação da CONAMP, as teses do congresso de São Paulo e o anteprojeto da Comissão dos Notáveis e fez o denominado anteprojeto síntese, porque o Ministério Público da União não queria ter o mesmo perfil do Ministério Público dos Estados, e isso poderia embaraçar algumas conquistas já existentes.

E São Paulo, segundo o relato de seus membros, foi para Curitiba com o anteprojeto síntese em mãos, por intermédio de cerca de dez pessoas que fizeram parte dessa comitiva, podendo ser citados Hugo Nigro Mazzilli, Walter Paulo Sabella, Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Cláudio Ferraz de Alvarenga, Luiz Antonio Fleury Filho, Paulo Salvador Frontini, Tilene Almeida de Moraes, Moacyr Antonio Ferreira Rodrigues, Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, José Emmanuel Burle Filho, Pedro Franco de Campos e Renato Martins Costa.

Assim, foi posta aos presentes uma questão preliminar – a votação do anteprojeto síntese resultante da consolidação aqui mencionada – como ponto de partida para as discussões sobre o ideal de Ministério Público. A questão preliminar foi votada, e os presentes aceitaram iniciar a discussão a partir da consolidação desse anteprojeto. Foram três dias de intensa discussão sobre diferentes aspectos, que resultaram na chamada Carta de Curitiba, como se recorda Hugo Mazzilli em entrevista concedida a Gunter Axt em 2002.

A preocupação foi apresentar um anteprojeto, de obra da liderança nacional do Ministério Público, com o máximo de harmonia e resultado do consenso, para que os atores responsáveis pelo “corpo a corpo” ingressassem na Constituinte falando a mesma linguagem.

Algumas matérias eram de fácil consenso – por exemplo, mesmas garantias do Poder Judiciário, independência funcional e irredutibilidade de vencimentos.

No entanto, não havia consenso em outras questões polêmicas, como eleição para Procurador-Geral e também quanto à possibilidade ou não do exercício simultâneo da advocacia.

Alguns não acreditavam na aprovação da Carta de Curitiba, o que, todavia, já era um grande avanço. Mas a Constituinte foi muito além dela – a Carta de Curitiba era considerada um sonho irrealizável. No entanto, o final foi vitorioso, pois a Constituição Federal de 1988 já delineava a instituição de forma muito superior à própria Carta de Curitiba.

Por essa e outras razões, na opinião de alguns, como Araldo Dal Pozzo, logo a Carta de Curitiba tornou-se anacrônica, pois posteriormente conseguiu-se mais na Constituinte.

2 A atuação concreta dos Promotores e Procuradores na ANC

Cabe aqui apontar como se deu a atuação concreta de representantes do Ministério Público na Assembleia Nacional Constituinte: como eram as idas até Brasília, quem eram os contatos no Congresso Nacional, que alianças fizeram, que propostas levaram para serem votadas, o que ganharam e o que perderam.

Plínio Arruda Sampaio, relator do anteprojeto da parte referente ao Ministério Público, com a instalação da Constituinte, requisitou como seus assessores Luis Antônio Guimarães Marrey, Plínio Gentil e Claudio Brochetto, que haviam desenvolvido uma tese em um congresso da CONAMP sobre o Ministério Público. O trabalho de Plínio na ANC foi extremamente importante, pois consistiu na construção de alianças para permitir a aprovação de um texto que já havia sido discutido previamente pela classe que surgiu com a Carta de Curitiba.

Já se possuía, então, uma ideia do que deveria a Constituição Federal contemplar em termos de Ministério Público. Nesse aspecto, a Carta de Curitiba foi de grande valia porque, segundo Plínio de Arruda Sampaio (2002, p. 28):

A verdade é a seguinte: a Constituinte não é o lugar das discussões teóricas, não há clima para isso, pois a velocidade e o sistema de negociação impedem a elaboração teórica. O importante é o que está amadurecido na sociedade. O Ministério Público, por exemplo, teve esse êxito porque a idéia estava amadurecida na sociedade, porque os promotores nos diversos lugares do Brasil criaram uma hegemonia, por meio da ação de suas associações, de seus congressos, das suas teses, das suas publicações, da circulação de toda essa efervescência cultural e discursiva. Ora, os setores com amadurecimento conseguiram seu lugar na Constituinte. O que não estava alicerçado por uma hegemonia alcançou resultados mais pobres.

O momento mais importante, qual seja, o de acompanhar na Constituinte as reivindicações feitas pelos promotores, chegara. Para tanto, foi efetuada uma mobilização entre os membros de Ministério Público de diversos Estados, para que acompanhassem os trabalhos na ANC e mantivessem contato com os congressistas a quem tivessem algum acesso. No relato de Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 16):

[...] Sob esse aspecto, o Ministério Público começou a fazer uma grande mobilização, já com vistas a se preparar para as reivindicações que deveríamos fazer na Constituinte. Considero que todos os membros do Ministério Público estavam e se sentiam mobilizados.

Bom, foi nesse momento que começou mais diretamente o acompanhamento dos trabalhos na Constituinte. Todos os Estados contribuíram muito para isso, porque, então, passou a haver mais harmonia, a partir de um texto básico aprovado por todas as lideranças do Ministério Público brasileiro. Em Brasília, os diversos Ministérios Públicos Estaduais se faziam presentes. Ficávamos direto lá, 24 horas por dia, todos os dias da semana. Desde a abertura dos trabalhos da Constituinte até mesmo depois da promulgação da Constituição de 1988, havia membros do Ministério Público, de praticamente todos os Estados, acompanhando os trabalhos parlamentares em Brasília.

Ainda que elaborado com base em um projeto de consenso, a tarefa de convencer o constituinte não era sobremaneira fácil. Primeiro, porque o constituinte raras vezes tinha algum conhecimento sobre a instituição Ministério Público, a necessidade de garantias, prerrogativas, forma de investidura dos Procuradores-gerais, a consequência de uma ou outra escolha etc.. Segundo, porque se buscava junto ao constituinte a atribuição ao Ministério Público de uma feição até então inédita em âmbito nacional, que prometia maior rigidez no combate à corrupção, aos danos ao meio ambiente, entre outros, mediante o fortalecimento de instrumentos como o inquérito civil e a ação civil pública, o que poderia não agradar a alguns congressistas.

O primeiro empecilho – o desconhecimento da instituição – foi superado com o corpo a corpo junto aos constituintes, mediante o auxílio de uma cartilha explicativa sobre o Ministério Público, que consistiu em um verdadeiro manual para os constituintes. O objetivo da publicação era mostrar aos constituintes a essência da instituição “Ministério Público”. A intenção, segundo os relatos orais observados, era mostrar ao congressista que o Ministério Público não é só aquele que processa criminalmente alguém – às vezes isso acontece, por ser preciso – mas também é aquele que defende o cidadão, que dá apoio às políticas públicas criadas pelo próprio Congresso.

Já o segundo empecilho, qual seja, a atribuição ao Ministério Público de uma feição até então inédita em âmbito nacional e internacional, que prometia maior rigidez no combate à corrupção, aos danos ao meio

ambiente, entre outros, por meio de instrumentos como o inquérito civil e a ação civil pública, o que poderia não agradar a alguns políticos, foi um obstáculo mais difícil de ser superado.

No comando direto dos trabalhos na Constituinte, Araldo Dal Pozzo (2002, p. 9) contou com a ajuda de colegas para, como dito por ele mesmo, “vender aquele peixe”, julgando inclusive se tratar de um “peixe difícil de vender, porque prometíamos fiscalização, controle, cadeia. Artigos difíceis de serem vendidos. Precisávamos ter muito engenho e arte para vender tais idéias”.

O Ministério Público contava com dois integrantes da instituição que ocupavam mandatos parlamentares, totalmente solidários no tocante à missão, como o gaúcho Ibsen Pinheiro, reconhecido por muitos como “dono de aguda inteligência e enorme capacidade de síntese e articulação”, que pertencia ao Ministério Público do Rio Grande do Sul; e Plínio de Arruda Sampaio, militante da esquerda, havia sido promotor de Justiça no Estado de São Paulo, cassado pelo regime militar, tendo sido ainda o primeiro relator da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, assumindo, neste contexto, papel de negociador, dentre outros parlamentares não menos importantes nesse processo.

Assim, procurou-se desenvolver mecanismos internos de atuação, mediante contato com os congressistas – mapeamento e trabalho de inteligência – para que se possibilitasse explicar o que era o Ministério Público e por que aqueles tópicos do projeto eram importantes, a fim de vencer eventuais resistências. A propósito, Dal Pozzo (2002, p. 5) elucida:

Essa evolução nasceu graças a uma discussão permanente que fazíamos, captando ideias, tendo ideias, mas buscando entender aquilo que circulava pelos corredores do Congresso e, em especial, as deficiências do regime democrático que se pretendia construir decorrentes de um sistema que inicialmente se pretendia parlamentarista e depois mudado para o presidencialismo. Essa foi uma brecha importante que divisamos, pois essa metamorfose ocorreu no meio do caminho. Mas, de qualquer maneira, sempre que detectávamos um ponto fraco no estudo do mecanismo democrático que se desenhava, quando sentíamos uma deficiência, encontrávamos uma maneira de colocar o Ministério Público no meio.

Aquele rol de atribuições institucionais que estão na Constituição, são, vamos dizer assim, o preenchimento de lacunas nos sistemas de controle dentro do Estado democrático que se procurava criar. [...] Esse é um exemplo muito claro de como conseguíamos escrever essas coisas no texto da Constituição. Com o passar do tempo, essa idéia virou quase um hábito na Constituinte: na dúvida, coloca-se o Ministério Público. Mas, houve um momento em que tivemos que começar a cortar atribuições, porque, também, não dava para fazer tudo que queriam.

Enfim, foi essa a maneira pela qual conseguimos vender a idéia do Ministério Público, como sendo aquele que queria fazer o que, no Estado Brasileiro anterior, não se encontrava quem fizesse. Brincávamos que àquela época se dizia: “Vai reclamar para o Bispo!” [...] e nós queríamos ser esse “Bispo” [...] Quer dizer, a entidade, o braço da sociedade que recebe poder para fazer e faz. Essa foi a estratégia. A estratégia de conhecer as pessoas e de colocar as questões dentro do texto.

Dessa maneira, as ideias sobre o Ministério Público passaram a ganhar força na Constituinte de tal forma que a própria Carta de Curitiba foi tida como ultrapassada. Surpreendentemente, a Assembleia Nacional Constituinte foi muito além dela. A autonomia administrativa e financeira, que não consta da Carta, é um dos aspectos desse avanço.

Todavia, percebidas as deficiências do regime democrático, logo se inseria a figura do Ministério Público, de tal sorte que o rol de atribuições institucionais que se encontra na Constituição Federal é um preenchimento de lacunas nos sistemas de controle desse regime.

Sabe-se que, de uma perspectiva histórica, o Ministério Público foi originalmente concebido para defender os interesses do Monarca. Porém, o que se pretendia na ocasião era dissociar definitivamente o Ministério Público da defesa dos interesses do Estado. A grande questão passou a ser o interesse social. Como consequência, “acabou sendo produzido um texto, vamos dizer assim, super avançado, como não há no mundo outro similar; nenhuma Constituição que tenha um texto sobre o Ministério Público tão avançado quanto esse” (DAL POZZO, 2002, p. 15).

Mas esse processo não foi fácil. Houve muitas resistências no caminho. A título de ilustração, apenas, veja-se um panfleto apócrifo distribuído na ANC sobre o projeto referente ao Ministério Público:



Figura 1 – Panfleto apócrifo, distribuído por ocasião da Assembleia Constituinte.

Fonte: Nunes e Pondé (2008, p. 99).

Além das resistências de alguns congressistas, enfrentou-se, em determinados momentos, outros óbices dos Delegados de Polícia e da Magistratura acerca do texto pretendido pelo Ministério Público.

As resistências dos Delegados de Polícia giravam em torno, principalmente, da questão da equiparação salarial, da paridade e do controle externo. A classe policial pretendia ver seus vencimentos equiparados aos dos Promotores de Justiça, o que sempre foi rechaçado por essa classe, pois seriam inevitavelmente diminuídos ao longo do tempo. Ao final, conseguiu-se afastar essa equiparação do texto constitucional. Outra resistência com relação a essa classe foi a questão do controle externo da atividade policial, afeta ao Ministério Público, que sofreu grande resistência dos Delegados de Polícia.

Com a Magistratura, também houve algumas questões que separavam as classes. Uma delas era a equiparação de vencimentos pretendida pelo Ministério Público – e rechaçada pelos Juízes. Outro ponto de atrito foi a questão do Juizado de Instrução, que transformava os Delegados de Direito em Juízes de Instrução, o que era inaceitável pelo Poder Judiciário. Ao final, houve um consenso entre as instituições, e a resistência à equiparação foi

abandonada pelo Judiciário. Com isso, a ideia dos Juízes de Instrução foi abandonada pelo Ministério Público, passando a andar as duas instituições de maneira mais afinada.

Com relação aos pontos de atrito com o Poder Executivo, pelos atores que participaram desse processo, foi apontado apenas um: a questão da nomeação do Procurador-Geral, que o Executivo nunca abriu mão – e, ao final, saiu vencedor. A ideia do Ministério Público era a de acabar com essa ingerência na instituição, o que enfrentou grande resistência do Poder Executivo, que queria tanto nomear como demitir o chefe desse órgão. Ao final, restou aprovado que o Procurador-Geral seria nomeado pelo Executivo (o que não era desejado pela classe), mas dentre integrantes da instituição, com mandato por prazo certo, sem possibilidade de demissão, o que minimizaria a ingerência do Executivo.

Ao final, os trabalhos da Constituinte sofreram um revés. No decorrer de todo o processo – não apenas no que tange ao Ministério Público – mostraram-se inegáveis as conquistas que os setores de esquerda estavam angariando, o que acabou por provocar uma reação – por intermédio do denominado “Centrão”, que repercutiu também nas conquistas até então obtidas pelo Ministério Público. Nos dizeres de Mazzilli (2011, p. 15):

Surgiu uma reação inesperada para nós; talvez para políticos mais experientes isso não fosse surpresa, mas para o Ministério Público foi, porque, de uma hora para outra, tudo o que nós tínhamos feito, tudo o que nós tínhamos conseguido fosse aprovado até ali, tudo aquilo para o qual nós tínhamos trabalhado e tudo o que tínhamos obtido com muito sacrifício, acabou sendo retirado do texto, por força do substitutivo oferecido pelo movimento conhecido como “Centrão”, ou seja, um novo texto, fruto da reação dos Constituintes ligados a` posição mais conservadora. Todo aquele enorme esforço parecia ruir para nós: tínhamos vencido as oposições dentro do próprio Ministério Público; tínhamos vencido as resistências dos parlamentares, tínhamos conseguido inserir diversos dispositivos de inegável importância para as garantias institucionais nos textos das comissões anteriores – e, depois, aconteceu que de uma hora para outra o movimento político conhecido na época como “Centrão” virasse tudo. Um grupo de parlamentares conservadores, e, em certos pontos até reacionários, elaborou um novo anteprojeto para todos os trabalhos constituintes, e derrubou, com uma só penada, todo o texto que já tinha sido elaborado até ali, propondo um substitutivo global.

Por força desse substitutivo apresentado, o Plenário estava para aprovar o texto do “Centrão”, apenas com modificações referentes a destaques. Esse projeto para o Ministério Público era péssimo. Nesse momento, havia algumas alternativas: aguardar a aprovação do texto apresentado pelo “Centrão”, que representava um retrocesso em relação a tudo que foi conseguido, ou então procurar algum parlamentar para apresentar um destaque, que, na realidade, deveria praticamente reformar todo o capítulo referente ao Ministério Público. Havia o risco de “cair” o texto do “Centrão” e nada restar ao Ministério Público, o que seria ainda pior, porque a instituição seria tratada pelo legislador infraconstitucional.

Os atores envolvidos, então, optaram por apresentar o destaque. Aconteceu o pior: o texto do “Centrão” foi “derrubado”, e o Ministério Público ficou sem nada. Nesse momento, nos dizeres de Mazzilli (2011, p. 16):

E parlamentares nossos aliados apresentaram o destaque e foi derrubado o texto do “Centrão” [...] e ficamos sem nada. Aí, passamos a articular com as lideranças políticas o texto que entendíamos viável àquela altura, ou seja, a conciliação de todo o material que até então tinha sido produzido: a Carta de Curitiba, o anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, o anteprojeto de Arruda Sampaio, o texto do relatório de Bernardo Cabral, anterior ao “Centrão”, e o texto do “Centrão” [...] Pegamos tudo, fizemos os melhores ajustes possíveis dos princípios, das funções, das garantias, de tudo, enfim, e tentamos ainda conciliar a posição dos vários Constituintes que já tinham apresentado diversos destaques específicos na parte do Ministério Público. E conseguimos. Os destaques foram aglutinados por emenda conjunta coordenada pelo Ibsen Pinheiro, pelo Theodoro Mendes, pelo Fábio Feldman, pelo Carlos Vinagre, pelo Jalles Fontoura [...] Havia outros parlamentares, mas estou falando de memória [...] Fizemos isto e fomos aguardar a decisão do Plenário da Constituinte, pois a aprovação dos destaques tinha de ocorrer em Plenário. E, finalmente, o novo texto referente ao Ministério Público foi aprovado! Eu estava em Brasília naquele dia, estava no Congresso e eu assisti à votação. Foi uma votação emocionante, porque era todo um trabalho de gerações de Ministério Público que estava lá em jogo naquele momento, e o resultado iria orientar o trabalho da Instituição por muitos anos para o futuro.

Esses foram, portanto, os principais aspectos que permearam o processo da atuação concreta dos representantes do Ministério Público na Assembleia Nacional Constituinte, até a aprovação final do texto.

3 Vitórias e derrotas

Neste tópico, serão elencadas, de modo sucinto, as principais vitórias e derrotas do Ministério Público na Assembleia Nacional Constituinte, bem como apresentada a avaliação feita pelos principais atores desse processo sobre o texto final da Constituição Federal de 1988, em termos de mudanças no Ministério Público.

Como já visto, desde 1985 já se falava na Assembleia Nacional Constituinte e, até então, duas grandes questões dividiam o Ministério Público: o exercício da advocacia e a forma de escolha do Procurador-Geral. Ambas as questões representavam pontos de divergência dentro da própria instituição.

A advocacia era um forte ponto de resistência. Na prática, ser um “Promotor-advogado” significava manter uma concorrência desleal com os demais Advogados, visto que as atribuições se confundem em uma só pessoa, de Promotor – e, portanto, agente político – e de Advogado. Nas palavras de Dal Pozzo (2002, p. 2002):

[...] vários Ministérios Públicos Estaduais e o Ministério Público Federal conservavam o direito de exercer a advocacia. Promotores, Procuradores, todos advogavam. E nós defendíamos ardentemente a bandeira da não-advocacia, porque, por todos os títulos, ela, evidentemente, não se justificava. Hoje, olhando para trás, e faz tão pouco tempo, não podemos nem imaginar que se cogitava uma coisa tão absurda como essa. No entanto, era uma luta tremenda entre os que queriam conservar esse direito e os que, como nós, eram contra.

Mais do que isso, na prática, o exercício da advocacia representaria “desequiparação” – de certa forma ilegítima – com a Magistratura. Não há razão para o Promotor receber o mesmo que o Juiz e poder simultaneamente advogar, pois, ao exercer a advocacia, já complementaria sua renda. Ademais, o Promotor é prestigiado na comarca em que atua e possuiria um relevante diferencial competitivo. Os Estados que conquistaram a equiparação de vencimentos com a Magistratura foram aqueles que renunciaram ao direito de advogar.

Já no assunto referente ao exercício da advocacia, ganhamos bonito. Não tinha efetivamente nenhum sentido um promotor, que é uma autoridade pública, entrar numa Vara como autoridade num dia e entrar como postulante no outro. Isso não tinha propósito, pois a vantagem sobre o colega advogado era brutal, pois enquanto um tem, ao despachar, lugar cativo junto ao juiz, o outro só entra em contato com o magistrado no dia da audiência. (SAMPAIO, 2002, p. 10)

O Rio de Janeiro foi ferrenho defensor do direito à advocacia, por intermédio de Sérgio D' Andrea Ferreira, jurista, Procurador de Justiça, dono de uma banca de advocacia de renome e professor de Direito Administrativo, que na oportunidade da Carta de Curitiba fez uma defesa apaixonada da possibilidade de advocacia por membros do Ministério Público (MAZZILLI, 2002, p. 10).

Já na aprovação da Carta de Curitiba, muito foi discutido acerca da possibilidade ou não do exercício da advocacia por Promotores. Ao final, a classe assumiu o compromisso de defender, junto à ANC, a vedação da advocacia. No entanto, alguns Promotores defensores dessa prerrogativa insistiram em manter essa possibilidade na Constituição Federal, mesmo contra o que havia sido decidido pela classe em Curitiba. E, em sentido contrário, aqueles que entendiam serem incompatíveis tais funções defenderam seu posicionamento perante os congressistas. Ao final, o embate foi vencido da seguinte forma: por um lado, assegurou-se a equiparação de vencimentos dos Promotores de Justiça aos dos membros do Poder Judiciário e, por outro, instituiu-se a proibição do exercício da advocacia.

Outra questão polêmica versou sobre a escolha do Procurador-Geral. Nesse aspecto, assegura Araldo dal Pozzo (2002, p. 25), não houve avanços, pois “foi um ponto em que não conseguimos avançar como queríamos, porque nossa ideia era terminar com essa interferência do Executivo na nomeação”.

Além disso, o perfil autônomo e independente do Ministério Público relevou ser uma ameaça à classe política, como anota Dal Pozzo (2002, p. 28): “percebi que os políticos somente não tiram o Ministério Público do texto da Constituição porque não têm condições políticas para fazerem isso; mas ninguém gosta do Ministério Público”.

Essa ingerência do Executivo praticamente acabou no texto constitucional, de forma que cabe ao chefe desse Poder apenas a nomeação do Procurador-Geral. No entanto, essa ingerência restou suavizada pelo fato

de que o escolhido deveria ser integrante da carreira (antes esse requisito não existia, qualquer um poderia ser nomeado chefe do Ministério Público); deveria ser integrante de uma lista tríplice escolhida pela instituição e teria mandato de dois anos (o que representou um avanço, uma vez que em muitos Ministérios Públicos o Procurador-Geral era demissível *ad nutum* pelo Governador).

Outro embate digno de nota foi a possibilidade ou não de os Promotores de Justiça exercerem atividade político-partidária. Alguns eram favoráveis a essa possibilidade; outros, contra. Ao final, venceu uma posição intermediária: somente aqueles Promotores que ingressaram antes de 1988 poderiam exercer tal atividade.

Segundo Plínio de Arruda Sampaio (2002, p. 7), a sua única derrota foi aquela que proibia ao Promotor o exercício da atividade político-partidária. Para ele, deveria permanecer a incompatibilidade de funções. Até a Constituição de 1988, ficou estabelecido o meio termo, havia a chamada “classificação em Quadro Especial”, que, ao poucos, eliminaria a atuação político-partidária dos Promotores.

A propósito, creio que, em nosso capítulo, fui derrotado apenas em um ponto, aquele que vedava ao promotor a atividade político-partidária, tema pelo qual me bati, por um compromisso moral, já que era deputado e entendia ser inconveniente o acúmulo de funções. Eram outros tempos, o Brasil era outra coisa, o Ministério Público era das poucas reservas morais e intelectuais de que dispúnhamos. Mas a razão real da oposição à minha emenda não era essa. Uma vez perguntaram-me: “Você quer cassar o Ibsen Pinheiro?” – pois o Ibsen era Promotor Público – ao que respondi: “Não se trata de cassar Fulano ou Beltrano, mas de uma questão de princípios” Mas eu perdi, no voto, e surgiu aquela norma... Como se chama? Memorial – GA: A classificação em Quadro Especial, não é? Entrevistado: Sim, a turma do Quadro Especial, que vai acabando, acabando, acabando e, finalmente, vai valer o outro princípio. (SAMPAIO, 2002, p. 7)

Outro tema polêmico era o controle externo da atividade policial. Inicialmente, Plínio Sampaio (2002, p. 22) pretendia um controle mais amplo, pois, sendo o Ministério Público o titular da ação penal, era justo que a Polícia investigativa pertencesse à instituição, sendo-lhe inteiramente

subordinada, uma vez que a Polícia é a responsável por preparar as primeiras evidências para que o Ministério Público se mobilize e ingresse em juízo.

Sob outro aspecto, no tocante às teses extremistas, Plínio (2002, p. 22) seguia a orientação de que, em que pesem as circunstâncias históricas, avanços muito proeminentes – para os quais o país não tinha preparo – resultariam em letra morta na Constituição, ao passo que construções ponderadas seriam posteriormente estendidas pela jurisprudência e pela lei infraconstitucional. “Enfim, muitas coisas terminaram entrando na Constituição por causa desse quadro circunstancial de vacilação das elites dominantes. As elites estavam desprovidas de lideranças fortes” (SAMPAIO, 2002, p. 22).

Houve ainda a ideia do *ombudsman*, que havia surgido na Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), pois se intentava criar um Ouvidor-Geral da República. Plínio de Arruda Sampaio (2002, p. 24) salienta que, no entanto, “um ouvidor demandaria uma burocracia para chegar nele que inviabilizaria sua função”.

Memorial – RVS: E essa função de *ombudsman* o Ministério Público já desempenhava empiricamente.

Entrevistado [PLÍNIO]: Sem dúvida, há muito tempo. Enfim, esta proposta não prosperou. O próprio Dom Vicente concluiu que não daria certo. Num ou noutro documento da CNBB chegou a sair alguma “coisinha” defendendo a proposta, mas no câmpo geral, não teve peso decisório. (SAMPAIO, 2002, p. 24)

Houve, assim, um movimento forte da sociedade para a criação da figura independente do *ombudsman*, similar à dos países escandinavos. Essa proposta desejava uma instituição independente para exercer tais funções. Ao final, o Ministério Público acabou por absorver essa demanda.

Essas foram as principais questões discutidas no âmbito da ANC, que resultaram em derrotas ou vitórias para a instituição. Ao final, os atores participantes desse processo, em geral, avaliam positivamente o texto constitucional, que representou um avanço para a Instituição e para a sociedade. Poucas foram as derrotas sofridas pela Instituição, destacando-se, entre elas, a escolha do Procurador-Geral pelo chefe do Poder Executivo, o que ainda representa certa ingerência na Instituição e a possibilidade de aqueles que ingressaram nos quadros do Ministério Público antes de 1988 exercerem atividade político-partidária.

Sobre o saldo de todo esse processo, bem sintetiza Mazzilli (2010):

O que me parece ter sido o principal saldo foi o seguinte: o Ministério Público saiu da Constituição de 88 com um perfil totalmente novo. Organizado num Capítulo à parte, não foi erigido a um Poder de Estado, embora tenha todas as garantias de Poder; teve suas principais funções e garantias institucionais reconhecidas pelo próprio Constituinte. Principalmente, o Ministério Público brasileiro veio a ter delineado um novo papel na sociedade, e essa foi a razão pela extrema mudança de atuação pela qual a Instituição tem passado a partir de então, em razão do que está desempenhando funções muito mais ativas e eficientes no combate ao crime organizado, na defesa do meio ambiente, no combate à improbidade administrativa e no zelo de direitos constitucionais.

4 Por que um texto constitucional tão avançado?

É inquestionável a mudança na feição do Ministério Público com o advento da Constituição de 1988. Como já apontado linhas atrás, na observação de Mazzilli (2011), o Ministério Público teve o grande mérito de desejar uma nova feição com a Constituição de 1988. Nenhuma outra instituição ligada à Justiça mudou tanto. A magistratura, a advocacia, os Delegados de Polícia, todas essas classes mantiveram mais ou menos sua mesma feição, com algumas poucas modificações.

Na sempre lúcida observação de Mazzilli (2011), em entrevista concedida ao Memorial do MP/SP:

O Ministério Público teve o mérito, a meu ver, de ter sentido isto, de também ter querido mudar, e, verdade seja dita, o Ministério Público realmente foi a única instituição ligada à Justiça que realmente quis mudar de forma efetiva. Veja que, depois da Constituição de 1988, a Magistratura continuou praticamente como era; não me refiro à sua estrutura organizacional ou a aspectos secundários, mas sim quero dizer que a estrutura filosófica da Magistratura não mudou. Por sua vez, a Advocacia não mudou seus princípios ou sua filosofia a partir de 1988. Mas, antes de 88 e depois de 88, são dois Ministérios Públicos diferentes. Estávamos, pois, vivendo esse período de fim de ditadura militar; já havia começado a abertura política, e o Ministério Público vinha

buscando novas atribuições, mais espaço para atuação, funções de cunho mais social, e não apenas funções meramente interventivas ou processuais.

Assim, de fato, ao se olhar para o Ministério Público antes e depois da Constituição Federal, podem-se notar duas instituições completamente diferentes. Linhas atrás, já se demonstrou como se deu esse processo para aprovação de um texto constitucional revolucionário e único no mundo. Agora, resta questionar como foi possível a aprovação de um texto com essas características na ANC, texto esse tão avançado ao final que, como já salientado, superou até mesmo as expectativas da própria classe.

Para explicar a aprovação de um texto que atribui ao Ministério Público funções que extrapolam a perseguição penal, algumas teses são levantadas, quais sejam: a) a de que os constituintes não possuíam a dimensão exata do que estavam aprovando; b) a de que o *lobby* dos Promotores foi muito forte e “enganou” os parlamentares; c) a de que a aprovação se deu graças a um aspecto conjuntural decorrente da própria ANC, que reflete um contexto histórico-político favorável.

Passa-se, a seguir, a analisar as referidas teses.

A afirmação de que os congressistas foram “enganados” em razão de um forte *lobby* não se sustenta. Primeiro, porque, se havia *lobby* da Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP), houve, igualmente, *lobby* de outras classes ligadas à Justiça – por exemplo, Associações de Magistrados e de Delegados de Polícia. Assim, se todas as instituições fizeram *lobby*, por que foi o Ministério Público que recebeu as maiores modificações? Nesse caso, a questão da pressão de classe não explica, por si só, a aprovação do texto constitucional.

De fato, percebe-se, como explanado linhas atrás, que o papel da CONAMP foi extremamente eficaz, na medida em que ofereceu ao constituinte um projeto resultante do consenso entre os membros da classe, consubstanciado pela Carta de Curitiba, e desenvolveu um trabalho de minucioso acompanhamento das discussões e das votações na ANC.

No entanto, apenas essa pressão não seria suficiente para fazer aprovar um texto constitucional como o que se viu ao final.

Ao final, percebe-se que foi possível “vender o peixe” justamente porque as propostas não tratavam de uma visão meramente corporativista, mas sim de atribuições e garantias postas para defender a lei, conforme se observa a seguir:

A Constituinte é uma transação, com a maioria dos deputados representando setores muito corporativos. Quando um grupo surgia com uma pretensão clara e bem articulada, o outro lado, caso a proposta não interferisse no seu campo de interesses mais diretos, preferia agradar ao relator, a fim de contar em seguida com a boa vontade do mesmo em alguma questão corporativa mais específica. (SAMPAIO, 2002, p. 26-27)

No tocante à aprovação do texto, para Fábio Kerche (2010, p. 9), o que se discute é o motivo que levou os constituintes de 1987-1988 a optarem pelo modelo de Ministério Público que se conhece hoje. Isso porque, no Direito Comparado, a instituição brasileira é notadamente distinta daquela que se verifica na maioria dos países democráticos. Na visão do autor:

[...] verificou-se, de fato, uma eficiente organização da Confederação Nacional do Ministério Público que ofereceu aos constituintes uma proposta em forma de texto constitucional (a “Carta de Curitiba”) sobre a inclusão do parquet na Constituição e desenvolveu um trabalho de acompanhamento junto às discussões constituintes (lobby) que se mostrou eficaz. Por outro, houve relativa facilidade para esse lobby operar “vendendo” aos constituintes a ideia da importância da criação de um agente não político – ou pelo menos, não político partidário – responsável pela defesa de interesses da sociedade. Essa relativa facilidade se deve a um aspecto conjuntural e a características de cultura política. (KERCHE, 2010, p. 9)

O aspecto conjuntural consiste no fato de que os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte se deram em um período pós-ditadura, por isso, buscava-se uma democratização, ou seja, um fortalecimento institucional em contraposição ao regime militar. Tanto é verdade que se observaram, no Texto Constitucional, vários aspectos com esse viés, citando-se, exemplificativamente, a ampliação dos direitos coletivos e a instituição do referendo e do plebiscito. Nesse sentido:

A turma de São Paulo tinha uma delegação forte de negociadores na Constituinte, composta, entre outros, pelo Fleury, pelo Araldo Dal Pozzo, pelo Hugo Mazzilli [...] O Sabella [...] Consultei, também, outros juristas, com os quais tenho uma estreita ligação, tais como o Geraldo Ataliba, o Zé Afonso, o Luiz Antônio, o Luís Antônio Bandeira de Melo, o Fábio Comparato. São

todos grandes constitucionalistas. Manifestando consideração pelo capítulo, disseram-me: “Isto precisa ser feito!”. Trata-se, creio, de uma inovação constitucional, com a criação quase de um outro Poder. Parece-me que este aspecto não chegou a ser ainda estudado com vagar, pois a doutrina dos três Poderes afigura-se tão poderosa, tão ortodoxa... Talvez seja o passo agora a ser dado, isto é, a constitucionalização total do Ministério Público. (SAMPAIO, 2002, p. 8)

Assim, pode-se afirmar que os congressistas não foram “enganados” sobre o que o Ministério Público pretendia fazer inserir na Constituição Federal, tampouco foi obra de *lobby* dos Promotores – todas as classes o fizeram.

Foi, sim, resultado de um momento conjuntural histórico-político vivido pelos constituintes – estavam vivendo o fim da ditadura militar iniciada em 1964 e havia uma expectativa da sociedade (e dos congressistas) de uma mudança política e institucional no país, o que favoreceu a aprovação de um texto constitucional progressista, inclusive na parte referente ao Ministério Público, daí a explicação para a aprovação de um texto constitucional tido como progressista.

Conclusão

O presente artigo teve por escopo perscrutar as informações disponíveis sobre a atuação de atores do Ministério Público na Assembleia Nacional Constituinte. A se considerar o advento de comemoração dos 30 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, denominada “Constituição Cidadã”, e que, nesse período, o Ministério Público brasileiro desenvolveu uma feição única no espectro mundial, em muito resultado do quanto preconizado no texto constitucional, tornou-se útil, neste momento, trazer à colação informações já disponíveis, notadamente entrevistas, o que permitiu registrar a preparação, a atuação e as conquistas do Ministério Público na ANC e, ao final, o desenho constitucional obtido.

Assim, procurou-se obter informações, notadamente de fontes orais, sobre a agenda do Ministério Público para a ANC, as pessoas que se mobilizaram nestes trabalhos, os candidatos procurados, como se deu essa abordagem e quem eram os principais contatos no Congresso Nacional. Também se investigou sobre as alianças firmadas, as propostas levadas para votação, as vitórias alcançadas e as derrotas decorrentes dessa atuação.

Ao final, perscrutou-se sobre a avaliação do texto final da Constituição de 1988 por esses atores e como foi possível a aprovação no Congresso.

A partir do início do fim do governo militar, e com o advento de uma promessa de uma nova ordem constitucional, o Ministério Público percebeu a necessidade de não assistir a esse processo de maneira estanque. As lideranças nacionais do Ministério Público se aperceberam de que essa nova ordem constitucional deveria ser proposta com base nas reflexões geradas pela própria Instituição. Os Promotores decidiram participar ativamente da construção dessa nova feição do Ministério Público.

A atuação da CONAMP e de diversos membros do Ministério Público foi decisiva para esse processo, aliada à conjuntura histórico-política vivenciada naquele momento. Inquestionável é a mudança na feição do Ministério Público com o advento da Constituição de 1988. Como já apontado linhas atrás, na observação de Mazzilli, o Ministério Público teve o grande mérito de desejar uma nova feição com a Constituição de 88. Nenhuma outra instituição ligada à Justiça mudou tanto. A magistratura, a advocacia, os Delegados de Polícia, todas essas classes mantiveram mais ou menos sua mesma feição, mas com algumas poucas modificações, diferentemente do que ocorreu com o Ministério Público neste momento histórico.

Conclui-se, portanto, que a aprovação do texto constitucional referente ao Ministério Público deveu-se a dois fatores preponderantes, quais sejam, a organização da Instituição para levar um projeto de consenso ao constituinte, consubstanciado na denominada “Carta de Curitiba”; e o momento conjuntural histórico-político, representado pelo desejo do constituinte, em um período pós-ditadura, de fomentar a consolidação de uma instituição democrática forte em contraposição ao regime militar.

COMPLOIER, M. The Public Prosecution Office and the National Constituent Assembly: the origins of an innovative text. *Justitia*, São Paulo, v. 207, p. 257-279, Jan./Jun. 2016.

- **ABSTRACT:** After the celebration of the 25th anniversary of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, called “Constitution Citizen”, and because of in this period, the Brazilian Government Agency for Law Enforcement has developed greatly a unique feature in the global spectrum as recommended in the constitutional text, it is useful, at this point to bring into play information already available, especially interviews

in order to obtain a general idea of how was the preparation, performance and achievements of the Public Prosecution Office in the National Constituent Assembly (NCA) and at the end, the constitutional design obtained in order to question how it was possible to approve such an advanced text, able to exceed even the expectations of the class itself.

- **KEY WORDS:** Constitution. National Constituent Assembly (NCA). Brazilian Public Prosecution Office. Origins.

Referências

CARTA DE Curitiba. 1986. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Acesso%20Pblico/Congresso%20Nacional%20do%20MP%20-%20Cartas%20PDF/Carta%20de%20Curitiba.pdf>>. Acesso em: 4 maio 2014.

DAL POZZO, A. A. F. Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo: depoimento. [9 de maio de 2012]. São Paulo. Entrevista concedida ao Memorial do Ministério Público do Rio Grande do Sul com a participação do Procurador de Justiça Ricardo Vaz Seelig.

KERCHE, Fábio. O Ministério Público e a constituinte de 1987/88. In: SADEK, M. T. A. (Org.). *O sistema de justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielo-books/59fv5/pdf/sadek-9788579820397.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2014.

MAZZILLI, H. N. Hugo Nigro Mazzilli: depoimento. [21 de novembro de 2011]. São Paulo. Entrevista concedida a Dr. Alexandre Rocha Almeida de Moraes, Dra. Ieda Casseb Casagrande Bignardi, Dr. Ruy Alberto Gatto e Dr. Walter Paulo Sabella.

_____. Hugo Nigro Mazzilli: depoimento. Depoimento. [12 de junho de 2002]. Entrevista concedida ao historiador Gunter Axt.

_____. *A carta de Curitiba e a Constituinte*. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUNES, W.; PONDÉ, R. (Orgs.). *Memória do Ministério Público em Goiás*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura, 2008.

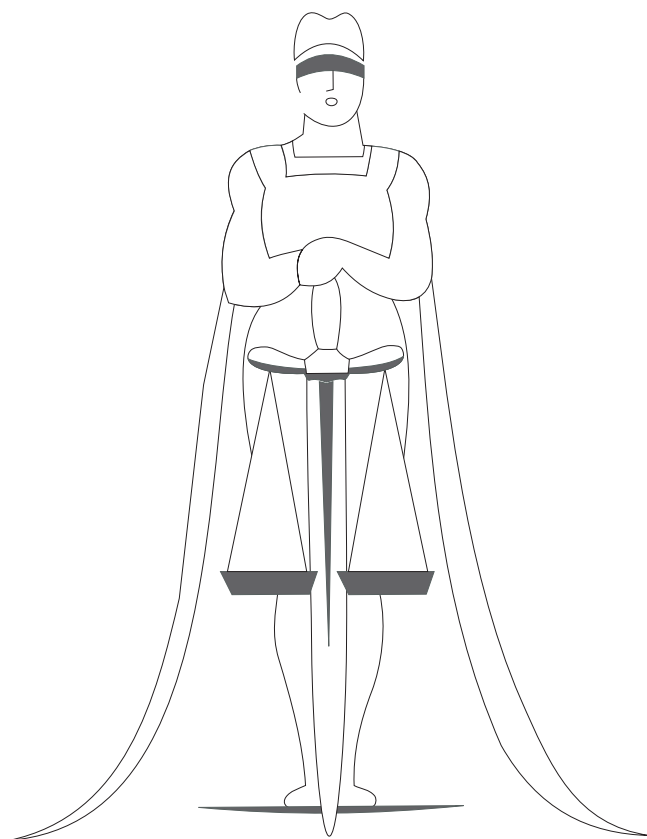
SABELLA, Walter Paulo. *A história do Ministério Público: algumas lutas e passagens*. Brasília, Escola Superior do Ministério Público, 2002.

_____. Ministério Público, 25 anos depois: depoimento. [setembro de 2013]. Entrevista concedida à Revista Tribuna do Direito (TD). *Revista Tribuna do Direito*, São Paulo, 2013.

SABELLA, Walter Paulo. O MP na Constituinte da CR/88. *Carta Forense*, 1º jul. 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/o-mp-na-constituente-da-cr88/1850>>. Acesso em: 9 maio 2012.

SAMPAIO, P. A. Plínio de Arruda Sampaio: depoimento. [7 de agosto de 2002]. São Paulo. Entrevista concedida ao historiador Gunter Axt (GA) e ao Procurador de Justiça Ricardo Vaz Seelig.

MANIFESTAÇÕES PROCESSUAIS



Conflito negativo de atribuição – Lesões corporais culposas na direção de veículo automotor agravadas (em concurso formal) – Pena máxima que supera o limite de competência *ratione materiae* do Juizado Especial Criminal – Eventual cabimento de transação penal – Irrelevância quanto à definição da competência e, reflexamente, da atribuição funcional – Atribuição da douta promotora de justiça criminal

1. Segundo se apurou, o investigado conduzia veículo automotor e, por imprudência, colidiu com motocicleta na qual havia duas pessoas, tendo ambas sofrido lesão corporal.

2. O autor, ainda, deixou de prestar socorro aos ofendidos, sendo-lhe possível fazê-lo sem risco pessoal. A conduta se amolda, portanto, ao tipo previsto no art. 303, parágrafo único, c.c. 302, § 1º, III, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, praticado por duas vezes, em concurso formal (CP, art. 70, *caput*, 1ª parte), sendo, por isso, de competência do Juízo Criminal.

3. Destaque-se que doutrina e jurisprudência firmaram entendimento no sentido de que as causas de aumento de pena devem ser consideradas em conjunto com a sanção prevista em abstrato para se verificar a possibilidade de aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95.

4. Bem por isso, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça aprovaram súmulas vedando a suspensão condicional do processo em casos de concurso de crimes em que a pena mínima, em abstrato, exceda um ano (súmulas nº 723 do STF e nº 243 do STJ). O mesmo raciocínio deve ser adotado em relação ao conceito de infração de menor potencial ofensivo. Nesse sentido, já decidiu esta Procuradoria-Geral de Justiça, conforme se nota, entre outros, no Protocolado nº 20.546/10- PGJ/SP, cuja ementa se transcreve:

“EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO. LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (CTB, ART. 303). INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, SALVO QUANDO PRESENTE ALGUMA DAS CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS DE AUMENTO DE PENA, FUNDADAS NO PARÁGRAFO ÚNICO DA DISPOSIÇÃO. VÍTIMA COLHIDA QUANDO ATRAVESSAVA A FAIXA DE PEDESTRES. EXASPERANTE CONFIGURADA. INCOMPETÊNCIA *RATIONE MATERIAE* DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. ATRIBUIÇÃO AFETA AO DOUTO SUSCITADO”.

5. Obtempere-se, ainda, que a possibilidade de outorga de transação penal, lastreada no art. 291, § 1º, do CTB, não importa, *de per si*, na competência do Juizado Especial Criminal, que observa o critério cogente descrito no art. 61 da Lei nº 9.099/95.

6. De ver que há outros casos de possibilidade de formulação de proposta da mencionada medida despenalizadora fora do Juizado Especial, como, por exemplo, na hipótese de conexão com infração de competência do Juízo Comum ou Júri, nos termos do que preceitua o art. 60, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.

Solução: conhece-se do conflito para declarar que a atribuição incumbe à Douta Suscitada.

Márcio Fernando Elias Rosa

Procurador-Geral de Justiça – SP _____

PROTOCOLADO Nº 63.018/15

Autos nº 0044824-13.2011.8.26.0405 - MM. Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Osasco

Suscitante: 19º Promotor de Justiça de Osasco

Suscitada: 18º Promotor de Justiça de Osasco

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Assunto: divergência quanto ao enquadramento dos fatos com reflexo na atribuição funcional

Cuida-se de investigação penal instaurada visando à apuração da suposta prática do crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor seguida de omissão de socorro, por duas vezes – em concurso formal (art. 303, parágrafo único, c.c. art. 302, § 1º, III, ambos da Lei nº 9.503/97, na forma do art. 70, *caput*, 1ª parte, do CP) cometidos, em tese, por S. J. de A. em face de A. R. L. e F. F. A. dos S.

Concluídas as providências de polícia judiciária, a Douta Promotora de Justiça Criminal, pautando-se no art. 291, § 1º, do Código de Trânsito Brasileiro, pugnou pelo envio do expediente ao Juizado Especial (fl.).

O Ilustre Representante Ministerial que o recebeu concordou com o enquadramento legal dos fatos, discordando, porém, da competência do JCE-RIM para o processamento do feito, visto que as penas dos crimes cometi-

dos em concurso formal ultrapassam o limite previsto no art. 61 da Lei nº 9.099/95; em consequência, suscitou conflito negativo de atribuição (fls.).

Eis a síntese do necessário.

Há de se sublinhar, preliminarmente, que o endereçamento da causa a esta Chefia Institucional assenta-se no art. 115 da Lei Complementar Estadual nº 734/93.

Encontra-se devidamente configurado, portanto, o conflito negativo de atribuição entre promotores de justiça.

Como destaca HUGO NIGRO MAZZILLI, tal incidente tem lugar quando o membro do Ministério Público nega a própria atribuição funcional e a atribui a outro, que já a tenha recusado (conflito negativo), ou quando dois ou mais deles se manifestam, simultaneamente, atos que importem a afirmação das próprias atribuições, em exclusão às de outros membros (conflito positivo) (*Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 487).

Considere-se, outrossim, que em semelhantes situações o Procurador-Geral de Justiça não se converte no promotor natural do caso; assim, não lhe cumpre determinar qual a providência a ser adotada (oferecimento de denúncia, pedido de arquivamento ou complementação de diligências), devendo tão somente dirimir o conflito para estabelecer a quem incumbe a responsabilidade de oficiar nos autos.

Pois bem.

A razão se encontra com o Douto Suscitante, com a devida vênia da Ilustre Suscitada; senão, vejamos.

Em breve resumo, consta do feito que, no dia 09 de agosto de 2011, por volta das 13 horas e 30 minutos, na Avenida Presidente Kennedy, no bairro Jardim Pochdalle, na Comarca de Osasco, S., conduzindo caminhão do tipo betoneira, atingiu a moto de A., na qual estava F., na posição de garupa, provocando a queda e lesões corporais nas vítimas, tendo, em seguida, deixado de prestar socorro aos ofendidos, sendo-lhe possível fazê-lo sem risco pessoal.

Trata-se, portanto, de conduta que se amolda ao tipo previsto no art. 303, parágrafo único, c.c. 302, § 1º, III, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, praticado por duas vezes, em concurso formal, sendo, por isso, de competência do Juízo Criminal.

Destaque-se que doutrina e jurisprudência firmaram entendimento no sentido de que as causas de aumento de pena devem ser consideradas em conjunto com a sanção prevista em abstrato para se verificar a possibilidade de aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95.

Bem por isso, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça aprovaram súmulas vedando a suspensão condicional do processo em casos de concurso de crimes em que a pena mínima, em abstrato, exceda um ano (súmulas nº 723 do STF e nº 243 do STJ). O mesmo raciocínio deve ser adotado em relação ao conceito de infração de menor potencial ofensivo.

Nesse sentido, já decidiu esta Procuradoria-Geral de Justiça, conforme se nota, entre outros, no Protocolado nº 20.546/10- PGJ/SP, cuja ementa se transcreve:

“EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO. LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (CTB, ART. 303). INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, SALVO QUANDO PRESENTE ALGUMA DAS CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS DE AUMENTO DE PENA, FUNDADAS NO PARÁGRAFO ÚNICO DA DISPOSIÇÃO. VÍTIMA COLHIDA QUANDO ATRAVESSAVA A FAIXA DE PEDESTRES. EXASPERANTE CONFIGURADA. INCOMPETÊNCIA *RATIONE MATERIAE* DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. ATRIBUIÇÃO AFETA AO DOUTO SUSCITADO.

1. O crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, tipificado no art. 303 do CTB, constitui infração de pequeno potencial ofensivo (CF, art. 98, I e Lei nº 9.099/95, art. 61), já que sua pena máxima é de dois anos de detenção.

2. Na hipótese de se verificarem quaisquer das circunstâncias previstas no parágrafo único da disposição legal, que remete às causas de aumento de pena do homicídio culposo de trânsito (CTB, art. 302, par. ún.), o teto punitivo extravasa o patamar previsto na Lei dos Juizados Especiais, tornando este órgão materialmente incompetente. No caso concreto, a ofendida atravessava a via pública na faixa de pedestres. Por esse motivo, o dever funcional de examinar a causa incumbe ao Douto Suscitado.

Solução: conflito dirimido para declarar que a atribuição para oficiar no procedimento cumpre à 2ª Promotoria de Justiça Criminal da Capital”.

Obtempere-se, ainda, que a possibilidade de outorga de transação penal, lastreada no art. 291, § 1º, do CTB, não importa, de per si, na compe-

tência do Juizado Especial Criminal, que observa o critério cogente descrito no art. 61 da Lei nº 9.099/95.

De ver que há outros casos de possibilidade de formulação de proposta da mencionada medida despenalizadora fora do Juizado Especial, como, por exemplo, na hipótese de conexão com infração de competência do Juízo Comum ou Júri, nos termos do que preceitua o art. 60, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.

Diante do exposto, conhece-se deste incidente para dirimi-lo, a fim de atribuir o dever de oficiar nos autos a Ilustre Suscitada.

Tendo em conta que a presente decisão não colide com sua independência funcional, dada a concordância quanto ao enquadramento legal da conduta, deixa-se de designar outro membro para oficiar no expediente.

Não se pode olvidar, como ensina PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN, que, em conflitos de atribuição decididos pelo Procurador-Geral de Justiça:

“(...) a exclusão de ambos (os Promotores de Justiça em litígio) só pode se dar em caráter excepcional, porque essa modalidade de controvérsia pressupõe, de ordinário, que a atuação caiba a uma das autoridades em dissídio. (...). É evidente que a livre convicção do promotor natural deve ser preservada, mas não ao custo de subtrair-lhe o caso em que lhe cabe atuar, pois o dever de agir, que porventura tenha, é irrenunciável, intransferível e insuscetível de ser eliminado por interpretação unilateral do órgão ao qual toca satisfazê-lo. (...). Somente há incompatibilidade com o desempenho funcional – e, portanto, inconveniência para a sociedade – se o pronunciamento anterior, na sua essência, traduz uma promoção de arquivamento ou envolve uma antecipada afirmação de que a demanda é inviável.” (*Regime jurídico do ministério público no processo penal*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 155; parênteses nossos)

Publique-se a ementa.

São Paulo, 13 de maio de 2015

Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça

Conflito negativo de atribuição – Atuação de policiais militares que, no desempenho da função, praticaram, em tese, crime doloso contra a vida – Controvérsia acerca do elemento subjetivo do injusto – Lesão corporal seguida de morte afastada nesta fase da persecução penal. Milicianos que agrediram indivíduo embriagado, subjugado, desferindo-lhe diversos golpes contundentes na região abdominal e na cabeça, que provocaram fratura de costelas, perfuração de intestino e traumatismo crânio-encefálico – Dolo eventual suficientemente demonstrado – Atribuição da Promotoria de Justiça do tribunal do júri

1. Apurou-se que os milicianos foram acionados ao local, de maneira a apurar a postura do ofendido, o qual, em estado de embriaguez, agredira e ameaçara sua companheira.

2. Chegando ao local, o sujeito passivo resistiu à prisão e desacatou os milicianos, os quais reagiram e o agrediram, de tal modo que, colhendo deitado, deflagraram inúmeros golpes em sua região abdominal e cabeça.

3. Realizaram, então, a prisão em flagrante e encaminharam o sujeito passivo ao hospital, sendo ele, porém, liberado e, no dia seguinte, novamente hospitalizado, vindo a falecer.

4. Os elementos de informação colhidos apontam, de modo uníssono a dinâmica dos fatos, no sentido de que o passamento do ofendido foi decorrência das agressões perpetradas pelos policiais militares. E as circunstâncias que gravitam em torno dos acontecimentos e, em particular, os dados acima retratados, revelam que não se pode afastar, nesta fase da persecução penal, a ocorrência de dolo eventual.

5. Este resulta da quantidade e da sede dos golpes desferidos pelos investigados, que agrediram a vítima com chutes e golpes de tonfa, no abdome, rosto e cabeça, regiões vitais, conforme se percebe pelo laudo de exame necroscópico e pelas fotografias acostadas.

6. De notar-se, ainda, que eram dois milicianos armados e um civil embriagado e, a despeito da superioridade física, numérica e psicomotora, deflagraram no sujeito passivo inúmeros e violentos golpes, todos eles com potencial letal.

7. O *dolus eventualis*, como é cediço, encontra-se traçada em nosso Código Penal, na fórmula abstrata do art. 18, inc. I, *in fine*, calcada na atitude subjetiva de assumir o risco de produzir o resultado.

8. O modo como atuaram os servidores públicos impõe reconhecer que previram a possibilidade de provocar a morte e, ainda assim, anuíram

para com o resultado, mostrando indiferença. Conforme ponderava HUNGRIA, é o exame dos elementos externos do fato que revela a postura psíquica: “Desde que não é possível pesquisá-lo no foro íntimo do agente, tem-se de inferi-lo dos elementos e circunstâncias do fato externo. O fim do agente se traduz, de regra, no seu ato” (*Comentários ao Código Penal*. 5. ed, Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. V, p. 49).

9. Ocorre o dolo eventual, ademais, quando: “o sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto é, admite e aceita o risco de produzi-lo. Ele não quer o resultado, pois se assim fosse haveria dolo direto. Ele antevê o resultado e age. A vontade não se dirige ao resultado (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, prevendo que esta pode produzir aquele. Percebe que é possível causar o resultado e, não obstante, realiza o comportamento. Entre desistir da conduta e causar o resultado, prefere que este se produza” (DAMÁSIO DE JESUS. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 288).

10. Os elementos carreados nos autos, consoante já se expôs, permitem concluir pela existência de crime doloso contra a vida.

11. Calha à pena ponderar que, se dúvidas existissem quanto ao elemento subjetivo do injusto, estas se resolveriam, nesta fase da persecução penal, em favor da sociedade (*vide* CC 129.497/MG, Rel. Ministro Ericson Marinho – desembargador convocado do TJ/SP, 3ª Seção, julgado em 08/10/2014, *DJe* de 16/10/2014).

Solução: conhece-se do presente conflito, declarando que a atribuição de atuar no procedimento incumbe ao primeiro Suscitado, designando-se, em respeito à sua independência funcional, outro promotor de justiça para oferecer a peça inaugural, bem como prosseguir no feito em seus ulteriores termos.

Márcio Fernando Elias Rosa

Procurador-Geral de Justiça – SP _____

PROTOCOLADO Nº 63.031/15

Autos nº 0016241-88.2013.8.26.0068 – MM. Juízo da 2ª Vara Criminal do Foro de Barueri

Suscitante: Promotoria de Justiça Militar

Suscitado: Promotoria de Justiça de Barueri

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Assunto: divergência quanto ao enquadramento dos fatos, com reflexo na atribuição funcional

Cuida-se de inquérito policial instaurado para apurar as circunstâncias em que se deu a morte de I. G. da S., que faleceu em virtude de agressões praticadas pelos policiais militares L. L. M. Jr. e M. Jr. G. S.

A Douta Promotora de Justiça Militar, ao receber o procedimento, vislumbrou o cometimento, em tese, de homicídio doloso (CP, art. 121, *caput*) e requereu seu envio ao Ilustre Representante Ministerial oficiante junto à Justiça Comum Estadual (fl.).

O Ilustre Promotor de Justiça do Júri, não vislumbrando a presença do *animus necandi*, requereu a remessa dos autos à Promotoria de Justiça Criminal (fls.), tendo o Nobre Representante Ministerial nesta oficiante requerido a remessa à Justiça Castrense (fls.).

A Douta Membro do *Parquet* nele atuante, de sua parte, reafirmou seu entendimento de que a conduta subsumir-se-ia ao crime de homicídio doloso (CP, art. 121, *caput*), e suscitou conflito negativo de atribuição (fls.).

Eis a síntese do necessário.

Há de se sublinhar, preliminarmente, que a presente remessa assenta-se no art. 115 da Lei Complementar Estadual nº 734/93.

Encontra-se devidamente configurado, portanto, o conflito negativo de atribuição entre promotores de justiça.

Como destaca HUGO NIGRO MAZZILLI, tal incidente tem lugar quando o membro do Ministério Público nega a própria atribuição funcional e a atribui a outro, que já a tenha recusado (conflito negativo), ou quando dois ou mais deles se manifestam, simultaneamente, atos que importem a afirmação das próprias atribuições, em exclusão às de outros membros (conflito positivo) (*Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 487).

Considere-se, outrossim, que em semelhantes situações, o Procurador-Geral de Justiça não se converte no promotor natural do caso, de modo que não lhe cumpre determinar qual a providência a ser adotada (oferecimento de denúncia, pedido de arquivamento ou complementação de diligências), devendo tão somente dirimir o conflito para estabelecer a quem incumbe o dever de officiar nos autos.

Pois bem.

A razão se encontra com a Douta Suscitante, com a devida vênia dos Ilustres Suscitados; senão, vejamos.

I – Dos Fatos

Pelo que se apurou, no dia 18 de abril de 2013, Inaldo agrediu e ameaçou sua companheira C. S. dos S. M., que fugiu e chamou a Polícia.

Com a chegada dos milicianos, a vítima, que estava embriagada, passou a desacatá-los e resistiu à prisão, sendo violentamente agredida pelos servidores, os quais desferiram diversos golpes contundentes, concentrados na região abdominal e na cabeça do sujeito passivo.

O ofendido foi, ainda, preso em flagrante e, juntamente com C., receberam atendimento hospitalar, mas foram liberados, vindo I. a falecer no dia seguinte, justamente em decorrência das graves lesões sofridas.

II – Dos Elementos de Informação

O laudo de exame necroscópico juntado (fl.) conclui que a vítima faleceu por “choque séptico/trauma abdominal fechado e traumatismo crânio-encefálico por ação de agente contundente”.

A testemunha S. G. da S., irmã do falecido, narrou que no dia dos fatos, I. agrediu C., tendo esta fugido para a casa de vizinhos, que ligaram para a Polícia.

Quando os milicianos ingressaram na residência, a vítima tentou agredi-los, sendo por estes presa e agredida com chutes e golpes de cassetete.

Segundo S., C. e I. foram levados ao Pronto Socorro, onde receberam atendimento médico e foram dispensados.

No dia seguinte, em virtude de dores, foi levado ao hospital, onde faleceu (fls.).

P. G. da S., irmão do ofendido, afirmou que Inaldo estava embriagado no dia dos fatos e resistiu à prisão, sendo agredido pelos policiais militares (fl.).

C., por sua vez, confirmou que Inaldo estava embriagado e, após agredi-la e dizer que iria matá-la, passou a bater sua cabeça contra o chão, sendo que só conseguiu fugir após apertar o pênis da vítima com força.

A Polícia Militar foi chamada e Inaldo discutiu com os policiais, que entraram à casa.

Nesse momento, C. passou a ouvir gritos da vítima e dos policiais, sendo que estes diziam para I. se levantar.

Após o acontecido, ele foi levado ao hospital, pois gemia de dor, mas foi liberado pela médica (fls.).

Os policiais militares responsáveis pelas agressões, L. L. e M. Jr., narraram que acompanharam a companheira da vítima até a residência, para que

esta recuperasse sua bolsa. Lá chegando, Inaldo começou a ofender moralmente C. e os milicianos.

Quando tentaram prendê-lo, a vítima passou a chutá-los, tendo sido necessário o uso de uma tonfa para contê-la.

Após os fatos, I. foi levado ao Pronto Socorro e liberado pelos médicos (fls.).

III – Do Enquadramento Legal

Ressalte-se, inicialmente, que a prova oral e pericial colhida foi uníssona quanto à dinâmica dos fatos, confirmando que a morte se deu em virtude das agressões perpetradas pelos policiais militares.

E as circunstâncias que gravitam em torno dos acontecimentos e, em particular, os dados acima retratados, revelam que não se pode afastar, nesta fase da persecução penal, a ocorrência de dolo eventual.

Este resulta da quantidade e da sede dos golpes desferidos pelos investigados, que agrediram a vítima com chutes e golpes de tonfa, no abdome, rosto e cabeça, regiões vitais, conforme se percebe pelo laudo de exame necroscópico (fl.) e pelas fotografias juntadas a fls.

De notar-se, ainda, que eram dois milicianos armados e um civil embriagado e, a despeito da superioridade física, numérica e psicomotora, deflagraram no sujeito passivo inúmeros e violentos golpes, todos eles com potencial letal.

O *dolus eventualis*, como é cediço, encontra-se traçado em nosso Código Penal, na fórmula abstrata do art. 18, inc. I, *in fine*, calcada na atitude subjetiva de assumir o risco de produzir o resultado.

A descrição legal, todavia, não é considerada pela doutrina como fiel à essência do dolo eventual, como adverte, entre outros, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (*Lições de direito penal: a nova parte geral*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 178).

O delineamento dessa modalidade de dolo ocorre quando o sujeito prevê o resultado como possível e o aceita ou com ele consente.

Há, portanto, a representação do evento, isto é, o desfecho gravoso passa pela mente do autor, aliada à sua aquiescência, ou seja, à indiferença quanto à sua produção. Como ensina DAMÁSIO DE JESUS:

“A vontade não se dirige ao resultado (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, prevendo que esta pode produzir aquele. Percebe que é possível causar o resultado e, não obstante, realiza o comportamento. Entre desistir da conduta e causar o resultado, prefere que este se produza.” (*Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 288)

Essa anuência à produção do resultado não é, jamais, verbalizada ou mesmo confessada. Não requer, ademais, consentimento explícito e formalmente demonstrado. O único meio de se aferir essa postura psíquica se dá por meio do exame do comportamento exterior. Jamais o indiciado, com efeito, irá declarar perante a autoridade que previu e não se importou com o evento. O inquérito policial *sub examen* não foge à regra.

Neste diapasão, o que se deve perquirir é identificar no pensamento do autor da conduta a seguinte postura psicológica:

“[...] vejo o perigo, sei de sua possibilidade, mas, apesar disso, dê no que der, vou praticar o ato arriscado.” (FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 303).

Nessa forma de dolo, ensina LUIZ LUISI,

“[...] o agente se propõe a determinado fim e na representação dos meios a serem usados, bem como na forma de operá-los, prevê a possibilidade de ocorrerem determinadas conseqüências. Quando o agente, apesar de prever essas conseqüências como possíveis – e embora não as deseje – tolera, consente, aprova ou anui na efetivação das mesmas, não desistindo de orientar sua ação no sentido escolhido e querido para atingir o fim visado, consciente da possibilidade das conseqüências de tal opção, o dolo, com relação às conseqüências previstas como possíveis, é eventual.” (*O tipo penal e a teoria finalista da ação*. Porto Alegre: A Nação Editora, 1979. p. 74¹)

A prova examinada demonstra que os increpados não se deixaram dissuadir da execução do fato pela possibilidade, e até mesmo probabilidade, deles conhecida, de causar lesões possivelmente letais no ofendido, uma vez que o agrediram continuamente em regiões vitais do corpo, com golpes de cassetete e chutes.

O fato de terem conduzido a vítima ao pronto socorro não exclui a conduta anterior, uma vez que esta se mostrou apta a desencadear a morte de Inaldo, e de fato a causou. Se arrependimento houve, portanto, este se revelou ineficaz.

Repita-se que o aplicador do Direito, na pesquisa do dolo eventual, deve se valer das circunstâncias exteriores.

¹ Apud JESUS, Damásio de. *O caso da morte do indígena Pataxó* – Hã-Hã-Hãe Galdino Jesus dos Santos. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, out. 1997. Disponível em: www.damasio.com.br.

De conferir-se, nesta linha, a clássica lição de NELSON HUNGRIA:

“Como reconhecer-se a *voluntas ad necem*? Desde que não é possível pesquisá-lo no foro íntimo do agente, tem-se de inferi-lo dos elementos e circunstâncias do fato externo. O fim do agente se traduz, de regra, no seu ato.”. (*Comentários ao código penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. V, p. 49)

Há, destarte, elementos para se inferir o *dolus eventualis*.

Deve-se destacar, por derradeiro, que na presente fase, ou seja, quando do início da *persecutio criminis in judicio*, há de prevalecer o princípio *in dubio pro societate*.

A esse respeito, assim se pronunciou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. JUSTIÇA MILITAR E JUSTIÇA COMUM. FUNDADA DÚVIDA QUANTO AO ELEMENTO SUBJETIVO DO HOMICÍDIO DOLOSO. DISPARO DE ARMA DE FOGO NA DIREÇÃO DO VEÍCULO DA VÍTIMA. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO SOCIETATE”. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

– Os crimes dolosos contra a vida cometidos por militar contra civil, mesmo que no desempenho de suas atividades, serão da competência da Justiça comum (Tribunal do Júri), nos termos do art. 9º, parágrafo único, do Código Penal Militar.

– No caso, somente com a análise aprofundada de todo o conjunto probatório a ser produzido durante a instrução criminal será possível identificar, categoricamente, a intenção do militar ao efetuar o disparo de arma de fogo no carro da vítima. Havendo fundada dúvida quanto ao elemento subjetivo, o feito deve tramitar na Justiça Comum, por força do princípio *in dubio pro societate*.

Precedentes.

Conflito negativo de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara de Caldas/MG (suscitado)”.

(CC 129.497/MG, Rel. Ministro Ericson Marinho – Desembargador convocado do TJ/SP, 3ª Seção, julgado em 08/10/2014, DJe de 16/10/2014)

Nada impede, por óbvio, que durante o sumário da culpa a prova indique outro caminho, situação em que poderá se operar a desclassificação a que alude o art. 419 do CPP.

Conclusão

Diante do exposto, conhece-se do presente conflito para dirimi-lo, a fim de declarar que a atribuição para oficiar nos autos compete ao Douto Promotor de Justiça oficiante no Júri.

Para que não haja menoscabo à sua independência funcional, tendo em vista a *opinio delicti* exarada, designa-se outro Representante Ministerial para atuar na causa, facultando-se-lhe observar o disposto no art. 4-A do Ato Normativo nº 302 (PGJ/CSMP/CGMP), de 07 de janeiro de 2003, com redação dada pelo Ato Normativo nº 488 (PGJ/CSMP/CGMP), de 27 de outubro de 2006.

Expeça-se portaria designando o substituto automático.

Publique-se a ementa.

São Paulo, 12 de maio de 2015

Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça

CPP, Art. 28 – Requerimento de retorno do inquérito policial à origem, a fim de se colher as declarações de uma das vítimas, bem como realizar eventual reconhecimento pessoal ou fotográfico do indiciado – Providência útil, mas prescindível, eis que foram quatro os ofendidos, tendo os outros três sido inquiridos formalmente e reconhecido o agente como um dos roubadores – Oitiva, ademais, que pode ser realizada em juízo, sob o crivo do contraditório

1. O oferecimento de denúncia, como é cediço, se satisfaz depois de constatados, nos elementos de informação coligidos, prova da materialidade e indícios suficientes de autoria.

2. Conforme reiteradamente tem assentado esta Procuradoria-Geral de Justiça, não se trata de fazer um juízo definitivo de censura, mas apenas de constatar a existência de um mínimo de embasamento para a deflagração do devido processo legal, pois: “não se exige, na primeira fase da *persecutio criminis*, que a autoria e a materialidade da prática de um delito sejam definitivamente provadas, uma vez que a verificação de justa causa para a ação penal pauta-se em juízo de probabilidade, e não de certeza” (STJ, HC nº 100.296, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJe de 01/02/2010).

3. É evidentemente lícito ao *Parquet* deixar de ajuizar a peça exordial, a despeito de relatado o inquérito, quando vislumbrar diligências imprescindíveis para tanto, nos termos do art. 16 do CPP. Entendem-se como tais aquelas sem as quais não é possível oferecer denúncia.

4. O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (CPP, art. 24), não obstante, requer seja feita uma distinção entre a diligência útil e a imprescindível. A primeira consubstancia a providência hábil a esclarecer melhor o fato, mas desnecessária sob a perspectiva do *quantum satis* para o oferecimento da denúncia; nesse caso, impõe-se ajuizar a ação penal, postulando-se, na cota introdutória, sua realização.

5. Considera-se imprescindível a colheita do elemento informativo sem o qual o ingresso da demanda provocaria flagrante constrangimento ilegal, pela ausência de prova da materialidade e indícios de autoria.

6. No caso *sub examen*, as providências mencionadas na cota ministerial, relacionadas à oitiva e realização de reconhecimento por uma das vítimas, não se afiguram indispensáveis, e devem ser concretizadas no curso do processo-crime, melhor figurando, portanto, na própria inicial acusatória, com o arrolamento de todas as vítimas, para serem ouvidas sob o crivo do contraditório.

7. O oferecimento de denúncia, destarte, é medida que se impõe, sobretudo diante da urgência que o caso recomenda, posto que há representação pela prisão preventiva do indiciado.

Solução: designa-se outro promotor de justiça para oferecer denúncia e prosseguir no feito em seus ulteriores termos.

Márcio Fernando Elias Rosa

Procurador-Geral de Justiça – SP _____

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28

PROTOCOLADO Nº 64.639/15

Autos nº 0033596-97.2015.8.26.0050 – MM. Juízo do DIPO 3 (Comarca da Capital)

Indiciado: G. B. V.

Assunto: revisão de pedido de diligências em inquérito policial

Cuida-se de investigação penal, com representação pela prisão preventiva, instaurada visando à apuração da suposta prática do crime de roubo majorado (CP, art. 157, § 2º, I e II), cometido, em tese, por G. B. V.

Isto porque, no dia 17 de março de 2015, o indiciado, agindo com unidade de desígnios com o menor L. H. F. de O., mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, subtraíram das vítimas R. G., D. R. L., K. M. R. e T. M. C. diversos pertences e o veículo marca “FORD”, modelo “Ranger”, descritos na denúncia.

Em data posterior, o adolescente L. H. foi apreendido em flagrante de ato infracional análogo ao roubo, tendo confessado a autoria do crime ora tratado, indicando a localização de seu comparsa, o indiciado G.

As vítimas R. e T. reconheceram pessoalmente o acusado como o autor (fls.), e também por meio fotográfico (fls.).

K. fez apenas o reconhecimento fotográfico (fls.).

Os depoimentos das vítimas encontram-se juntados a fls.

O indiciado negou a prática do crime (fl.).

Encerradas as providências inquisitivas, a Douta Promotora de Justiça requereu o retorno dos autos à origem com o objetivo de realizar a oitiva da vítima D., bem como para que procedesse ao reconhecimento pessoal do investigado (fl.).

A MM. Juíza, porém, considerou que as providências requeridas poderiam ser concretizadas no curso da ação penal e, por tal motivo, endere-

çou a questão para análise desta Procuradoria-Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do CPP (fl.).

Eis a síntese do necessário.

A razão se encontra com a Digníssima Magistrada, com a máxima vênua da Ilustre Representante Ministerial; senão, vejamos.

O oferecimento de denúncia, como é cediço, se satisfaz depois de constatados, nos elementos de informação coligidos, prova da materialidade e indícios suficientes de autoria.

Conforme reiteradamente tem assentado esta Procuradoria-Geral de Justiça, não se trata de fazer um juízo definitivo de censura, mas apenas de constatar a existência de um mínimo de embasamento para a deflagração do devido processo legal, pois:

“[...] não se exige, na primeira fase da *persecutio criminis*, que a autoria e a materialidade da prática de um delito sejam definitivamente provadas, uma vez que a verificação de justa causa para a ação penal pauta-se em juízo de probabilidade, e não de certeza.” (STJ, HC nº 100.296, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJe de 01/02/2010)

É evidentemente lícito ao *Parquet* deixar de ajuizar a peça exordial, a despeito de relatado o inquérito, quando vislumbrar diligências imprescindíveis para tanto, nos termos do art. 16 do CPP.

Entendem-se como tais aquelas sem as quais não é possível oferecer denúncia.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (CPP, art. 24), não obstante, requer seja feita uma distinção entre a diligência útil e a imprescindível.

A primeira consubstancia a providência hábil a esclarecer melhor o fato, mas desnecessária sob a perspectiva do *quantum satis* para o oferecimento da denúncia; nesse caso, impõe-se ajuizar a ação penal, postulando-se, na cota introdutória, sua realização.

Considera-se imprescindível a colheita do elemento informativo sem o qual o ingresso da demanda provocaria flagrante constrangimento ilegal, pela ausência de prova da materialidade e indícios de autoria.

No caso *sub examen*, as providências mencionadas na cota ministerial, relacionadas à oitiva e realização de reconhecimento por uma das vítimas, não se afiguram indispensáveis, e devem ser concretizadas no curso do processo-cri-

me, melhor figurando, portanto, na própria inicial acusatória, com o arrolamento de todas as vítimas, inclusive D., para serem ouvidas sob o crivo do contraditório.

O oferecimento de denúncia, destarte, é medida que se impõe, sobretudo diante da urgência que o caso recomenda, posto que há representação pela prisão preventiva do indiciado.

Diante do exposto, designa-se outro promotor de justiça para propor a peça inaugural e se manifestar acerca da representação efetuada pela d. autoridade policial, devendo prosseguir nos ulteriores termos do processo.

Faculta-se-lhe observar o disposto no art. 4-A do Ato Normativo nº 302 (PGJ/CSMP/CGMP), de 07 de janeiro de 2003, com redação dada pelo Ato Normativo nº 488 (PGJ/CSMP/CGMP), de 27 de outubro de 2006.

Expeça-se portaria designando o substituto automático.

Publique-se a ementa.

São Paulo, 13 de maio de 2015

Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça

Ação Civil Pública Ambiental – Averbação de Reserva Legal com Cômputo de APP – Necessidade de se Afastar o Cômputo em Razão da Inconstitucionalidade do Artigo 15 da Constituição Federal com a Demonstração da Perda Ambiental no Caso Concreto

Jaime Meira do Nascimento Junior
Promotor de Justiça – SP

Reinaldo Iori Neto
Analista de Promotoria – SP

PROCESSO Nº

Vara Única da Comarca de Bananal
Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Requerida: AMIL – Administradora Mattos de Imóveis Ltda.

Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Bananal

O Ministério Público do Estado de São Paulo, por seu Promotor de Justiça que esta subscreve, no uso de suas atribuições legais, com fulcro nos artigos 129, inciso III, e 225 da Constituição Federal, nas Leis nº 12.651/12, nº 6.938/81 e nº 7.347/85, no artigo 25, inciso IV, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), no artigo 103, inciso VIII, da Lei Complementar Estadual nº 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo), no artigo 82, I, da Lei nº 8.078/1990 e no artigo 107 do Código de Processo Civil, vem propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL

pelo rito ordinário em face de AMIL – Administradora Mattos de Imóveis Ltda., cadastrada no CNPJ nº 30.433.940/0001-35, com sede no Bairro Cotiara, CEP 27.347-490, Barra Mansa-RJ, representada por T. D’A. M., pelos motivos de fato e de direito que passa a expor.

I – Dos Fatos

A Ré figura como proprietária e possuidora do imóvel rural denominado Fazenda Santa Apolônia ou Fazenda Santa Terezinha, composta pelas ma-

trículas sob nº 541 e 542 do Cartório de Registro de Imóveis de Bananal (fls.), localizado no Município de Bananal.

No curso do Inquérito Civil nº 14.0700.0000352/2010-1, em trâmite perante o Grupo de Atuação Especial de Defesa do Meio Ambiente – Núcleo Paraíba do Sul – constatou-se que a Ré promoveu a averbação da área destinada à reserva florestal legal no Sistema Ambiental Paulista Cadastro Ambiental Rural (SICAR) (fls.).

A Ré informou que o imóvel rural foi registrado no SICAR-SP sob nº 35049090005658, com área total de 1.514,611 hectares, sendo destinado uma área de *303,97 hectares para a implantação da área de reserva florestal legal* do imóvel rural, correspondendo a 20,06% da área total do imóvel (fls.).

Informou o técnico, que elaborou o projeto de implantação de reserva legal, que no imóvel rural há a incidência de *áreas de preservação permanente na área de reserva legal, ocupando uma área de 8,39% da área total do imóvel, o equivalente a 127 hectares*, tendo em vista que 11,61% da área total do imóvel rural, destinada à reserva legal, encontra-se fora de áreas de preservação permanente.

No registro do imóvel rural no SICAR, consta a existência de *292,69 hectares de áreas de preservação permanente* em toda a extensão do imóvel (fl.).

Assim, *pela sistemática do antigo Código Florestal (Lei nº 4.771/65)*, no caso em tela, o imóvel rural teria *292,69 hectares de áreas protegidas pelo regime das áreas de preservação permanente*, enquanto seriam destinados mais *303,97 hectares de áreas para a implantação da reserva florestal legal, sem o cômputo de áreas de preservação permanente. O que totalizaria 596,66 hectares de vegetação especialmente protegida*.

Logo, *o imóvel teria 39,32% de sua área total protegida* pelos regimes jurídicos da reserva legal e das áreas de preservação permanente da Lei nº 4.771/65.

Contudo, *com a sobreposição destas áreas permitidas pela Lei nº 12.651/12*, houve redução na proteção ambiental, impedindo com que espécies nativas do Bioma Mata Atlântica (existentes no Vale do Paraíba Paulista) possam ser preservadas por um regime jurídico diferenciado de proteção ambiental.

Com a sobreposição supracitada, como realizou a Ré no caso em tela, houve uma redução de espaços territoriais especialmente protegidos pelos regimes jurídicos da área de preservação permanente e de reserva legal para a ordem de *31% da área total do imóvel rural*.

Isto ocorre porque dos 303,97 hectares destinados à reserva florestal legal, *127 hectares já são área de preservação permanente*. Logo, *apenas*

176,97 hectares foram acrescidos (como reserva legal) aos espaços especialmente protegidos existentes no imóvel rural. O que totaliza apenas 469,66 hectares de vegetação especialmente protegida pela atual legislação.

Para demonstrar a redução ambiental do acima dito, seguindo as determinações da Resolução SMA 32/2014, uma área somente pode ser considerada ambientalmente restaurada de forma adequada quando em 1 hectare existir densidade de mais de 3.000 (três mil) indivíduos nativos regenerantes da flora¹. *Em suma, para cada 1 hectare devem existir mais de 3.000 (três mil) espécies da flora.*

Seguindo o *atual Código Florestal* em conjunto com a Resolução SMA 32/2014, devem ser protegidas no imóvel rural da Ré na vegetação nativa localizada nos 469,66 hectares de reserva legal e de área de preservação permanente *apenas 1.408.980 (um milhão quatrocentos e oito mil novecentos e oitenta) indivíduos nativos regenerantes do Bioma Mata Atlântica.*

Sendo que, *segundo o antigo Código Florestal* com a Resolução SMA 32/2014, se não houvesse a sobreposição de áreas de preservação permanente em área de reserva legal, a vegetação nativa seria protegida em 596,66 hectares de reserva legal e de área de preservação permanente, o que protegeria *1.789.980 (um milhão setecentos e oitenta e nove mil novecentos e oitenta) indivíduos nativos regenerantes do Bioma Mata Atlântica.*

É uma diferença de 381.000 (trezentos e oitenta e uma) árvores do *Bioma Mata Atlântica* sem qualquer proteção legal.

Não é admissível a redução ambiental da extensão dos espaços especialmente protegidos realizada no imóvel rural perpetrada pela Ré. Os processos ecológicos protegidos pela Lei nº 4.771/65 estabeleciam maior proteção ambiental no imóvel rural em tela.

A proteção da área de reserva legal e das áreas de preservação permanente já existia antes do advento da Lei nº 12.651/12, o que não era respeitado pela Ré. Com a aplicação desta lei é flagrante o retrocesso ambiental que ocasionou no imóvel rural, pois não há mais refúgio e proteção à biodiversidade do Bioma Mata Atlântica em 127 hectares no imóvel, desprotegendo 381.000 (trezentos e oitenta e uma) árvores, *que já estavam protegidas pela égide da Lei nº 4.771/65.*

Pelo princípio ambiental da prevenção, não é necessário tecer muitas linhas para que se observe claramente que a ausência de proteção legal

¹ Conforme Anexo I da Resolução SMA 32/2014.

a 381.000 (trezentos e oitenta e uma) árvores, que deveriam ser plantadas ou devem ser protegidas para se atender as funções socioambientais estabelecidas pelos regimes das áreas de reserva legal e de preservação permanente, trarão um prejuízo ao meio ambiente.

Isto porque um maciço florestal com esta gama de árvores permitirá a formação de corredores de fauna e flora para o Bioma Mata Atlântica, que notoriamente encontra-se em risco de extinção.

A diminuição permitida pela Lei nº 12.651/12 trouxe os prejuízos ambientais supracitados, motivo pelo qual se propõe a presente ação civil pública.

II – Do Direito

Da Inconstitucionalidade do Artigo 15 da Lei nº 12.651/2014 – Preâmbulo – O Cômputo das APPS na Reserva Legal e a Crise Hídrica Paulista.

Durante o trâmite do inquérito civil nº 14.0700.000135/2010-8, foi promulgada a Lei nº 12.651/12, que prevê expressamente em seu artigo 12 a obrigatoriedade da averbação da reserva legal, e, até o presente momento, não foi averbada no imóvel rural objeto desta ação civil pública.

E como estabelece o artigo 12 da Lei nº 12.651/2012:

Art. 12. Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei:

(...)

II – localizado nas demais regiões do País: 20% (vinte por cento).

Art. 17. A Reserva Legal deve ser conservada com cobertura de vegetação nativa pelo proprietário do imóvel rural, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.

Observa-se claramente que a reserva legal é uma obrigação *propter rem*, estabelecida pela lei, para que os proprietários e possuidores de imóveis rurais mantenham a cobertura de vegetação nativa em percentuais mínimos dependendo da região do território nacional, no caso em tela, 20% (vinte por cento).

Sendo uma obrigação *propter rem* do proprietário e do possuidor do imóvel rural, comprovado com a averbação da reserva legal na matrícula do imóvel ou no CAR, não há que se falar em necessidade de realizar-se perícia no imóvel a fim de verificar a existência ou não de reserva legal de fato.

A reserva florestal legal é um território especialmente protegido do qual recaem obrigações e proteções ambientais específicas para este território, não atendendo ao regime jurídico destinado à reserva legal *a mera existência de vegetação nativa no imóvel, pois, se não houver uma delimitação formal da área destinada como área de reserva legal, os proprietários ou possuidores (presentes e futuros) podem, a seu bel-prazer, explorar toda a área do imóvel rural sem atender as restrições destinadas à reserva legal*, devido à inexistência de delimitação formal da reserva florestal legal da Fazenda Estiva.

Ademais, publicou-se o Decreto Presidencial nº 8.235/14 no dia 05 de maio de 2014, bem como foi editada a Instrução Normativa nº 2 MMA, de 06 de maio de 2014, regulamentando a averbação da reserva legal no CAR, trazendo da alteração superveniente da legislação sobre o tema. Diante desta nova regulamentação, possibilita-se a averbação da reserva legal da Fazenda Estiva de outro modo além do fólio real.

É inconcusso, ainda, que a obrigação de averbação da reserva legal já foi instituída há muito tempo pelo antigo Código Florestal e até mesmo pela proteção ao meio ambiente prevista na Carta Magna e, mesmo assim, ainda não foi cumprida pela Ré, o que torna inviável aguardar a vontade da Ré para cadastrar o imóvel rural no CAR para dar cumprimento a uma obrigação legal já existente há anos, visto que, até o momento, não existe na Fazenda Estiva vegetação nativa com proteção destinada à reserva legal.

O registro da reserva legal, seja na matrícula do imóvel, seja no CAR, é necessário para atender a legislação ambiental, o que não pode, reitera-se, aguardar até o prazo final de cadastro no imóvel rural no CAR para a Ré iniciar sua obrigação *propter rem* de atender a função socioambiental do imóvel, com a instituição da reserva legal, garantindo-se o mínimo de vegetação nativa na extensão da Fazenda Estiva.

Ressalte-se que, para cumprir as finalidades legais, sociais e ambientais, deve ser demarcada, registrada e protegida/recuperada uma área de vegetação nativa de, pelo menos, 20% do imóvel, sob pena de grave inconstitucionalidade, decorrente da eficácia negativa das normas constitucionais, posto que não pode o legislador infraconstitucional seguir um plano legislativo com direcionamento diametralmente oposto a um direito fundamental protegido como cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF).

Assim, a suposta existência de áreas de mata que materialmente formariam a reserva legal do imóvel rural não atendem ao comando legislativo, haja vista que a delimitação da área, após aprovação do órgão ambiental e seu registro determinam qual é o espaço territorial especialmente protegido no imóvel.

Como já ressaltado na exordial e nas atas de reunião acostadas aos autos, a área de preservação permanente e a reserva legal são espaços territoriais especialmente protegidos que cumprem funções precípuas distintas, embora muitas vezes complementares². Por isso, não se confundem, nem uma pode substituir outra.

A vegetação das áreas de preservação permanente tem como funções precípuas a proteção e preservação dos recursos hídricos, do solo e da biodiversidade típica de zonas ripárias, alagados, encostas e topos de morro.

A reserva legal tem como principal função a preservação da rica biodiversidade brasileira que ocorre fora das áreas de preservação permanente, bem como garantir o uso sustentável dos recursos naturais. Portanto, ao se subtrair da reserva legal montante de área de preservação permanente existente no imóvel rural, compromete-se a configuração de *habitats* de espécies típicas de solo seco, dando-se causa à perda de biodiversidade.

O cômputo de área de preservação permanente na porcentagem da reserva legal causa a diminuição da área florestada na paisagem que, desse modo, pode ficar aquém dos limiares mínimos de percolação e fragmentação.

Além disso, a diminuição da reserva legal pode apresentar prejuízos ao cumprimento de outras de suas funções ecológicas (hídricas, edáficas, climáticas, estéticas, sanitárias e econômicas).

A área de preservação permanente e a reserva legal são espaços territoriais especialmente protegidos que cumprem funções precípuas distintas, embora muitas vezes complementares³.

² METZGER, Jean Paul. *Ata da reunião com o Ministério Público*. São Paulo: IB-USP, 15.6.2011. p. 1; ENGEL, Vera Lex. *Ata da reunião com o Ministério Público*. Botucatu: FCA-UNESP, 22.6.2011. p. 2; RODRIGUES, Ricardo Ribeiro. *Ata da reunião com o Ministério Público*. Piracicaba: ESALQ-USP, 4.7.2011. p. 2; TUNDISI, J. G. *Ata da reunião com o Ministério Público*. São Carlos: Instituto Internacional de Ecologia, 13.7.2011. p. 3.

³ METZGER, Jean Paul. *Ata da reunião com o Ministério Público*. São Paulo: IB-USP, 15.6.2011. p. 1; ENGEL, Vera Lex. *Ata da reunião com o Ministério Público*. Botucatu: FCA-UNESP,

Por isso, não se confundem, nem uma pode substituir outra.

A vegetação das áreas de preservação permanente tem como funções precípuas a proteção e preservação dos recursos hídricos, do solo e da biodiversidade típica de zonas ripárias, alagados, encostas e topos de morro.

A reserva legal tem como principal função a preservação da rica biodiversidade brasileira que ocorre fora das áreas de preservação permanente, bem como garantir o uso sustentável dos recursos naturais.

Portanto, ao se subtrair da reserva legal montante de área de preservação permanente existente no imóvel rural, compromete-se a configuração de *habitats* de espécies típicas de solo seco, dando-se causa à perda de biodiversidade.

O art. 15 da Lei nº 12.651/12 prevê hipótese de autorização para o cômputo de áreas de preservação permanente no percentual de reserva legal, nos seguintes termos:

“Art. 15. Será admitido o cômputo das Áreas de Preservação Permanente no cálculo do percentual da Reserva Legal do imóvel, desde que:

I – o benefício previsto neste artigo não implique a conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo;

II – a área a ser computada esteja conservada ou em processo de recuperação, conforme comprovação do proprietário ao órgão estadual integrante do Sisnama; e

III – o proprietário ou possuidor tenha requerido inclusão do imóvel no Cadastro Ambiental Rural - CAR, nos termos desta Lei.

§ 1º O regime de proteção da Área de Preservação Permanente não se altera na hipótese prevista neste artigo.

§ 2º O proprietário ou possuidor de imóvel com Reserva Legal conservada e inscrita no Cadastro Ambiental Rural – CAR de que trata o art. 29, cuja área ultrapasse o mínimo exigido por esta Lei poderá utilizar a área excedente para fins de constituição de servidão

ambiental, Cota de Reserva Ambiental e outros instrumentos congêneres previstos nesta Lei.

§ 3º O cômputo de que trata o *caput* aplica-se a todas as modalidades de cumprimento da Reserva Legal, abrangendo a regeneração, a recomposição e a compensação.

§ 4º É dispensada a aplicação do inciso I do *caput* deste artigo, quando as Áreas de Preservação Permanente conservadas ou em processo de recuperação, somadas às demais florestas e outras formas de vegetação nativa existentes em imóvel, ultrapassarem:

I – 80% (oitenta por cento) do imóvel rural localizado em áreas de floresta na Amazônia Legal; e (...).”.

A previsão normativa, portanto, admite o cômputo das Áreas de Preservação Permanente no cálculo do percentual de Reserva Legal, em imóveis de qualquer tamanho, reduzindo o número de áreas protegidas.

Como visto anteriormente, áreas de Preservação Permanente e áreas de Reserva Legal desempenham funções ecossistêmicas diversas, porém complementares.

Juntas, compõem o mosaico de áreas protegidas mínimas para conferir sustentabilidade às propriedades rurais.

O cômputo de área de preservação permanente na porcentagem da reserva legal causa, portanto, implica a diminuição da área florestada na paisagem que, desse modo, pode ficar aquém dos limiares mínimos de percolação e fragmentação.

Além disso, a diminuição da reserva legal pode apresentar prejuízos ao cumprimento de outras de suas funções ecológicas (hídricas, edáficas, climáticas, estéticas, sanitárias e econômicas).

O tema dos efeitos prejudiciais do mecanismo foi objeto de análise da comunidade científica em estudo publicado pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e pela Academia Brasileira de Ciências⁴:

“1.3.5. A necessidade de separar RL da APP e de manter RL predominantemente com espécies nativas

⁴ Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAE3RsAC/codigo-florestal-ciencia-sbpc-abc?part=7>>. Acesso em: 30 out. 2014.

Uma das atuais propostas de alteração do Código Florestal expande as possibilidades de incorporar a APP no cômputo da RL de todas as propriedades. O maior objetivo dessa alteração é a redução do passivo ambiental, uma vez que esse mecanismo não deverá ser autorizado caso implique a supressão de novas áreas de vegetação nativa. Com essa alteração, uma propriedade (com mais de quatro módulos fiscais) que incluir 10% de APP só precisará manter mais 10% adicionais como RL; aquela que tiver mais de 20% de APP não terá de manter qualquer RL. Haveria assim uma substituição de RL por APP.

Esse cálculo combinado não faz sentido em termos biológicos. Áreas de APP e RL possuem funções e características distintas, conservando diferentes espécies e serviços ecossistêmicos. Áreas de APP ripárias diferem das áreas entre rios mantidas como RL; analogamente, APPs em encostas íngremes não equivalem a áreas próximas em solos planos que ainda mantêm vegetação nativa, conservadas como RL.

As APPs protegem áreas mais frágeis ou estratégicas, como aquelas com maior risco de erosão de solo ou que servem para recarga de aquífero, seja qual for a vegetação que as recobre, além de terem papel importante de conservação da biodiversidade. Por se localizarem fora das áreas frágeis que caracterizam as APPs, as RLs são um instrumento adicional que amplia o leque de ecossistemas e espécies nativas conservadas. São áreas complementares que devem coexistir nas paisagens para assegurar sua sustentabilidade biológica e ecológica em longo prazo. Cabe destacar ainda que, ao contrário das APPs, as RLs podem ser manejadas pelos proprietários que delas podem extrair madeiras, essências, flores, frutos e mel. Portanto, as RLs são fonte de trabalho e renda para o proprietário, desde que as atividades exercidas não comprometam a sobrevivência das espécies nativas que abrigam. Entre outras causas, o descumprimento do Código Florestal vigente no que tange às APPs e RLs é um dos principais fatores responsáveis pelo contínuo aumento no número de espécies brasileiras vulneráveis e ameaçadas de extinção nas listas atualizadas periodicamente pelas sociedades 22 científicas e adotadas pelos órgãos e instituições da área ambiental.

Na região amazônica, a redução das RLs diminuiria o patamar de cobertura florestal a níveis que comprometeriam a continuidade física da floresta, aumentando significativamente o risco de extinção

de espécies, comprometendo sua efetividade como ecossistemas funcionais e seus serviços ecossistêmicos.”

E estudos científicos demonstram que a crise hídrica que assola o Estado de São Paulo decorre exatamente do desenfreado desmatamento que ocorre na Amazônia!

Nesse sentido⁵:

“O pesquisador Antônio Nobre, do Centro de Ciência do Sistema Terrestre (CCST), braço do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe) analisou mais de 200 artigos científicos sobre a Amazônia e sua relação com o clima e as chuvas no Brasil, e concluiu que o desmatamento dessa região influencia a falta de água sentida nas regiões mais populosas do país, incluindo o Sudeste.

(...)

De acordo com o pesquisador, a falta de precipitação, sentida principalmente no Sudeste, em especial no estado de São Paulo, seria consequência indireta do desflorestamento amazônico. Desde o início da década de 1970 até 2013, a exploração madeireira e o desmatamento gradual retiraram do bioma 762.979 km² de floresta, área equivalente a duas Alemanhas. Os dados referem-se ao desmate total (chamado de corte raso).

A retirada da cobertura vegetal interrompe o fluxo de umidade do solo para a atmosfera. Desta forma, os “rios voadores”, nome dado a grandes nuvens de umidade, responsáveis pelas chuvas, que são transportadas pelos ventos desde a Amazônia até o Centro-Oeste, Sul e Sudeste brasileiros, não “seguem viagem”, causando a escassez hídrica.”

Ainda, em pesquisas científicas da FAPESP⁶:

⁵ Disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/noticia/2014/10/novo-estudo-liga-desmatamento-da-amazonia-seca-no-pais.html>>. Acesso em: 4 dez. 2014.

⁶ Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2014/12/29/danca-da-chuva/>>. Acesso em: 3 fev. 2015.

A Amazônia não é apenas a maior floresta tropical que restou no mundo. Esse sem-fim de verde entrecortado por rios serpenteantes de tamanhos e cores variados também não se limita a ser a morada de uma incrível diversidade de animais e plantas. A floresta amazônica é também um motor capaz de alterar o sentido dos ventos e uma bomba que suga água do ar sobre o oceano Atlântico e do solo e a faz circular pela América do Sul, causando em regiões distantes as chuvas pelas quais os paulistas hoje anseiam. Mas o funcionamento dessa bomba depende da manutenção da floresta, cuja porção brasileira, até 2013, perdeu 763 mil quilômetros quadrados (km²) de sua área original, o equivalente a três estados de São Paulo.

(...)

No relatório (O futuro climático da Amazônia), elaborado a partir da análise de cerca de 200 trabalhos científicos, ele mostra que a cada dia a floresta da bacia amazônica transpira 20 bilhões de toneladas de água (20 trilhões de litros). É mais do que os 17 bilhões de toneladas que o rio Amazonas despeja no Atlântico por dia. Esse rio vertical é que alimenta as nuvens e ajuda a alterar a rota dos ventos. Nobre explica que os mapas de ventos sobre o Atlântico mostram que, no hemisfério Sul e a baixas altitudes, o ar se move para noroeste na direção do equador. “Na Amazônia a floresta desvia essa ordem”, diz. “Em parte do ano, os ventos alísios carregados de umidade vêm do hemisfério Norte e convergem para oeste/sudoeste, adentrando a América do Sul.”

(...)

Antonio Nobre não se arrisca a falar muito sobre São Paulo. “Meu relatório é sobre a Amazônia.” Mas ele acredita que a seca por aqui não independe do que acontece no Norte. Em sua opinião, foi possível devastar boa parte da mata atlântica sem sentir uma redução nas chuvas porque a Amazônia era capaz de suprir a falta de água na atmosfera local. Mas isso já não parece acontecer mais. Ele aproveita o ensejo para sugerir que não apenas a floresta amazônica, mas também a que acompanhava a costa de quase todo o Brasil precisa ser recuperada imediatamente. Se não for por outro motivo, o esgotamento a que chegaram as represas que alimentam boa parte da população paulista deveria bastar como argumento.

(...)

Uma experiência prática que reforça a importância de se preservar as matas ciliares para a manutenção dos recursos hídricos é relatada pelo

biólogo Ricardo Ribeiro Rodrigues, da Esalq, especialista em recuperação de florestas nativas. Ele conta que há 24 anos a água desapareceu da microbacia de Iracemápolis, município no interior paulista. A prefeitura buscou ajuda na Esalq, e o grupo de Rodrigues implementou um projeto de conservação de solo da microbacia e de recuperação da mata ciliar que deveria estar ali. “Fui lá recentemente e levei um susto”, conta o pesquisador. O nível da represa está um pouco mais baixo, mas tem água suficiente para continuar abastecendo Iracemápolis, que teve sua população triplicada nesse período. “Toda a região está com problemas de falta de água, mas Iracemápolis não.”

As florestas afetam a saúde dos recursos hídricos por meio de sua influência nas chuvas, mas também tem importância a sua relação com as águas subterrâneas. (...)

Em outras palavras, se considerado constitucional o artigo 15 da Lei nº 12.651/2012, permitindo-se a perda de 1%, que seja, da área de reserva legal do imóvel em questão em razão do cômputo de APPs nos 20% legalmente previstos, indiretamente estará se contribuindo para o desmatamento da Amazônia e, por consequência, para a crise hídrica que assola nossa região, causado dano ambiental direto no Vale do Paraíba, no próprio Estado de São Paulo e no restante do país.

Há sim ofensa direta ao artigo 225 da Constituição Federal.

E com todo o respeito ao entendimento diverso, o dano ambiental decorrente do reconhecimento da constitucionalidade do artigo 15 deve ser considerado sob a perspectiva macro.

O cômputo implica o agravamento da situação de desmatamento da Amazônia, da Mata Atlântica existente no Vale do Paraíba e do próprio Estado de São Paulo, contribuindo com as graves mudanças climáticas que redundam na atual crise hídrica que vivemos, dentre outras coisas.

O Brasil já está pagando caro por conta de posturas e políticas públicas casuísticas, momentâneas e sem visão do todo.

O que vem atravancando nosso desenvolvimento é exatamente a falta de planejamento levando em conta todas as variáveis que podem influenciar e não apenas interesses de um ou de poucos setores econômicos específicos.

Por isso, há a necessidade de se reconhecer *que o Legislador não tem a liberdade de suprimir a proteção ambiental sem o respaldo da Ciência*, tal como ocorreu quando da edição desse novo Código Florestal da bancada ruralista,

sob pena de nossa economia afundar no deserto por falta de recursos naturais e, o que é pior, nossa civilização não estar aqui num futuro próximo!

A respeito, veja recente reportagem do Programa Fantástico que se encontra online no link <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/08/falta-dagua-em-cidades-tem-ver-com-devastacao-desenfreada-da-amazonia.html>:

“Para os cientistas, uma prova irrefutável do papel dos Andes e da Floresta Amazônica no ecossistema do cone-sul é a inexistência de um deserto nessa região. Menos na América do Sul.

Os pesquisadores não têm dúvida: Basta olhar o globo para constatar que na mesma latitude em volta do planeta tudo é deserto na Amazônia, os estados de Minas Gerais, São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná e Rio Grande do Sul fatalmente seriam desertos também.”

Ou seja, como bem relembra referida reportagem, em outras regiões do Globo, na mesma latitude do Nordeste, do Sudeste e do Sul do Brasil, temos os desertos do Saara e da Austrália:

E o que não impede que o mesmo fenômeno ocorra no Brasil é exatamente a existência da Floresta Amazônica e do Cerrado (este responsável pela alimentação de nossos Aquíferos, em especial o Guarani).

Com a nova legislação, os desmatamentos que já existem ficam legalizados, o que é inadmissível, causando a seca que se instala de pouco em pouco em nossa região.

Além da represa do Cantareira que o diga, a de Paraibuna, no Vale do Paraíba, em janeiro de 2015, pela primeira vez na história, atingiu o volume morto (vide <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2015/01/22/reservatorio-de-paraibuna-atinge-volume-morto-diz-ons/>)

Nesse sentido:

“O Operador Nacional do Sistema (ONS) informou nesta quinta-feira (20) que o maior reservatório do Rio Paraíba do Sul, localizado em Paraibuna, no Vale do Paraíba paulista, entrou no chamado volume morto, ou reserva técnica. É a primeira vez desde sua criação, em 1978, que o nível da água atinge esse ponto. A estimativa é que a reserva seja de 2 bilhões de metros cúbicos.”

Em suma, o mecanismo previsto no art. 15, assim como outros questionados pelo Ministério Público no Supremo Tribunal Federal (ADI 4709) acaba por descaracterizar o regime de proteção das reservas legais, legaliza desmatamentos que estão modificando para pior o clima brasileiro e, assim, viola o dever geral de proteção ambiental previsto no art. 225 da Constituição da República, as exigências constitucionais de reparação dos danos ambientais causados (art. 225, § 3º) e de restauração de processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I), a vedação de utilização de espaço especialmente protegido de modo a comprometer os atributos que justificam sua proteção (art. 225, § 1º, III) e o comando constitucional de que a propriedade atenda sua função social (art. 186), OS QUAIS FICAM DESDE JÁ PREQUESTIONADOS.

1. O meio ambiente na Constituição da República

Diz a Constituição da República:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I. preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II. preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III. definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem a sua proteção;

(...)

V. controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

(...)

VII. proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies, ou submetam animais à crueldade.

(...)

§ 3º 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 reparar os danos causados.”

Ao refundar e estatuir formalmente a República brasileira, os constituintes elegeram o princípio democrático como princípio estruturante fundamental, na perspectiva do resgate da cidadania econômica e socioambiental.

O regime democrático delineado na Constituição apresenta-se como um projeto que, a partir do desenvolvimento socioeconômico ambientalmente sustentável, visa erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, para transformar a República brasileira numa sociedade livre, justa e solidária, promotora do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, I a IV).

Destaque-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado⁷ é base desse modelo de sociedade, pois foi constitucionalmente consagrado como:

- direito fundamental individual, social e intergeracional (CF, art. 225, *caput*);
- princípio-base da ordem econômica (CF, art. 170, VI);
- requisito essencial para a caracterização da função social da propriedade rural (CF, art. 186, I, II e IV).

⁷ *Equilíbrio ecológico* é o que qualifica o meio ambiente como direito fundamental. Como ressalta ÉDIS MILARÉ, “o equilíbrio ecológico é um requisito para a manutenção da qualidade e das características essenciais do ecossistema ou de determinado meio. Não deve ser entendido como situação estática, mas como estado dinâmico no amplo contexto das relações entre os vários seres que compõem o meio, como as relações tróficas, o transporte de matéria e energia. O equilíbrio ecológico supõe mecanismos de autorregulação ou retroalimentação nos ecossistemas” (*Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2004, p. 982).

A sadia qualidade de vida⁸, que tem como suporte o meio ambiente ecologicamente equilibrado, compõe:

- os objetivos estratégicos da República - a construção da sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento socioeconômico ambientalmente sustentável, o bem de todos (CF, art. 3º, inc. I a IV);
- a dignidade da existência - objetivo da ordem econômica (CF, art. 170);
- o bem-estar de todos – objetivo da ordem social (CF, art. 193).

Ademais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado representa faceta importante para a formação e garantia da dignidade humana – fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III).

Por tudo isso, é dever do Poder Público defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para preservá-lo às presentes e futuras gerações.

A defesa do meio ambiente implica, dentre outras coisas, a definição, pelo Poder Público, de *espaços territoriais a serem especialmente protegidos* (CF, art. 225, § 1º, inc. III), para que neles:

- os processos ecológicos essenciais sejam preservados e restaurados (CF, art. 225, § 1º, I);
- a diversidade e a integridade do patrimônio genético sejam preservadas (CF, art. 225, § 1º, II);
- a fauna e a flora sejam protegidas, coibindo-se as práticas que coloquem em risco sua função ecológica e provoquem a extinção de espécies (CF, art. 225, § 1º, VII).
- a utilização que comprometa a integridade dos seus atributos seja vedada (CF, art. 225, § 1º, III);
- o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente seja controlado (CF, art. 225, § 1º, V).

⁸ *Sadia qualidade de vida* é a expressão de condições de vida que atingiram padrões de bem-estar material, de bem-estar social, de participação política e ambientais compatíveis com a dignidade da pessoa humana e com as exigências de uma sociedade substantivamente democrática.

Os responsáveis por atividades lesivas ao meio ambiente nesses espaços territoriais protegidos estão obrigados a reparar os danos causados e sujeitos a sanções penais e administrativas (CF, art. 225, § 3º).

2. A proteção jurídico-constitucional da reserva legal

A Constituição da República prevê como um dos instrumentos de garantia da efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a definição de espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, inc. III).

Na definição de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“Espaços territoriais especialmente protegidos são áreas geográficas públicas ou privadas (porção do território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e proteção da integridade de amostras de toda a diversidade de ecossistemas, a proteção ao processo evolutivo das espécies, a preservação e proteção dos recursos naturais”. (Comentário contextual à Constituição, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 843)

O espaço territorial que merece especial proteção é algo que está posto no mundo natural, assim como a lei da gravidade. Preexiste à percepção humana. É uma realidade que existe independentemente da consciência, da compreensão das suas características especiais e da necessidade de proteção. A captação dessa objetividade se dá, *a posteriori*, no processo de aprofundamento do conhecimento humano, pelas ciências naturais. Portanto, não é criação humana. É algo posto pela natureza e revelado pela ciência, cujo *uso restrito* ou *não uso* devem ser regulamentados como forma de proteção e preservação de seus componentes e atributos.

A Constituição, traduzindo adequadamente a complexidade dessas estruturas naturais reveladas pela ciência, exige:

- a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, especialmente daqueles que se desenvolvem nesses espaços territoriais protegidos (CF, art. 225, § 1º, incs. I e III);
- a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético, especialmente daquele presente nesses espaços territoriais protegidos (CF, art. 225, § 1º, incs. II e III);

- o controle do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, especialmente nos espaços territoriais protegidos (CF, art. 225, § 1º, incs. III e V);
- a proteção da fauna e da flora, especialmente nesses espaços territoriais protegidos (CF, art. 225, § 1º, incs. III e VII).

A Constituição, traduzindo adequadamente a complexidade dessas estruturas naturais reveladas pela ciência, veda:

- qualquer utilização do espaço territorial especialmente protegido que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem a sua proteção (art. 225, § 1º, inc. III);
- as práticas que coloquem em risco a função ecológica da fauna e da flora – inclusive daquelas existentes no interior de um espaço territorial especialmente protegido (art. 225, § 1º, incs. III e VII);
- as práticas que provoquem a extinção de espécies – inclusive daquelas existentes no interior de um espaço territorial e especialmente protegido (art. 225, § 1º, incs. III e VII).

A reserva legal insere-se como uma das categorias de espaços protegidos, assim expressamente definida no Código Florestal vigente:

Reserva legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar à conservação e à reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa (art. 3º, inc. III).

3. As bases científicas que dão suporte à proteção jurídico-constitucional da reserva legal

As áreas de reserva legal, como espaços que visam precipuamente à preservação da rica biodiversidade brasileira, devem estar distribuídas de forma equilibrada pelo território nacional, para contemplar as comunidades biológicas que integram todos os biomas, centros de

endemismo e ecossistemas. *Cumprem funções ecológicas⁹ indispensáveis para a persistência de todas as formas de vida*, ou seja, cumprem diversas funções imprescindíveis ao desenvolvimento de *processos ecológicos essenciais¹⁰*. Ademais, *constituem-se em espaços de proteção hídrica, edáfica, bem como de preservação da integridade do patrimônio genético do País*.

Os estudos científicos já realizados sobre essa temática definem as condições e critérios de localização e delimitação que garantam a proteção dos atributos e das funções ecológicas das áreas de reserva legal, como também dos processos ecológicos essenciais que nelas se desenvolvem.

Senão, veja-se.

3.1. As funções ecológicas da reserva legal

Entre as inúmeras funções ecológicas da reserva legal, pode-se citar as seguintes:

- **funções bióticas:**
 - a. preservação do patrimônio genético e do fluxo gênico de fauna e flora típicas das áreas distanciadas dos fundos de vale;
 - b. abrigo, conservação e proteção das espécies da flora e da fauna nativas adaptadas às condições microclimáticas de áreas distanciadas dos fundos de vale;
 - c. abrigo de agentes polinizadores, dispersores de sementes e inimigos naturais de pragas, responsáveis pela produção e reprodução das espécies nativas;
 - d. provisão de alimentos para a fauna silvestre;
 - e. asseguarção de circulação contínua para a fauna (corredor de

⁹ Entende-se por *função ecológica* a operação pela qual os elementos bióticos e abióticos que compõem determinado meio contribuem, em sua interação, para a manutenção do equilíbrio ecológico e para a sustentabilidade dos processos evolutivos.

¹⁰ Entende-se por *processos ecológicos essenciais* as interações entre os elementos bióticos e abióticos que compõem determinado meio e que são indispensáveis para a persistência, com sadia qualidade, de todas as formas de vida (NEPOMUCENO, Olavo; CAMPOS, Heraldo Cavalheiro Navajas Sampaio; GAIA, Daiane Caroline; ANDRADE JÚNIOR, José Roberto Porto de. *Projeto de Código Florestal*: elementos para discussão. Mimeo. Ribeirão Preto: Núcleo Regional do GAEMA, 2011, passim).

fauna) pela interligação de áreas de preservação permanente nos divisores de água.

- **funções hídricas:**

- a. facilitação da infiltração da água no solo das partes mais afastadas dos fundos de vale, nas quais os solos são geralmente mais profundos, incrementando o reabastecimento dos lençóis freáticos e dos aquíferos;

- b. manutenção do fluxo de água ou vazão nas nascentes, contribuindo para sua perenidade, uma vez que a infiltração das águas pluviais é significativamente maior nas áreas florestadas quando comparada à infiltração nos solos cultivados, o que provoca a elevação do lençol freático;

- c. redução da quantidade ou do volume dos deflúvios (enxurradas);

- d. redução das vazões máximas (ou críticas) dos cursos d'água, diminuindo proporcionalmente a frequência e a intensidade das enchentes e inundações nas cidades e no campo;

- e. armazenagem e estocagem de água nos reservatórios subterrâneos ou aquíferos;

- **funções edáficas:**

- a. redução dos processos erosivos e do carreamento de partículas e sais minerais das partes mais altas para as partes mais baixas das encostas cultivadas, como consequência da maior infiltração das águas pluviais nas partes mais altas do relevo;

- **funções climáticas:**

- a. redução da ocorrência de extremos climáticos, como as altas temperaturas, mediante a interceptação de parte da radiação solar e, conseqüentemente, a redução dos efeitos das “ilhas de calor” (aumento localizado da temperatura devido a exposição da superfície do solo);

- b. redução do “efeito estufa” mediante o sequestro e fixação de carbono, tal qual nenhuma outra área agrícola ou silvicultural, uma vez que os solos das florestas nativas abrigam uma microflora muito abundante e diversificada, constituída basicamente por compostos carbônicos;

- **funções sanitárias:**
 - a. interceptação de parte expressiva do material particulado carreado pelos ventos, melhorando as condições fitossanitárias das culturas nas áreas rurais e a qualidade do ar nas áreas urbanas;
 - b. preservação de substâncias aptas à produção de medicamentos;
- **funções estéticas:**
 - a. melhoria da composição da paisagem e da beleza cênica;
- **funções econômicas:**
 - a. disponibilização de mais água para as culturas agrícolas, devido ao maior armazenamento de água nas partes mais altas do relevo e a consequente elevação dos níveis d'água dos lençóis freáticos e dos aquíferos;
 - b. produção de água potável de baixo custo para a população: ao facilitar a infiltração de água pluvial para os aquíferos, garante balanço hídrico que permite a continuidade de exploração de água para abastecimento público sem os custos de tratamento;
 - c. polinização: abrigo para agentes polinizadores (insetos, pássaros);
 - d. controle de pragas agrícolas: abrigo para grande variedade de insetos, aracnídeos, pássaros, répteis e anfíbios que atuam como predadores de pragas agrícolas, melhorando a produção agrícola e a qualidade dos produtos agrícolas, com redução do emprego de agrotóxicos (inseticidas, acaricidas etc.);
 - e. controle biológico de doenças: abrigo para extensa gama de espécies de microorganismos saprófitas, parasitas, comensais ou simbiotes (bactérias, fungos, vírus) provendo o controle biológico de doenças das plantas cultivadas, melhorando a produção agrícola e reduzindo o emprego de agrotóxicos (fungicidas, bactericidas, acaricidas etc.).

3.2. A extensão mínima da reserva legal

A principal função ecológica da reserva legal é a conservação da biodiversidade. Por isso, ao se estabelecer o seu tamanho nos diversos biomas, é preciso levar em conta dois critérios: (I) o limiar de percolação e (II) o limiar de fragmentação¹¹.

¹¹ METZGER, Jean Paul. O Código Florestal tem base científica? *Natureza & Conservação*,

Para Jean Paul METZGER, *limiar de percolação* “é a quantidade mínima de *habitat* necessária numa determinada paisagem para que uma espécie, que não tem capacidade de sair do seu *habitat*, possa cruzar a paisagem de uma ponta a outra”. Já o *limiar de fragmentação* está relacionado com a baixa cobertura vegetal em regiões intensamente ocupadas, o pequeno tamanho e o isolamento dos fragmentos. Nessas paisagens, a dimensão dos fragmentos e o seu distanciamento causam redução populacional ou até mesmo a perda de diversidade biológica em decorrência da perda do *habitat*¹².

Com base nesses critérios, esse cientista conclui que nas paisagens intensamente utilizadas pelo ser humano, como no Estado de São Paulo, o limite mínimo de reserva legal não pode ficar aquém de 20% do total da área do imóvel rural, não se computando, nessa percentagem, as áreas de preservação permanente¹³.

3.3. A impossibilidade, como regra, do cômputo das áreas de preservação permanente na reserva legal

A área de preservação permanente e a reserva legal são espaços territoriais especialmente protegidos que cumprem funções precípuas distintas, embora muitas vezes complementares¹⁴. Por isso, não se confundem, nem uma pode substituir outra. A vegetação das áreas de preservação permanente tem como funções precípuas a proteção e preservação dos recursos hídricos, do solo e da biodiversidade típica de zonas ripárias, alagados, encostas e topos de morro. A reserva legal tem como principal

v. 8, n. 1, p. 92-99, jul. 2010, p. 94. Disponível em: <<http://www.abecol.org.br/volume8/natcon.00801017.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

¹² 2010, p. 94-95.

¹³ 2010, p. 94-95. Como concluiu a SBPC - Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e ABC - Academia Brasileira de Ciências, o percentual mínimo de reserva legal hoje estabelecidos em lei “representa um limiar importante, abaixo do qual os riscos de extinção de espécies aumentam muito rapidamente” (*O Código Florestal e a ciência: contribuições para o diálogo*, São Paulo: SBPC, 2011, p. 47).

¹⁴ METZGER, Jean Paul. *Ata da reunião com o Ministério Público*. São Paulo: IB-USP, 15.6.2011; 2011. p. 1; ENGEL, Vera Lex. *Ata da reunião com o Ministério Público*. Botucatu: FCA-UNESP, 22.6.2011, p. 2; RODRIGUES, Ricardo Ribeiro. *Ata da reunião com o Ministério Público*. Piracicaba: ESALQ-USP, 4.7.2011, p. 2; e TUNDISI, J. G. *Ata da reunião com o Ministério Público*. São Carlos: Instituto Internacional de Ecologia, 13.7.2011, p. 3.

função a preservação da rica biodiversidade brasileira que ocorre fora das áreas de preservação permanente, bem como garantir o uso sustentável dos recursos naturais. Portanto, ao se subtrair da reserva legal montante de área de preservação permanente existente no imóvel rural, compromete-se a configuração de *habitats* de espécies típicas de solo seco, dando-se causa à perda de biodiversidade.

O cômputo de área de preservação permanente na porcentagem da reserva legal causa a diminuição da área florestada na paisagem que, desse modo, pode ficar aquém dos limiares mínimos de percolação e fragmentação.

Além disso, a diminuição da reserva legal pode apresentar prejuízos ao cumprimento de outras de suas funções ecológicas (hídricas, edáficas, climáticas, estéticas, sanitárias e econômicas).

Como sustenta Jean Paul METZGER:

“As APP basicamente evitam a erosão de terrenos declivosos e a colmatagem dos rios, asseguram os recursos hídricos, propiciam fluxo gênico e prestam assim serviços ambientais capitais. Certamente essas áreas também contribuem para a conservação da biodiversidade, porém considerá-las equivalentes às RL seria um grande erro. Por se situarem justo adjacentes às áreas ripárias, em terrenos declivosos, ou ainda em restingas, tabuleiros, chapadas e em áreas elevadas (acima de 1800 m de altitude), as APP apresentam embasamento geológico e pedológico, clima e dinâmica hidrogeomorfológica distintas daquelas situadas distantes dos rios, em terrenos planos, mais longe das influências marinhas, ou em altitudes mais baixas. Em consequência disso, a composição de espécies da flora e da fauna nativa varia enormemente quando se comparam áreas situadas dentro e fora das APP... Ou seja, as APP não protegem as mesmas espécies presentes nas RL, e vice-versa. Em termos de conservação biológica, essas áreas se complementam, pois são biologicamente distintas, e seria um grande erro ecológico considerá-las como equivalentes. Todo planejamento territorial deveria considerar a heterogeneidade biológica, e um dos primeiros passos nesse sentido é distinguir RL e APP, mantendo estratégias distintas para a conservação nestas duas situações.”¹⁵

¹⁵ 2010, p. 95.

3.4. O manejo sustentável da reserva legal

O manejo da reserva legal é possível, desde que sustentável¹⁶.

Ou seja, somente se admite a intervenção antrópica que não iniba a manifestação de todas as funções ecológicas desse espaço territorial especialmente protegido e que garanta, com isso, o desenvolvimento dos processos ecológicos essenciais. Isso pressupõe estudo de viabilidade e aprovação pelas agências ambientais, bem como permanente monitoramento.

3.5. A impossibilidade de utilização de espécies exóticas em reflorestamento e no manejo de reserva legal

A ciência recomenda que a restauração da reserva legal seja feita com espécies nativas, “pois o uso de espécies exóticas compromete sua função de conservação da biodiversidade e não assegura a restauração de suas funções ecológicas e dos serviços ecossistêmicos”¹⁷.

A experiência revelou que a introdução de exóticas em áreas de conservação de espécies nativas propiciou a invasão biológica e perda de biodiversidade em face da baixa competitividade da flora local em relação à exótica¹⁸. Além disso, deve-se levar em consideração que as espécies exóticas são, em regra, invasoras agressivas, fogem do cultivo, ocasionando o descontrole de sua dispersão¹⁹.

3.6. Limites para a compensação de reserva legal

Cada bioma brasileiro ocupa grandes extensões territoriais com características geográficas muito distintas, com grande variação de clima, de latitude, de topografia, de inclinação, de tipo de solo, de *habitats* e de biodiversidade em distintos centros de endemismo. Por isso, se considerarmos para fins de compensação toda a extensão de um bioma, não haverá satisfatória preservação da biodiversidade e das demais funções ecológicas da reserva legal²⁰.

¹⁶ Ricardo Ribeiro RODRIGUES admite o manejo sustentado restrito da reserva legal (2011, p. 3). Sobre a definição de manejo e de uso sustentável, ver Lei nº 9.985, art. 2º, incs. VIII e XI.

¹⁷ SBPC-ABC, 2011, p. 49; José Galizia TUNDISI, 2011, p. 3; e Ricardo Ribeiro Rodrigues, 2011, p. 3.

¹⁸ RIBEIRO & FREITAS, 2010, p. 241.

¹⁹ MARTINS, Fernando Roberto, *Ata de Reunião com o Ministério Público*, Campinas: IB-UNICAMP, 28.06.2011, p. 3.

²⁰ KAGEYAMA, Paulo Yoshio, *Ata de Reunião com o Ministério Público*, Piracicaba: ESALQ-

A compensação de reserva legal exige, portanto, o estabelecimento de limites e critérios que garantam a representatividade da biodiversidade (comunidades biológicas similares). O critério de compensação de reserva legal deve levar em conta: (I) a equivalência de composição (*equivalência compositiva*) e a (II) a equivalência de função (*equivalência funcional*)²¹.

A *equivalência compositiva* tem como base o conjunto de espécies (comunidades biológicas) que compõem um centro de endemismo (espécies que se encontram em uma localidade).

A *equivalência funcional*, como critério de compensação, deve levar em consideração todas as funções ecológicas cumpridas pela reserva legal (bióticas, hídricas, edáficas, climáticas, estéticas, sanitárias e econômicas).

É a partir da observância desses critérios que se pode estabelecer a área onde a compensação deve ser feita, o que necessariamente implica proximidade geográfica.

III – A Conduta Ilícita e Antiambiental da Ré e a Violação de Normas e Princípios Constitucionais – A Redução da Área Destinada à Reserva Legal Como Dano Ambiental “Ipso Facto”

A não destinação de área do imóvel rural para a reserva legal e a sua ocupação com atividades antrópicas, quaisquer que elas sejam e independentemente de sua extensão, bem como o abandono dela com a introdução, ainda que involuntária, de gramíneas e de espécies exóticas, causam danos que frustram o cumprimento das funções ecológicas dessa área. Esse tipo de ocupação:

- compromete a preservação dos processos ecológicos essenciais que se desenvolvem nesse espaço territorial protegido;

USP, 13.06.2011, p. 4. METZGER, Jean Paul, 2011, p. 2-3. ENGEL, Vera Lex, 2011, p. 3. MARTINS, Fernando Roberto, 2011, p. 3. SOUZA, Marcelo Pereira de & VARANDA, Elenice Mouro, *Ata de Reunião com o Ministério Público*, Ribeirão Preto: FFCLRP-USP, 27.06.2011, p. 2. AMORIM, Dalton de Souza, *Ata de Reunião com o Ministério Público*, Ribeirão Preto: FFCLRP-USP, 27.06.2011, p. 1-2; RODRIGUES, Ricardo Ribeiro, 2011, p. 2. SPAROVEK, Gerd, *Ata de Reunião com o Ministério Público*, Piracicaba, ESALQ-USP, 13.06.2011, p. 2. TUNDISI, José Galizia, 2011, p. 3.

²¹ METZGER, Jean Paul, 2011, p. 2-3.

- **norma constitucional violada: art. 225, § 1º, inc. I**
- compromete a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético presente nesse espaço territorial protegido;
- **norma constitucional violada: art. 225, § 1º, inc. II**
- compromete a integridade dos atributos desse espaço territorial protegido;
- **norma constitucional violada: art. 225, § 1º, inc. III**
- implica emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportam risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente nesse espaço territorial protegido;
- **norma constitucional violada: art. 225, § 1º, inc. V**
- inviabiliza a proteção da fauna e da flora nesse espaço territorial protegido;
- **norma constitucional violada: art. 225, § 1º, inc. VII**
- implica utilização inadequada dos recursos naturais e degradação do meio ambiente, caracterizando descumprimento da função socioambiental da propriedade.
- **norma constitucional violada: art. 186, inc. II**
- enfim, implica descumprimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.
- **norma constitucional violada: art. 225, *caput***

Além das normas atingidas, a não destinação de área para a reserva legal e a sua irregular ocupação, nos termos acima descritos, também violam princípios constitucionais. Esse tipo de conduta fere:

- **o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana**, porque, ao reduzir-se o grau de sustentabilidade ambiental e ao provocar-se o desequilíbrio ecológico do meio ambiente, afeta-se negativamente a qualidade de vida, cuja sanidade é elemento essencial da dignidade da pessoa humana;
- **o princípio do desenvolvimento socioeconômico ambientalmente sustentável**, porque, ao reduzir-se o grau de sustentabilidade ambiental, privilegia-se o econômico em prejuízo do ambiental, frustrando-se o caráter multidimensional e holístico do desenvolvimento, assim como posto na Constituição;

- **o princípio da promoção do bem comum**, porque, ao reduzir-se o grau de sustentabilidade ambiental e ao provocar-se o desequilíbrio ecológico do meio ambiente, afasta-se uma das condições sociais básicas do desenvolvimento humano, qual seja: a sadia qualidade de vida;
- **o princípio da supremacia do interesse público ambiental**, porque, ao possibilitar-se o uso econômico e indevido de áreas ambientalmente sensíveis, em prejuízo do equilíbrio ecológico e da sadia qualidade de vida, sobrepõe-se o interesse privado ao público, subvertendo-se a lógica republicana da nossa Constituição;
- **o princípio da indisponibilidade do interesse público na proteção do meio ambiente**, porque, ao permitir-se a ocupação, para fins privados e indevidos, de espaço territorial protegido, dispõe-se, à revelia da vontade geral, de patrimônio ambiental que é de uso comum do povo;
- **o princípio da função social da propriedade**, porque, ao utilizar-se inadequadamente os recursos naturais disponíveis e ao degradar o meio ambiente, desatende-se ao requisito ambiental da função social;
- **o princípio da equidade intergeracional** porque, ao reduzir-se o grau de sustentabilidade ambiental e ao provocar-se o desequilíbrio ecológico do meio ambiente, não se preservam os recursos naturais recebidos das gerações passadas, deixando-se recursos e benefícios em patamares inferiores às futuras gerações.
- **os princípios da prevenção e da precaução**, pois ao permitir-se a ocupação do espaço territorial especialmente protegido, impede-se o cumprimento de suas funções ecológicas, deixando-se de evitar impactos ambientais previamente conhecidos, além de não considerar perigos futuros que possam, eventualmente, comprometer o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Entre os princípios constitucionais violados com a não preservação da área de reserva legal, destaca-se o princípio da proibição do retrocesso ambiental.

1. Do princípio da proibição do retrocesso

1.a. Na Constituição Federal

O Egrégio Supremo Tribunal Federal já se pronunciou nos idos de 1995, que o meio ambiente é direito fundamental quando o Ministro Celso de Mello ao relatar o Mandado de Segurança envolvendo desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária já nos advertia:

“O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.

Ora, se o meio ambiente é objeto de direito fundamental ou na acepção mais ampla, de “direitos humanos”, resta evidente que qualquer norma que promova uma diminuição da proteção aos bens ambientais é visceralmente inconstitucional, em especial, por afrontar o princípio que proíbe o retrocesso ambiental.

Sobre o tema a lição do Ministro Herman Benjamin do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Nunca é demais recordar que vivemos em uma era de consolidação e afirmação de direitos proclamados, que repele a instituição teatral

*e o uso ornamental das normas, constitucionais ou não*²². Na mesma linha, também se mostra incompatível com a pós-modernidade, que enfatiza a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a segurança jurídica das conquistas da civilização, transformar direitos humanos das presentes gerações e garantias dos interesses dos nossos pósteros num ioiô legislativo, um acórdão desafinado e imprevisível, que ora se expande, ora se retrai. Essa preocupação que domina vários campos do Direito ganha centralidade na tutela do meio ambiente.

Em tal contexto crescentemente se afirma o princípio da proibição de retrocesso, sobretudo quanto ao chamado núcleo legislativo duro do arcabouço do Direito Ambiental, isto é, os direitos e instrumentos diretamente associados à manutenção do “meio ambiente ecologicamente equilibrado” e dos “processos ecológicos essenciais”, plasmados no art. 225 da Constituição de 1988.

A Constituição Federal não deixa qualquer dúvida: o modelo político instituído no Brasil tem, como um de seus “objetivos fundamentais”, o “desenvolvimento nacional” e a erradicação da “pobreza” (art. 3º, II e III), norte esse que igualmente informa nossa cooperação com outras nações, que observará, entre outros princípios, “o progresso da humanidade” (art. 4º, IX, grifei)”.

“A proposição acima nada tem de recente. Não é de hoje que se defende “que a civilização moveu-se, move-se e se moverá numa direção desejável”, conforme resume J. B. Bury, em sua clássica obra de início do Século XX²³; ou que a humanidade “avançou no passado, continua avançando agora, e, com toda probabilidade, continuará a avançar no futuro próximo”²⁴. Sob a cobertura política dessa idéia-chave, surge o princípio jurídico da proibição de retrocesso que expressa uma “vedação ao legislador de suprimir, pura e simplesmente, a concretização da norma”, constitucional ou não, “que trate do núcleo essencial de um direito fundamental” e, ao fazê-lo, impedir, dificultar

²² Cf. Antônio Herman BENJAMIN. O Estado teatral e a implementação do Direito Ambiental, in *Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental*, São Paulo, IMESP, 2004.

²³ BURY, J. B. *The Idea of Progress: An Inquiry into its Origins and Growth*. London: Macmillan and Co, 1920. p. 2.

²⁴ NISBET, Robert. *History of the Idea of Progress*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2008, p. XI.

ou inviabilizar “a sua fruição, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios”²⁵. Princípio esse que transborda da esfera dos direitos humanos e sociais para o Direito Ambiental.

“Note-se que o texto constitucional, na proteção do meio ambiente, se organiza, acima referimos, em torno de bem-revelados e fixados *núcleos jurídicos duros* (“centro primordial”, “ponto essencial”, ou “zona de vedação reducionista”), que rejeitam ser ignorados ou infringidos pelo legislador, administrador ou juiz, autênticos *imperativos jurídicos ambientais mínimos*: os deveres de “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais”, “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País”, “proteger a fauna e a flora”, e impedir “práticas que coloquem em risco sua função ecológica” ou “provoquem a extinção de espécies” (art. 225, § 1º, I, II e VII).

Princípio geral ainda porque tanto a legislação (a Lei 6.938/81²⁶, por ex.) como a jurisprudência²⁷ brasileiras perfilham, sem meias palavras, o *princípio da melhoria ambiental*. Ora, prescrever, como objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente, a “melhoria da qualidade ambiental propícia à vida” é dizer mais do que ambiciona o princípio de retrocesso, pois não bastará *manter* ou *conservar* o que se tem, impondo-se melhorar, avançar (= progresso) no terreno daquilo que um dia ecologicamente se teve, e desapareceu, ou hoje se encontra

²⁵ DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 298.

²⁶ Segundo a Lei nº 6.938/81, “A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, *melhoria* e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida” (art. 2º, caput, grifei).

²⁷ O Superior Tribunal de Justiça, p. ex., já se pronunciou no sentido de que “**Ante o princípio da melhoria da qualidade ambiental**, adotado no Direito brasileiro (art. 2º, caput, da Lei 6.938/81), inconcebível a proposição de que, se um imóvel, rural ou urbano, encontra-se em região ecologicamente deteriorada ou comprometida por ação ou omissão de terceiros, dispensável ficaria sua preservação e conservação futuras (e, com maior ênfase, eventual restauração ou recuperação). Tal tese equivaleria, indiretamente, a criar um absurdo cânone de isonomia aplicável a pretensão de poluir e degradar: se outros, impunemente, contaminaram, destruíram ou desmataram o meio ambiente protegido que a prerrogativa valha para todos e a todos beneficie” (REsp 769753/SC, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/06/2011, grifei).

dilapidado, e, se não zelado de maneira correta, mais cedo ou mais tarde desaparecerá”.

“Se dinâmico e relativo, o princípio obedeceria à lógica do “controle de proporcionalidade”, o que interditaria, “na ausência de motivos imperiosos” ou justificativa convincente, uma diminuição do nível de proteção jurídica. Consequentemente, haverá, sempre, de exigir do legislador cabal motivação ou demonstração de inofensividade da regressão operada – a manutenção do *status quo* de tutela dos bens jurídicos em questão. Em outras palavras, deve-se atestar a equivalência material entre a fórmula legal anterior e a proposta, “a necessidade de uma modificação, demonstrada, a proporcionalidade de uma regressão, apreciada”, abrindo-se para o juiz, “fiel aos valores que fundam nosso sistema jurídico”, a possibilidade de controlar essas balizas, o que não é o mesmo que “se imiscuir nas escolhas políticas”²⁸. “No âmbito desse “centro primordial”, “ponto essencial”, “núcleo duro” ou “zona de vedação reducionista”, o desenho legal infraconstitucional, uma vez recepcionado pela Constituição, com ela se funde, donde a impossibilidade de anulá-lo ou de afrouxá-lo de maneira substancial, sem que com isso, inafastavelmente, se fira ou mutile o próprio conteúdo e sentido da norma maior. É o fenômeno da repulsa às normas infraconstitucionais que, desinteressadas em garantir a *máxima* eficácia dos direitos constitucionais fundamentais, não se acanham e são rápidas ao negar-lhes o *mínimo* de eficácia.

Firma-se como pressuposto da proibição de retrocesso que os mandamentos constitucionais “sejam concretizados através de normas infraconstitucionais”, daí resultando que a principal providência que se pode “exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas”, sobretudo quando tal revogação ocorre desacompanhada “de uma política substitutiva ou equivalente”, isto é, deixa “um vazio em seu lugar”, a saber, “o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente”²⁹.

²⁸ HACHEZ, Isabelle. *Le Principe de Standstill dans le Droit des Droits Fondamentaux: une Irréversibilité Relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 658-660.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, p. 380-381.

Claro, não se trata aqui de pretender conferir caráter absoluto ao princípio da proibição de retrocesso, sendo um exagero admitir tanto a liberdade irrestrita do legislador, como, no âmbito de sua autonomia legislativa, vedar-lhe inteiramente a revisibilidade das leis que elabora e edita. O princípio da proibição de retrocesso não institui camisa de força ao legislador e ao implementador, mas impõe-lhes limites não discricionários à sua atuação.

Especificamente, no caso da proteção de biomas, ecossistemas e espécies, será seguinte a pergunta que o juiz sempre se fará: as alterações legislativas ou políticas de implementação mantêm ou ampliam as garantias do meio ambiente? Asseguram a proteção dos “processos ecológicos essenciais”? Escudam, eficaz e eficientemente, as espécies ameaçadas de extinção? Ampliam ou reduzem os riscos ambientais a *habitats* vulneráveis? Estabelecem, naquilo que se revisa ou modifica, alternativas técnicas capazes de alcançar os mesmos ou similares resultados da norma ou política de implementação revogada? Reduzem ou mantêm o grau de dificuldade de execução, bem como de cobrança administrativa e judicial (os chamados custos da execução da lei)?

E conclui:

“Também os juízes devem ter me mente que os instrumentos do Direito Ambiental não corroem, nem ameaçam a vitalidade produtiva do Brasil e a velocidade de sua inclusão entre as grandes economias do Planeta; tampouco pesam na capacidade financeira do Estado ou se apresentam como contrabando legislativo, devaneio imotivado de um legislador desavisado ou irresponsável. Ao contrário, se inserem no âmbito da *função social* e da *função ecológica da propriedade*, previstas na Constituição de 1988 (arts. 5º, XXIII, e 186, II, respectivamente).

Consequentemente, reduzir, inviabilizar ou revogar leis, dispositivos legais e políticas de implementação de proteção da Natureza nada mais significa, na esteira da violação ao princípio da proibição de retrocesso ambiental, que conceder colossal incentivo econômico a quem não podia explorar (e desmatar) partes da sua propriedade e, em seguida, com a regressão, passar a podê-lo. Tudo à custa do esvaziamento da densificação do mínimo ecológico constitucional.

Retroceder agora, quando mal acordamos do pesadelo da destruição ensandecida dos processos ecológicos essenciais nos últimos 500 anos, haverá de ser visto, por juízes, como privatização de inestimável externalidade positiva (= os serviços ecológicos do patrimônio natural

intergeracional), que se agrega à também incalculável externalidade negativa (= a destruição de biomas inteiros), que acaba socializada com toda a coletividade e seus descendentes.

Fica a lição com jeito de alerta: no universo da proteção jurídica do ambiente, o antiprogresso e, pior, o retrocesso legislativo, este sim, tem custos para as presentes e futuras gerações, provavelmente irreversíveis.

É a degradação da lei levando à degradação ambiental”³⁰.

Esse é o princípio constitucional implícito da PROIBIÇÃO DO RETROCESSO DOS DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS, resumido dessa forma pela doutrina mais especializada:

“Assim, o princípio da proibição do retrocesso ambiental (ou socioambiental) seria concebido no sentido de que a tutela normativa ambiental – tanto sob a perspectiva constitucional quanto infraconstitucional – deve operar de modo progressivo no âmbito das relações sócio-ambientais, a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade da pessoa humana, não admitindo o retrocesso, em termos normativos, a um nível de proteção inferior àquele verificado hoje” (SARLET, Ingo Wolfgang & FENSTERSEIFER, Tiago. *Dano Ambiental na Sociedade de Risco*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 152/153)

O Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, em julgamento recente, chegou a reconhecer *expressamente* a existência do princípio da vedação do retrocesso, “*segundo o qual seria inconstitucional a redução arbitrária do grau de concretização legislativa de um direito fundamental*” em seu célebre voto na ADI 4.578/DF.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou diversas vezes sobre a existência de limites constitucionais à liberdade do legislador em matéria ambiental, como, por exemplo, na ADI 1086, em que julgou inconstitucional

³⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 55-72.

norma da Constituição do Estado de Santa Catarina que dispensava de EIA-RIMA empreendimentos de florestamento ou reflorestamento, na ADPF 101, em que declarou inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, nas ADIs 3776, 2514 e 1856, em que julgou inconstitucionais normas que permitiam “rinhas” ou “brigas de galos” e no RE 153531, em que foi julgada inconstitucional a “farra do boi”.

Mais do que uma construção meramente doutrinária, o aludido princípio possui suporte normativo (constitucional e infraconstitucional) e é perfeitamente aplicável para fulminar qualquer artigo de lei (em sentido *lato*) que importe em redução do nível mínimo de proteção aos direitos sócio-ambientais.

Inclusive, cabe ressaltar que o princípio da proibição do retrocesso vem há tempos sendo utilizado pelos julgadores para fundamentar decisões que tutelam o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, combatendo condutas ou atos normativos que reduzam a proteção ao meio ambiente. Neste sentido, colaciona-se trecho do julgado do Recurso Especial nº 302.906 – SP, do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA *PROPTER REM*. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNIFAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. *IUS VARIANDI* ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO *PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO* (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VOTO-MÉRITO.

1 – (...)

11. O exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no

Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao *princípio da não-regressão* (ou, por outra terminologia, *princípio da proibição de retrocesso*), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.

(...)

(Superior Tribunal de Justiça – REsp 302.906 – Data do julgamento: 26/08/2010 – grifo nosso)

Igualmente, cabe a transcrição das razões encampadas do Ministério Público do Rio Grande do Sul pelo ilustre Desembargador Vasco Della Giustina, relator da ADIN 70005054010, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao proferir o seu voto:

“A doutrina qualifica o direito ao meio ambiente como direito fundamental de terceira geração, inserindo dentre os direitos de solidariedade, direitos de fraternidade, ou direito dos povos. **Firmada a fundamentalidade do direito ao meio ambiente equilibrado e sadio, deve-se destacar que tal ‘status’ veda qualquer possibilidade de emenda constitucional que permita situações de enfraquecimento ou esvaziamento do preceito, tanto quanto aquilo que a parte da doutrina chama ‘retrocesso social’**”. (destacamos)

Ainda e no mesmo sentido, segue o julgado do Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA CAUTELAR – LEI Nº 5.155/11 – ALTERAÇÕES NO PLANO DIRETOR URBANO DE VILA VELHA – PARTICIPAÇÃO POPULAR NÃO OBSERVADA NO TRANSCURSO DO PROCESSO LEGISLATIVO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA – ARTS. 231, § ÚNICO, IV E 236 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – CRIAÇÃO DE ZONAS INDUSTRIAIS EM ÁREAS DE INTERESSE AMBIENTAL – REDUÇÃO DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NÃO-RETROCESSO SOCIAL – DIREITO DA POPULAÇÃO AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL E EQUILIBRADO – ART. 186 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – RISCO DE DANOS AO MEIO AMBIENTE E CRESCIMENTO

DESORDENADO DO MUNICÍPIO – PRESENÇA DO FUMUS BONI IURS E DO PERICULUM IN MORA – MEDIDA LIMINAR DEFERIDA.

1 – O deferimento de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade submete-se à necessidade da presença concomitante do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

2 – A necessidade de participação popular na elaboração do Plano Diretor Urbano e suas posteriores alterações consiste em pressuposto estabelecido pelo constituinte estadual como forma de efetivação do princípio da democracia participativa. Exegese dos artigos 231, § único, incisos IV e 236 da Constituição Estadual.

3 – Deve ser assegurada a participação direta do povo e a cooperação das associações representativas em todas as fases do planejamento municipal.

4 – A supressão do princípio da democracia participativa no processo legislativo que resultou na Lei nº 5.155/11, consiste em situação suficiente para inquiná-la de vício de inconstitucionalidade formal objetiva, posto que o PDU, e suas posteriores alterações, deve ser reflexo dos anseios e das necessidades dos munícipes, que têm o direito de externá-los por meio dos instrumentos de efetivação da democracia participativa, como é o caso da audiência pública.

5 – A criação de Zonas Industriais em áreas de interesse ambiental, bem como a redução das áreas de preservação, consiste em verdadeiro retrocesso social, porquanto o direito ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado encontra-se expressamente previsto no art. 186, *caput*, da Constituição Estadual, que é simétrico ao art. 225, *caput*, da Constituição Federal.

6 – Presença da relevância da fundamentação, assim como do *periculum in mora*, evidenciado pelo risco de danos às áreas de preservação ambiental envolvidas do município poderão sofrer, caso as modificações previstas na Lei nº 5.155/11 sejam imediatamente implementadas no Plano Diretor Urbano de Vila Velha.

7 – Pedido liminar deferido. Eficácia dos artigos impugnados suspensa com efeito vinculante *ex nunc*.

(TJES, Classe: Ação de Inconstitucionalidade, 100110030515, Relator: CARLOS SIMÕES FONSECA, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 08/03/2012, Data da Publicação no Diário: 15/03/2012 – destacamos)

Como se observa, tal princípio vem sendo empregado como fundamento de decisões protetivas ao meio ambiente, com vista a efetivar os preceitos

constitucionais que imputam ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Neste diapasão, com vistas a afastar a proteção deficitária ao meio ambiente e considerando que os avanços conquistados pelas gerações anteriores não podem ser suprimidos pela atual geração, é imperioso que se analisem os preceitos constantes da Lei nº 12.651/12 à luz do princípio da proibição do retrocesso, buscando alcançar e efetivar os valores presentes em nossa Carta Magna.

Um primeiro alicerce desse princípio consiste na garantia constitucional de irredutibilidade das cláusulas pétreas, em especial as que contemplem direitos fundamentais (CF, art. 60, § 4º, IV). Em sendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado direito fundamental, impassível de redução sequer por emenda constitucional, menos ainda poderia ser objeto de diminuição via lei ordinária.

Ademais, o Princípio da Proibição do Retrocesso encontra amparo nos princípios constitucionais da Prevalência dos Direitos Humanos e da Cooperação entre os Povos para o *Progresso* da Humanidade expressamente definidos no art. 4º, incs. II e IX, da Constituição Federal:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II – prevalência dos direitos humanos;

(...)

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

(...)

Uma vez que o Estado brasileiro, por meio da Carta Magna, se comprometeu a fazer prevalecer os DIREITOS HUMANOS sobre interesses meramente econômicos e contribuir para o PROGRESSO, não pode aceitar ato legislativo que implique em regresso nos níveis de proteção do mais fundamental dos direitos humanos: o DIREITO À VIDA saudável e equilibrada para as presentes e futuras gerações.

O Princípio em lume também decorre da segurança jurídica resultante da Proteção ao Direito Adquirido (art. 5º, XXXVI da Constituição Federal) da sociedade ao patamar mínimo de proteção às florestas. A Lei nº 4771/65 e as Resoluções CONAMA que a regulamentaram foram o ápice de um longo processo social e científico para estabelecer um núcleo mínimo

de normas para dar efetividade ao direito constitucional ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.

Pontue-se, que as mudanças legislativas decorrentes das Leis Federais nºs 12.651 e 12.727, ambas de 2012, pautaram-se, exclusivamente, pelo interesse econômico (sobretudo do agronegócio), olvidando-se de que: a) é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos (não apenas do agronegócio), sem distinção (art. 3º, IV); o equilíbrio ecológico não se mantém pelo atendimento à conveniência da economia, dependendo de leis físicas, químicas e biológicas, desconsideradas no processo de reforma legislativa. É exatamente por esse segundo fator que a Academia, analisando as modificações sob o aspecto técnico e científico, rechaçou-as contundentemente, nelas detectando enorme retrocesso ambiental³¹.

O próprio Governo Federal através do Instituto de Pesquisa e Econômica Aplicada (IPEA) demonstrou que as mudanças operadas são desastrosas ao meio ambiente³². No mesmo diapasão já se pronunciou a Agência Nacional de Águas (ANA)³³.

No caso da Fazenda Santa Apolônia, houve a redução de 127 hectares da área total do imóvel rural que deveria ser destinado para se tornar um espaço especialmente protegido, fato que não ocorreu, impedindo que 381.000 (trezentos e oitenta e uma) árvores fossem protegidas pelo regime jurídico da reserva florestal legal.

A mudança legislativa, como ponderado pelo brilhante Ministro Herman Benjamin do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, obrigatoriamente, deveria ser precedida de isento, ético, sério e independente debate técnico, pois restam as singelas indagações: Quem tem conhecimento para definir limites das áreas protegidas, (áreas de preservação permanente e reserva legal, dentre outras), a fim de que elas cumpram as funções ecológicas que são sua razão de existir? Os técnicos ou os nossos legisladores? Estes, com raras exceções, sequer são versados na matéria!

³¹ Disponível em: <http://www.sbpnet.org.br/site/arquivos/codigo_florestal_e_a_ciencia.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2014.

³² Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110616_comunicadoipea96.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2014.

³³ Disponível em: <http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/noticias/20120509_NT_n_012-2012-CodigoFlorestal.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2014.

A resposta é mais do que óbvia! OS TÉCNICOS!

Destarte, o Parlamento Nacional perdeu a oportunidade histórica de equacionar um gravíssimo problema de índole nacional, pois se afastando do bom senso e dos melhores interesses nacionais³⁴, cedeu aos interesses de parcela de classe anacrônica que visualiza no desmatamento e na não recuperação das áreas degradadas maior “lucro” para sua atividade, quando deveria proteger o nosso maior patrimônio, reservando-o como verdadeira “poupança ambiental” em respeito ao Direito Intergeracional.

Ora, estudos indicam que existem milhões de hectares degradados que são aptos para o aumento das áreas produtivas³⁵.

Fácil concluir, então, que não há necessidade de desmatar-se ou deixar de recuperar um centímetro sequer das denominadas áreas protegidas. Basta que seja implementado competente programa de recuperação de áreas produtivas degradadas, associado a efetivo programa de financiamento de projetos para recuperação de áreas degradadas, ambos aliados, obviamente, ao necessário pagamento de serviços ambientais.

Ademais, se a revogada Lei Federal nº 4.771/65 fosse realmente “impossível” de ser cumprida, como explicar a existência milhares de propriedades rurais regularizadas sob sua égide³⁶?

Não bastasse, vislumbra-se, ainda, nítida inconstitucionalidade derivada da afronta perpetrada pelo legislador ordinário federal em face de vários dispositivos constitucionais.

³⁴ Segundo *Datafolha*, 79% da população era contra as modificações efetuadas pelo novo Código Florestal. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/codigo-florestal-segundo-pesquisa-datafolha-79-dos-brasileiros-sao-contra-perdao-de-multas-quem-desmatou-ilegalmente-2876725>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

³⁵ “*Estima-se que, em razão de seu uso inadequado, existam hoje no Brasil 61 milhões de hectares de terras degradadas que poderiam ser recuperadas e usadas na produção de alimentos. Existem conhecimentos e tecnologias disponíveis para essa recuperação. Nesse sentido, destaca-se a recente iniciativa do governo federal por meio do Programa Agricultura de Baixo Carbono (Programa ABC), que aproveita o passivo das emissões de gases de efeito estufa e o transforma em oportunidade na produção agrícola e na prestação de serviços ambientais. Todavia, apesar do grande mérito dessa iniciativa, um esforço político muito maior faz-se necessário*”. (Destaquei). “O Código Florestal e a Ciência. Contribuições para o diálogo”. Disponível em: <http://www.sbpnet.org.br/site/arquivos/codigo_florestal_e_a_ciencia.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2014.

³⁶ Disponível em: <<http://www.lucasdorioverde.mt.gov.br/lucaslegal.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

A Lei Federal nº 12.651/2012, com redação dada pela Lei Federal nº 12.727/12, solapa a função social da propriedade (artigos 5º, inciso XXIII, e 186, incisos I e II, ambos da Carta Política de 1988), pois impede que os institutos ambientais (notadamente a reserva legal e as áreas de preservação permanente) cumpram sua função e assegurem, protejam e perpetuem os processos ecológicos.

Há também flagrante afronta aos princípios de autoaplicabilidade dos direitos fundamentais e da incorporação dos tratados internacionais, pois na dicção do artigo 5º, §§ 1º ao 3º, da CR/88, os direitos fundamentais, a obviedade entre eles o meio ambiente ecologicamente equilibrado, são autoaplicáveis e há possibilidade de se incorporar ao nosso ordenamento jurídico tratados internacionais, os quais, uma vez ratificados pelo Congresso Nacional, integram nosso sistema legislativo com *status* de norma constitucional derivada do processo legislativo de emenda a constituição.

Outrossim, não se pode olvidar inegável ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, eis que as modificações operadas desapegando-se dos conceitos técnicos e naturais que circundam a temática ambiental criou legislação que possibilita a destruição de ecossistemas, os quais produzem inegável serviços ecológicos, colidindo com o artigo 225, § 1º, inciso I, da CF/88, dentre outros dispositivos constitucionais³⁷.

Por fim, alguém poderia alegar que, embora existam dispositivos na Lei nº 12.651/2012 que promovem redução no nível de proteção, tais perdas pontuais seriam, no saldo geral das alterações introduzidas pelo novo diploma, compensadas por outros ganhos ambientais, de modo que o saldo ambiental não seria negativo. Tal argumento não resistiria, sequer, a uma análise meramente quantitativa dos resultados da nova lei. A propósito, o estudo “Impacto da Revisão do Código Florestal: como viabilizar o grande desafio adiante?”, elaborado pela UFMG sob encomenda da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, aponta que o passivo ambiental (áreas de preservação permanente + reserva legal que deveriam ser recompostas) antes da Lei 12.651/2012 era de 50 ± 6 milhões de hectares

³⁷ Sobre o tema o excelente artigo “Inconstitucionalidades dos retrocessos empreendidos pelo Novo Código Florestal” de autoria de Luciano Furtado Loubet e Luiz Antônio Freitas de Almeida, Promotores de Justiça do Ministério Público do Mato Grosso do Sul. Disponível em: <www.jus.br>. Acesso em: 12 abr. 2014.

e, com a nova norma, passou a 21 ± 6 milhões de hectares, representando uma redução de 58% na área a ser recomposta³⁸ e, consequentemente, na extensão das áreas protegidas (APP + RL).

Desse modo, a nova Lei nº 12.651/2012, em inúmeros de seus dispositivos legais, diminuiu *a proteção anteriormente conferida ao meio ambiente, notadamente aos ecossistemas florestais sitos em APP ou RL, sem trazer alternativa técnica que compensasse suficientemente as perdas ambientais*. Nesse ponto, os dispositivos que promovem tal redução ofendem ao princípio do não retrocesso ambiental, estando eivados de inconstitucionalidade.

1.b. Proibição de retrocesso nos Tratados internacionais de que o Brasil é signatário

Conforme apontado pelo Ministro Herman Benjamin, o princípio da proibição do retrocesso é “princípio geral de direito ambiental”, e retira sua força não apenas da Constituição da República, como de diplomas infraconstitucionais.

Nesse âmbito, o princípio em questão escora-se em tratados internacionais vigentes em nosso país, normas que, consoante entendimento consagrado no STF³⁹, tem *status* supralegal, e, portanto, não poderiam ser derogadas pela Lei nº 12.651/2012 ou qualquer outro diploma legal.

O princípio do não retrocesso ambiental tem suas primeiras raízes em estatutos internacionais que impõem às nações o reconhecimento e concretização progressiva de direitos humanos (artigo 2º, n. 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC⁴⁰; artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica⁴¹) e a inadmissibilidade de restrição ou derrogação de direitos fundamentais (art. 5º, n. 2, do PIDESC).

De modo mais saliente, esse princípio é notado no Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de

³⁸ Disponível em: <<http://www.sae.gov.br/site/?p=15735>>. Acesso em: 11 mar. 2014.

³⁹ RE 466.343/SP, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, DJe 05.06.2009.

⁴⁰ Promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, publicado no DOU em 07.07.1992.

⁴¹ Promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, publicado no DOU em 09.11.1992.

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)⁴². Dentre esses direitos por ele considerados de natureza Econômica, Social ou Cultural, o Protocolo, em seu artigo 11, acresceu aos direitos tutelados pelo Pacto de San José de Costa Rica o direito ao meio ambiente sadio, impondo aos Estados, expressamente, a obrigação de proteção, preservação e *melhoramento* do meio ambiente (art. 11, n. 2). O não retrocesso ambiental é reforçado pelo artigo 1º do mesmo protocolo, que compele os Estados signatários à consecução progressiva de plena efetividade aos direitos previstos no Protocolo. As ideias de melhoria do meio ambiente e progressivo esforço estatal para a maior efetividade do direito ao meio ambiente sadio são contundentemente incompatíveis com a admissibilidade de enfraquecimento do nível de proteção legal ao meio ambiente.

1.c. Proibição do retrocesso em Leis Federais

1.c.i. Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (LPNMA)

A Lei nº 6.938/1981, implicitamente, contempla o princípio do não retrocesso ambiental. Esse princípio é claramente evidenciado na redação do art. 2º, *caput*, da Lei, que reza que a “Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida”.

O artigo 2º da Lei nº 6.938/1981 é o coração de toda a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), configurando verdadeira norma de sobredireito a pautar a elaboração de outras normas ambientais, sob pena de colapso do sistema normativo de tutela do meio ambiente. Emblemático, a esse propósito, o art. 5º da mesma lei, que subordina aos princípios do artigo 2º as demais diretrizes da PNMA, que, por sua vez, condicionam as atividades empresariais do setor público e do setor privado.

Desse modo, qualquer norma que acarrete a diminuição do nível de proteção ambiental, além de ofender o princípio do não retrocesso ambiental, atenta gravemente contra a espinha dorsal da política nacional do meio ambiente e do sistema normativo de tutela ambiental, gerando, dessa forma, o risco de comprometimento de sua eficiência e inviabilização dos seus objetivos.

⁴² Promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999, publicado no *DOU* em 31.12.1999.

1.c.ii. Lei da Política Agrícola (LPA)

O princípio do não retrocesso ambiental também permeia a Lei nº 8.171/1991, como se lê de seu art. 3º, IV, que versa dentre os objetivos da política agrícola “proteger o meio ambiente, garantir seu uso racional e estimular a recuperação dos recursos naturais”, metas que pressupõem, no mínimo, a manutenção do nível atual de proteção normativa ao meio ambiente.

Qualquer norma que venha a diminuir esse patamar de proteção, portanto, além de ofender o princípio do não retrocesso ambiental, caminha na contramão desse diploma, gerando sério risco de inviabilização de um de seus objetivos.

1.c.iii. Lei da Reforma Agrária (LRA)

Também na Lei nº 8.629/1993 é possível notar a presença do princípio do não retrocesso ambiental, especialmente na definição da função social da propriedade no que diz respeito à sua adequação ambiental. Nesse sentido, dispõe a Lei que “a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente” é requisito para atendimento da função social da propriedade (art. 9º, II), e que se considera “preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas” (art. 9º, § 3º). Como o não cumprimento da função social da propriedade tem como consequência a possibilidade de desapropriação, fato, em regra, não desejado pelo proprietário, é evidente que o objetivo desse diploma é exatamente o contrário, ou seja, estimular a função social da propriedade.

Nesse ponto, ademais, vê-se que um diploma que reduza o âmbito normativo da proteção ao meio ambiente, além de ofender o princípio do não retrocesso ambiental, estimula o descumprimento da função social da propriedade, contrapondo-se a um dos objetivos da lei de reforma agrária.

1.c.iv. Lei da Política Nacional dos Recursos Hídricos (LPNRH)

Um dos objetivos da Política Nacional dos Recursos Hídricos, fixados na Lei nº 9.433/1997, é assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos (art. 2º, I). Para atingi-lo, um dos instrumentos tratados na referida lei é o

plano de recursos hídricos (art. 5º, I), que consiste num plano diretor que visa a fundamentar e orientar a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e o gerenciamento dos recursos hídricos (art. 6º). Dentro de seu conteúdo mínimo, deverão existir metas de racionalização de uso, aumento da quantidade e melhoria da qualidade dos recursos hídricos disponíveis (art. 7º, IV).

Portanto, para que o objetivo da LPNRH de assegurar à atual e às futuras gerações a disponibilidade de água em qualidade adequada, a norma impõe a melhor do meio ambiente (aumento da quantidade e melhoria da quantidade dos recursos hídricos disponíveis), o que não se faz possível com a diminuição dos níveis normativos de proteção ao meio ambiente, sobretudo no que diz respeito à cobertura florestal, como se sabe, intimamente relacionada à produção de água de qualidade. Evidente, por tais razões, que o princípio da vedação do retrocesso ambiental está implícito no diploma.

1.c.v. Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (LSNUC)

O princípio da proibição do retrocesso ambiental também se faz sentir nos objetivos do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza vazados no art. 4º da Lei nº 9.985/2000, especialmente naqueles a seguir elencados, que tratam da restauração ou recuperação de bens ambientais (melhora do meio ambiente), o que, por óbvio, contrapõe-se à piora na sua proteção normativa:

- contribuir para a preservação e a restauração da diversidade de ecossistemas naturais (inciso III);
- proteger e recuperar recursos hídricos e edáficos (inciso VIII);
- recuperar ou restaurar ecossistemas degradados (inciso IX).

1.c.vi. Lei de Proteção à Mata Atlântica (LPMA)

Reza o art. 7º da Lei nº 12.428/2006 que a proteção e a utilização do Bioma Mata Atlântica far-se-ão dentro de condições que assegurem, dentre outras condições, “a manutenção e a recuperação da biodiversidade, vegetação, fauna e regime hídrico do Bioma Mata Atlântica para as presentes e futuras gerações” (inciso I). Falar em “manutenção e a recuperação” desses bens ambientais equivale a falar na melhora da qualidade ambiental, fator que pressupõe a existência e aprimoramento do sistema normativo de

proteção ao meio ambiente, e não o seu retrocesso, a diminuição do nível de proteção normativa ambiental.

1.c.vii. Lei da Política Nacional sobre Mudança do Clima (LPNMC)

Também a Lei nº 12.187/2009 estipula metas cuja consecução depende do incremento da proteção – inclusive normativa – ao meio ambiente, o que afasta a possibilidade de retrocesso normativo ambiental. Nesse sentido, dispõe o citado diploma em seu artigo 4º que a Política Nacional sobre Mudança do Clima visará, dentre outros objetivos:

- à preservação, à conservação e à recuperação dos recursos ambientais, com particular atenção aos grandes biomas naturais tidos como Patrimônio Nacional (inciso VI);
- à consolidação e à expansão das áreas legalmente protegidas e ao incentivo aos reflorestamentos e à recomposição da cobertura vegetal em áreas degradadas (inciso VII).

A par de introduzir inúmeras hipóteses de redução da proteção aos ecossistemas florestais, em violação ao princípio do não retrocesso ambiental, importa frisar que a Lei nº 12.651/2012 veio trazer franca oposição ao preconizado no mencionado inciso VII da LPNMC, já que introduziu várias hipóteses de redução das áreas legalmente protegidas (APP e RL) e da obrigatoriedade de reflorestar ou recompor a vegetação nelas anteriormente existente⁴³.

IV – A Danosidade e a Responsabilização Civil

1. Dos danos ambientais e da responsabilidade objetiva

Existe a obrigação constitucional de não se degradar o meio ambiente

⁴³ A propósito: cumpre lembrar que o já referido estudo “Impacto da Revisão do Código Florestal: como viabilizar o grande desafio adiante?”, elaborado pela UFMG sob a encomenda da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, aponta que o passivo ambiental (APP + Reserva Legal que deveriam ser recompostas) foi reduzido em 58% pela nova lei. Em outras palavras, a extensão das áreas legalmente protegidas a título de APP ou RL foi reduzida a menos da metade da anteriormente vigente.

e dessa obrigação⁴⁴ decorre o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental está obrigado, *independentemente da existência de culpa*, a indenizar e/ou reparar os danos causados ao meio ambiente⁴⁵.

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, ao consagrar a responsabilidade objetiva daquele que causa dano ao ambiente, adotou a *teoria do risco integral*. O dever de reparar o dano surge independentemente da culpa do agente, da licitude da sua conduta, do caso fortuito ou da força maior, bastando a demonstração da existência do dano (o nexo entre atividade e dano)⁴⁶.

2. Da obrigação real

O eventual fato da aquisição da posse do imóvel rural ter-se dado, pela Ré, quando não mais havia parte da cobertura vegetal na área em questão, não afasta a responsabilidade deles, que, além de ser objetiva e solidária, consubstancia uma obrigação real – *propter rem* –, ou seja, uma obrigação que se prende ao titular do direito real, seja ele quem for, em virtude, tão somente, de sua condição de proprietário ou possuidor.

A Ré não está obedecendo ao comando constitucional ao deixar de criar um espaço ambientalmente protegido dentro do imóvel rural matriculado sob os nºs 451 e 452 no Cartório de Registro de Imóveis de Bananal, protegido pelo regime jurídico da reserva florestal legal e de forma suficiente para atender a função socioambiental do imóvel, conforme a melhor jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, a ausência de reserva legal, por si só, configura dano ambiental, que deve ser reparado pelo proprietário ou possuidor do imóvel rural. Nesta esteira:

Em que pese as alegações do agravante de fato estão presentes os requisitos do art. 273 do CPC, para que seja concedida a antecipação da tutela, contudo o provimento jurisdicional deve ser parcialmente

⁴⁴ Trata-se de obrigação solidária.

⁴⁵ LPNMA, art. 14, § 1º.

⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. “Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública”. *Justitia*, v. 126, p. 170-172. MILARÉ, Édis. “Curadoria do Meio Ambiente”, São Paulo: APMP, 1988, p. 46-48. MACHADO, Paulo Affonso Leme. “Direito ambiental brasileiro”, 3. ed., São Paulo: RT, 1991, p. 200-201.

reformado para aplicar o novo estatuto florestal – Lei 12.651/2012, considerado por este Tribunal de aplicação imediata.

A urgência da tutela jurisdicional está configurada, pois a proteção ambiental exige medidas imediatas. O prolongamento do tempo, no caso presente, pode acarretar o agravamento da degradação ou, ao menos, o retardamento da recomposição natural da vegetação. Assim, pelos princípios da prevenção e da precaução, devem ser priorizadas medidas que evitem atentados ao meio ambiente.

Ressalte-se que a simples ausência de averbação da reserva legal na matrícula do imóvel ou no CAR demonstra de forma clara e precisa que nenhuma vegetação, existente no imóvel rural do agravante, detém a proteção legal prevista para tal espaço territorial especialmente protegido, *o que por si só configura um dano ambiental*.

O instituto da reserva legal já vinha previsto no primeiro Código Florestal de 1934, passou por longo processo de aperfeiçoamento na vigência da Lei n. 4.771/1965, persistindo sua obrigatoriedade no diploma vigente – Lei n. 12.651/2012. Em termos legais, tem a função de “assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa” (art. 3º, inc. III).

Sua criação objetiva garantir a proteção de cobertura vegetal mínima na propriedade rural, visando não apenas a manutenção da qualidade de ecossistemas e da biodiversidade local e regional, mas também a proteção ampla de biomas e de seus processos ecológicos associados. (TJSP. Agravo de Instrumento nº 2006781-19.2014.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Rel. Des. Moreira Viegas. Julgamento 24.04.2014. v.u.) (grifos nossos)

Depreende-se desta jurisprudência que a *insuficiência da área destinada à reserva legal causada pela redução oriunda da sobreposição das áreas de preservação permanente, também é um dano ambiental, diante da redução flagrante de extensão protegida, como foi acima demonstrado*.

V – Da Inversão do Ônus da Prova

A Constituição Federal estabelece que o meio ambiente é direito fundamental, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (artigo 225, *caput*).

Conforme já analisado, para a efetivação da proteção constitucional conferida aos bens ambientais, adota-se, em matéria ambiental, a teoria da responsabilidade objetiva na modalidade de risco integral, ou seja, aquele que causa dano ao meio ambiente está obrigado a repará-lo ou indenizá-lo, independentemente da demonstração de culpa, sendo irrelevante, igualmente, a licitude ou ilegalidade da conduta ou atividade, em conformidade com o disposto no art. 14, § 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81). Assim, há necessidade, apenas, de demonstração dos danos e do nexo ou liame causal.

Saliente-se, ainda, o princípio do poluidor-pagador de acordo com o qual o poluidor deverá arcar com os prejuízos causados ao meio ambiente da forma mais ampla possível. Nesse sentido, o poluidor não pode mais externalizar os prejuízos causados ao meio ambiente por sua atividade e, assim, também deverá custear as atividades tendentes à demonstração do prejuízo.

E mais, os princípios da prevenção e, especialmente, o da precaução, determinam a adoção de medidas para evitar-se o dano ao meio ambiente, ainda que não haja absoluta certeza quanto ao nexo de causalidade entre a conduta e o resultado lesivo. Diante do risco, do perigo ou da dúvida, é possível que o poder público adote medidas, pois, para evitar-se o dano ambiental.

Dos princípios e institutos acima expostos decorre a necessidade de que, para a efetiva tutela jurisdicional do meio ambiente, existam instrumentos processuais adequados à defesa do direito violado, diversos do sistema processual tradicional. Não se aplicam, pois, às ações civis públicas ambientais as disposições do artigo 333 do Código de Processo Civil, sendo próprio o sistema processual das causas metaindividuais e regido, basicamente, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Ação Civil Pública.

Prevê o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor a inversão do ônus da prova em favor do consumidor quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Ensina HUGRO NIGRO MAZZILLI, em sua obra *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo* (24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011), sobre a aplicação da inversão do ônus da prova na defesa de outros interesses transindividuais que não apenas os do consumidor:

Como sabemos, o art. 6º, VIII, do CDC permite expressamente a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. A norma tem evidente caráter processual, ainda que não inserida no Título III do CDC. Ora, a mens legis consiste em integrar por completo as regras processuais de defesa de interesses transindividuais, fazendo da LACP e do CDC como que um só estatuto. Dessa forma, a inversão pode ser aplicada, analogicamente, à defesa judicial de quaisquer interesses transindividuais (p. 633).

As circunstâncias autorizadoras da inversão do ônus da prova estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor são exatamente as mesmas existentes nas ações ambientais, nas quais as vítimas do dano, no mais das vezes, são econômica e culturalmente inferiores àquele que gera o dano. Saliente-se que não é o Ministério Público hipossuficiente, mas sim os titulares indeterminados e indetermináveis do interesse ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, representados pelo Ministério Público.

Destarte, cuida a presente ação de obrigações positivadas em normas cogentes, cabendo aos demandados comprovar o adimplemento dos respectivos encargos, pois seria no todo contraproducente impor o ônus probatório ao autor, se os documentos que comprovariam a regularidade ambiental, em regra, estão em poder dos proprietários e possuidores rurais.

Por outro lado, a verossimilhança das alegações está demonstrada pelas provas produzidas nos autos do inquérito civil que instruem a presente ação e demonstram que não foi averbada na matrícula do imóvel a área de reserva legal.

No sentido de inversão do ônus da prova em ação ambiental:

STJ: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 333, I, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Na ação civil pública ambiental em que o Ministério Público Federal seja o autor, a competência é da Justiça Federal (art. 109, I, e § 3º, da CF). 2. “Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva”. (REsp 1.049.822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 23.4.2009, DJe 18.5.2009.) Agravo regimental improvido. (...) O agravo regimental não comporta acolhimento, *devendo ser mantida a decisão* agravada por seus próprios fundamentos. Consignado que o Tribunal a quo manifestou-se no sentido de que é plenamente possível a inversão do ônus da

prova em sede de ação civil pública que verse sobre lesões ao meio ambiente, com base no princípio da precaução, porquanto, “havendo incerteza técnica sobre a ocorrência ou não de lesão ao meio ambiente, o ônus de provar que os supostos danos não existem ou que não guardam liame de conexidade com suas atividades é do empreendedor pretensamente poluidor” (fl.). Não haveria de se falar, nesse ponto, em omissão. O posicionamento firmado pela Corte de origem, não malogra o disposto no art. 333, I, do CPC, *verbis*: “O ônus da prova incumbe (...) ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”. Isso porque, conforme assentada jurisprudência, “o princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.” (REsp 1.060.753/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 14.12.2009.)

No mesmo sentido, cite-se:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. I – Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão. II – Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva. III – Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente – artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da Lei nº 7.347/85. IV – Recurso improvido.” (REsp 1.049.822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 23.4.2009, DJe 18.5.2009.) (AgRg no REsp 1192569/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. 19.10.2010, DJe 27.10.10)

VI – Dos Pedidos

Diante de todo o exposto e do constante da documentação inclusa, que desta petição faz parte integrante, como se literalmente transcrita, propõe o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO a presente ação, com fulcro na Lei nº 7347/85, para que a Ré seja condenada:

- a) ao cumprimento da obrigação de fazer, no sentido de ser readequada a inscrição no SICAR nº 35049090005658, com vistas a se excluir as áreas de preservação permanente existentes no imóvel na área destinada à reserva florestal legal, consequentemente, determinando a inclusão de outras áreas fora das áreas de preservação permanente do imóvel, a fim de totalizar 20% (no mínimo) da área total do imóvel rural para área de reserva florestal legal, no prazo de 30 (trinta) dias contados do trânsito em julgado da ação;
- b) ao cumprimento da obrigação de não fazer consistente em abster-se de explorar a área destinada à reserva florestal legal do imóvel rural descrito no item I da petição inicial, e/ou de nela promover ou permitir que se promovam atividades danosas, após a realização da adequação requerida no pedido “a”;
- c) após o cumprimento do pedido “a”, ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente em recompor a cobertura de vegetação nativa na *totalidade* da área destinada à reserva legal do imóvel rural descrito no item I da petição inicial, *caso essa seja inexistente ou insuficiente*, ou de outro imóvel rural, em compensação pautada pelo critério da equivalência territorial, compositiva e funcional, assim o fazendo pelo plantio racional e tecnicamente orientado de espécies nativas, observada a biodiversidade local, *vedado o uso de espécies exóticas*, bem como com acompanhamento e tratamentos culturais até o estado do clímax;
- d) ao pagamento das custas processuais e demais despesas do processo.
- e) ao pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devida somente se, ao término do prazo fixado na sentença, houver o descumprimento das obrigações de fazer indicadas, quantia sujeita a correção monetária, pelos índices oficiais, desde a distribuição da petição inicial até o efetivo adimplemento, destinada a recolhimento ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

f) ao pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devida, enquanto durarem os seus efeitos, a cada ato praticado em desacordo com as obrigações de não fazer indicadas, quantia sujeita a correção monetária, pelos índices oficiais, e também destinada a recolhimento ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

Para os fins da recomposição prevista no item “c”, a Ré deverá:

- a) entregar ao órgão ambiental competente, no prazo de cento e vinte (120) dias contado da data da intimação, projeto de recomposição arbórea completo, incluindo cronograma de obras e serviços, subscrito por profissional regularmente credenciado, que deverá proceder ao recolhimento referente à Anotação de Responsabilidade Técnica (ART);
- b) iniciar o reflorestamento, no prazo de dez (10) dias, contado da data da aprovação do projeto pelo órgão ambiental competente, devendo obedecer às exigências e recomendações feitas pelo referido órgão.

Salienta-se, ainda, que os pedidos aqui apresentados são certos e determinados, haja vista que Dispõe a Lei nº 12.651/2012, que instituiu o novo Código Florestal:

Art. 12. Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei:

(...)

II – localizado nas demais regiões do País: 20% (vinte por cento).

Dessa forma, a obrigação de instituição de reserva legal abrange não apenas a demarcação da área, mas sim a preservação da cobertura de vegetação nativa. Nesse sentido, o artigo é expresso ao determinar que todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de reserva legal.

Não basta, portanto, que o proprietário do imóvel meça, descreva e demarque a área da reserva legal. É necessário que essa área esteja coberta por

vegetação nativa. Saliente-se que a área da reserva legal deve ser demarcada por profissional habilitado e aprovada pelo órgão ambiental competente. Cabe aos proprietários a realização de todos os trabalhos técnicos exigidos pelo órgão ambiental competente e o protocolo desses trabalhos no referido órgão ambiental, contendo, inclusive, a demarcação da área da reserva legal. Essa área, ainda, deverá ser aprovada pelo órgão ambiental estadual.

IX – Dos Requerimentos Finais

Ante o exposto, requer o autor, por fim:

1. A citação dos Réus, com a faculdade do art. 172, § 2º, do Código de Processo Civil, para resposta no prazo legal, advertindo-a de que, não sendo contestada a ação, ficará sujeita aos efeitos da revelia;
2. a produção de todas as provas admitidas em Direito, notadamente documentos, depoimento pessoal, oitiva de testemunhas, realização de perícias e inspeções judiciais, bem como, a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90, c.c. art. 21 da Lei nº 7.347/1985;
3. dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, à vista do disposto no artigo 18, da Lei nº 7.347/85, e no artigo 87, do Código de Defesa do Consumidor;
4. a realização de suas intimações dos atos e termos processuais, na forma do art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil.
5. Por fim, pelas razões já expostas nos parágrafos anteriores, prequestiona, para fins de eventual interposição de recurso(s) perante os Tribunais Superiores, os seguintes dispositivos:

Da Constituição da República: artigos 1º, III; 3º, IV; 4º, II, III e IX; 5º, XXIII e XXXVI, e § 1º ao 3º; 24, VI, VIII e § 4º; 60, § 4º, IV; 170, III e VI; 186, I e II; 225, *caput*, § 1º, I, II, III, V e VII, e § 3º.

De Tratados Internacionais: artigos 2º, item 1, e 5º, item 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC (promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, publicado no *D.O.U.* de 07.07.1992); artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, publicado no *D.O.U.* de 09.11.1992); artigos 1º e 11, *caput*, e itens 1 e 2, do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

– Protocolo de San Salvador (promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999, publicado no *D.O.U.* de 31.12.1999).

De Leis Federais: artigos. 2º, 5º, 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981; art. 21 da Lei nº 7.347/1985; art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/1990; art. 3º, IV, da Lei nº 8.171/1991; art. 9º, II e § 3º, da Lei nº 8.629/1993; artigos 2º, I, 5º, I, 6º e 7º, IV, da Lei nº 9.433/1997; art. 4º, III, VIII e IX, da Lei nº 9.985/2000; art. 7º, I, da Lei nº 12.428/2006; art. 4º, VI e VII, da Lei nº 12.187/2009.

Termos em que, dando à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais),

Pede Deferimento.

São José dos Campos, data do protocolo

Jaime Meira do Nascimento Junior, Promotor de Justiça

Reinaldo Iori Neto, Analista de Promotoria

Ação Civil Pública Ambiental c.c. Improbidade Administrativa – Empresa Extratora de Areia e CETESB – Destruição de Floresta em APP pela Extração Irregular de Areia – Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) Firmado pelo MP com base em Informações Técnicas Apresentadas pela CETESB com Danos Ambientais Subdimensionados – Constatação Posterior de Dano além do Informado – Insuficiência das Medidas exigidas no PRAD pelo Órgão Ambiental – Pedidos de cassação de Autorização de Lavra e Abstenção pela Ré de Atividade Mineradora no Local – Necessidade de Recuperação das Áreas Degradadas e Compensação dos Danos Intercorrentes de Forma Solidária – Pedido de Dissolução e Liquidação Forçada da Empresa, Suspensão de Direitos Políticos e Perda ou Restrição de Incentivos e Benefícios Fiscais – Proibição de Contratar com o Poder Público Dirigidos ao Funcionário do Órgão Ambiental e à Mineradora, bem como de Ressarcimento de Dano ao Patrimônio da União.

Jaime Meira do Nascimento Junior
Promotor de Justiça – SP

Laerte Fernando Levai
Promotor de Justiça – SP

PROCESSO Nº

Distr. Dependência Proc. Nº 0007492-57.2014.4.03.6103

1ª Vara Federal de São José dos Campos

Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Requeridos: J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, Companhia Ambiental do Estado de São Paulo – CETESB e outros

**DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA AO PROCESSO Nº 0007492-
57.2014.4.03.6103**

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Federal da 1ª Vara Federal da Subseção de São José dos Campos

O Ministério Público do Estado de São Paulo, representado pelos Promotores de Justiça que esta subscrevem, no uso de suas atribuições legais, com fulcro nos artigos 5º, *caput*, incisos V, XXXII, XXXV, LV, § 1º, 127, 129, inciso

III, da Constituição Federal, nos artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil, nos artigos 1º, incisos I, II e V, 2º, 4º, 5º, inciso I, 12, 18 e 21, da Lei nº 7.347/85, nos artigos 28, 81, parágrafo único, incisos I, II e III, 82, inciso I, 91, do Código de Defesa do Consumidor, artigo 25, inciso IV, da Lei nº 8.625/93, no artigo 4º da Lei nº 9.605/98, vem propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL COMINADA COM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COM PEDIDO LIMINAR

pelo rito ordinário, em face de:

J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, cadastrada no CNPJ nº 58.246.273/0001-09, com sede na Fazenda Menino Jesus, s/nº, Vila Menino Jesus, CEP 12.289-010, Caçapava – SP, representada por A. F. F., portadora do RG nº, inscrita no CPF nº, com endereço no Jardim das Nações, Taubaté-SP, e D. G. da S., portador do RG nº, inscrito no CPF nº, com endereço na Vila Antônio Augusto, Caçapava-SP;

A. F. F., portadora do RG nº, inscrita no CPF nº, com endereço no Jardim das Nações, Taubaté – SP;

D. G. da S., portador do RG nº, inscrito no CPF nº, com endereço na Vila Antônio Augusto, Caçapava – SP;

R. L. F., inscrito no CPF nº, com endereço no Jardim Monjolo, São Paulo – SP;

A. F. F., portador do RG nº, cadastrado no CPF nº, com endereço no Jardim das Nações, Taubaté – SP;

Companhia Ambiental do Estado de São Paulo – CETESB, sociedade de economia mista, cadastrada no CNPJ nº 43.776.491/0001-70, representada por seu Diretor Presidente O. O., com endereço na Avenida Professor Frederico Hermann Júnior, nº 345, Alto de Pinheiros, CEP 05.459-900, São Paulo – SP;

e A. J. D., portador do RG nº, inscrito no CPF nº, com endereço no Bairro Campos Elíseos, Taubaté – SP, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos.

I – Dos Fatos

Conforme se apurou no procedimento nº 51.022.0000633/2011-0, instaurado inicialmente na Promotoria de Justiça de Caçapava que acompanha a presente petição inicial, constatou-se que a Ré J.J. Extração e Comér-

cio de Areia Ltda.-EPP havia destruído floresta em Área de Preservação Permanente pela extração irregular de areia, fato este constatado pela Ré CETESB, na área referente ao poligonal previsto no Processo nº 821.078/1995 do DNPM, na Fazenda Menino Jesus, s/nº, Bairro Menino Jesus, localizado no Município de Caçapava.

Segundo cópia dos respectivos processos administrativos estaduais referentes às penalidades aplicadas pela Ré CETESB, os danos relatados e respectivas medidas administrativas empregadas em face da empresa supracitada, teriam sido as seguintes:

- Auto de Inspeção nº 1378441 (de 18/01/2011) (fl.) e respectivo Auto de Infração (de Imposição de Penalidade de Multa/AIIPM – em 15/03/2011) relativos à *extração de areia realizada na Reserva Ecológica da cava, em área com 400m de comprimento, a menos de 25 metros da propriedade vizinha* (fls.) – documento este que exigia, por conseguinte, a assinatura de TCRA.
- Auto de Inspeção nº 1393569 (de 16/05/2011) (fl.) e respectivo Auto de Infração (de Imposição de Penalidade de Multa/AIIPM – em 28/06/2011) relativo à *extração de areia na faixa de preservação permanente do Rio Paraíba do Sul, em área de 1,0ha* (fls.) – documento este que exigia, por conseguinte, a assinatura de TCRA.
- Auto de Inspeção nº 1393578 (de 07/06/2011) (fl.) e respectivos Autos de Infração (de Imposição de Penalidade de Multa/AIIPM e de Penalidade de Embargo/AIPE – ambos em 28/06/2011) relativos à *supressão de vegetação secundária no estágio inicial de regeneração do Bioma Mata Atlântica em área de 3,0ha* (fls.) – documento este (AIIPM) que exigia, por conseguinte, a assinatura de TCRA.

Todos os Autos de Infração citados estão assinados pelo Réu A. J. D., então funcionário da Ré CETESB.

Diante do quadro acima e visando a assinatura do solicitado TCRA, a Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP protocolou Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD) em 01/08/11 na CETESB, informando o Ministério Público nos referidos autos.

Conforme fls., tal PRAD, elaborado em julho/2011, referiu-se à recomposição da área de somente 3,0ha, área menor que a descrita na Portaria de Instalação do procedimento ministerial, que constava 4,0ha de área atingida (fl.).

Como justificativa, a assessoria técnica responsável pela elabo-

ração do PRAD alegou que os AIIPMs nº 03000814 (fls.) e nº 03000009 (fls.), se refeririam a áreas coincidentes.

Contudo, o Setor Técnico do Ministério Público apurou que mesmo se esta extensão fosse acrescida à outra parcela, o cômputo ainda estaria muito aquém da realidade apresentada naquela data, como será abaixo delineado.

Diante do PRAD apresentado, a Promotoria de Justiça de Caçapava solicitou informações à Ré CETESB sobre a aprovação do PRAD, bem como notificou a empresa Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP a comparecer em reunião para eventual assinatura de TAC para reparação e compensação do dano ambiental.

Frisa-se, porém, que, posteriormente, o Setor Técnico do Ministério Público apurou no PRAD apresentado que a empresa consultora da mineradora citou a vistoria técnica realizada em 07/06/2011 pela Ré CETESB – a qual foi realizada em conjunto com os técnicos do DNPM e deste Ministério Público – indicando esta vistoria como a ocasião na qual as infrações ambientais foram constatadas.

Em 13/02/2012, a Ré CETESB apresentou ao Ministério Público a Informação Técnica nº 019/12-CJT (fls., com três laudas) informando que em 07/02/2012 teria vistoriado a área abrangida pelo PRAD e que a recuperação havia sido realizada conforme projeto apresentado (não respondendo, deste modo, o questionamento sobre a aprovação do PRAD); apontando somente algumas pendências que deveriam ser corrigidas e indicando a necessidade na continuidade dos tratos culturais do plantio realizado.

A Informação Técnica nº 019/12-CJT foi assinada pelo Réu A. J. D.

Diante da informação, no dia 18/04/2012 foi firmado o TAC (fls.), no qual a Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP reconheceu sua responsabilidade sobre os danos ambientais indicados nos Autos de Infração AIIPMs nº 03000814 (fls. 22/23) e nº 03000009 (fls.), datados de 28/06/2011, comprometendo-se a reparar o dano ambiental por meio da restauração da área degradada conforme apontado no PRAD, e da compensação financeira dos danos irreparáveis (por intermédio de depósito no Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos) – o que ensejou o arquivamento do procedimento, continuando o procedimento apenas para a análise do cumprimento do termo de ajustamento de conduta.

No entanto, durante a análise do cumprimento do TAC firmado, o Setor Técnico do Ministério Público apurou que sendo o TAC baseado

na Informação Técnica nº 019/12-CJT de 13/02/2012 da Ré CETESB, não foi considerada a segunda Informação Técnica de mesma data (sem numeração), de uma lauda (fl.), que seguiu anexada após o relatório fotográfico da citada Informação Técnica nº 019/12-CJT, na qual o órgão ambiental apontou nova área de degradação de 3,6ha.

A Informação Técnica sem numeração e data escrita à mão de fl. foi assinada pelo Réu A. J. D.

Assim, constatou-se que a Ré CETESB, por intermédio do Réu A. J. D., apresentou informação técnica apresentando degradação aquém da realidade, induzindo o Ministério Público a firmar termo de ajustamento de conduta com a Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP tão somente à degradação subdimensionada pela Ré CETESB relatada em 28/06/2011.

O Ministério Público, então, questionou à Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP sobre os danos ambientais não informados pela Ré CETESB.

Desta forma, após questionamento da promotoria, a Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP informou que novo PRAD apresentado seria, então, referente aos novos Autos de Infração nºs 03000017 e 03000864, ambos de 14/02/2012, os quais foram acostados às fls. (relatando *supressão de vegetação nativa plantada em Área de Preservação Permanente do Rio Paraíba do Sul, com cerca de 3,8ha*).

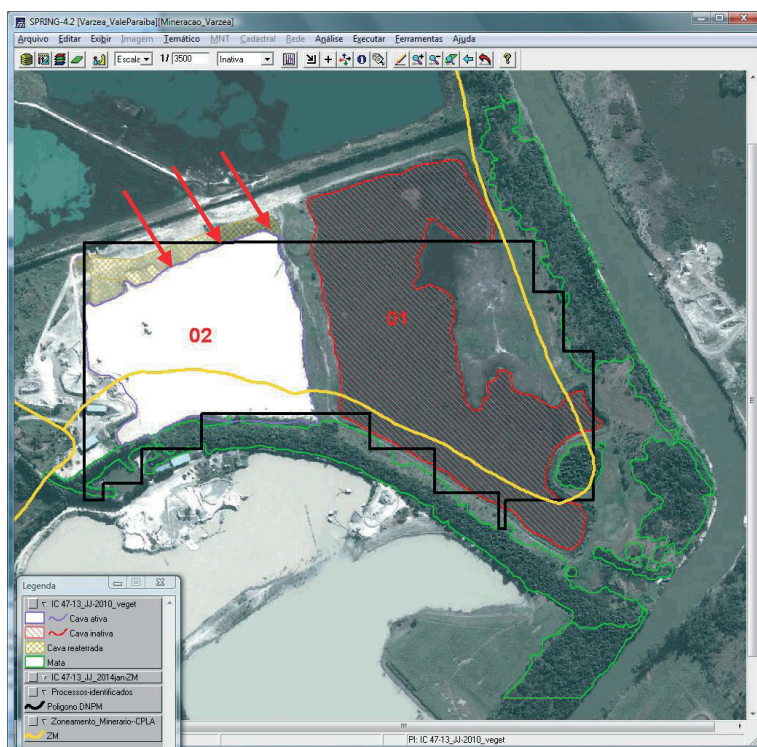
Entretanto, o Setor Técnico do Ministério Público realizou levantamento técnico da evolução histórica do empreendimento da Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, demonstrando os avanços dos danos e ilícitos ambientais praticadas pela empresa.

Conforme é possível se observar na documentação constante no procedimento nº 51.022.0000633/2011-0, inicialmente, no Auto de Infração nº 1378441 (fl.) a Ré CETESB, por intermédio do Réu A. J. D., se ateve tão somente à extração de areia realizada em área com 400m de comprimento na Reserva Ecológica da cava, a menos de 25 metros da propriedade vizinha.

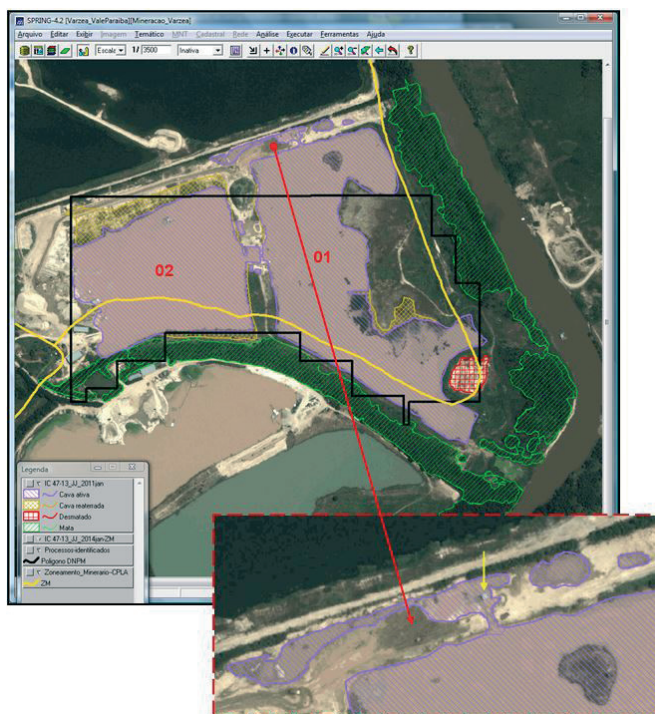
No entanto, observou o Setor Técnico que a atividade de extração de areia já demonstrava extração em área de Reserva Ecológica bem maior à levantada e já era possível constatar que a mineradora havia ampliado as áreas exploradas além da respectiva poligonal do DNPM, transgredindo inclusive a respectiva Zona de Mineração imposta pelo Zonamento Minerário da Resolução SMA 28/99, em áreas também distintas à citada no Auto de Infração, também não licenciáveis/autorizáveis ambientalmente para o exercício do empreendimento.

Ou seja, desde a primeira vistoria (que ensejou no Auto de Infração nº 1378441) a atividade de extração de areia da Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP já estava fora das áreas licenciáveis pela Ré CETESB, bem como fora do licenciamento federal, fatos desconsiderados no respectivo Auto de Infração (mesmo sendo parcialmente relatado nos respectivos Relatório de Inspeção e Auto de Inspeção, fls.).

Conforme a figura a seguir, datada de 27.10.2010, existem duas cavas (01 e 02) no interior do polígono (em linha preta) do Processo nº 821.078/95 do DNPM, com as cavas 01 desativada nesta data e 02 ativa, já computando 4,53ha de lavra realizada fora da poligonal do DNPM (delimitada em linha preta), e 4,82ha de lavra realizada fora dos limites da Zona de Mineração/ZM (delimitada em linha amarela). Pontua-se (em setas vermelhas) a área com avanço das atividades de extração de areia na face norte da cava 02, em direção ao limite da propriedade. E, em hachura amarela, constata-se a área explorada na cava 02 que já foi posteriormente aterrada, equivalendo a 1,29ha. Observa-se, em termos de análise futura, que o entorno das cavas, nas partes leste e sul, apresenta-se com vegetação arbórea (hachura verde), equivalente a 11,71ha.



Na imagem seguinte, datada de 29.01.2011 (onze dias após a inspeção do Réu A. J. D., conforme fl.), as duas cavas em questão, 01 e 02, estavam interligadas e em atividade na época. Observa-se, em ambas, partes aterradas e ampliadas, bem como a atividade sendo realizada fora da poligonal de lavra do DNPM (linha preta) e fora do Zoneamento Minerário adequado (com limite amarelo). Observa-se ainda supressão de vegetação arbórea em 0,47ha, a leste da cava 01, e ampliação desta ao norte, área esta que indica ser a apontada no citado Auto de Inspeção nº 1378441 (fl.), e que mesmo após esta vistoria do órgão ambiental ainda continuou a ser explorada, conforme é constatado devido à presença de uma draga na referida área (indicada em seta amarela no destaque).



Como demonstra a imagem supra, é possível observar inclusive que as duas cavas em questão já se apresentam interligadas, enquanto a planta apresentada no PRAD, em julho de 2011, ainda indicava fase de solicitação desta mesma passagem.

Em 16/05/2011, em nova inspeção da Ré CETESB, realizou-se nova inspeção no empreendimento, o que gerou o Auto de Inspeção nº 1393569, lavrada pelo Réu A. J. D., que teve ciência do Réu A. F. F. (fl.).

Nova irregularidade consistente na extração irregular de areia em área de 1,0ha foi constatada. Porém, novamente não houve relato a respeito do avanço da cava além dos limites federal e estadual por parte do Réu A. J. D., mesmo sendo esta irregularidade recorrente, tendo em vista os documentos de fls., que comprovam estar a Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, por volta de 4 meses antes, em atividade de extração de areia de modo irregular com avanço dos limites da cava.

E, mesmo diante do agravante de que este último dano havia sido realizado em área de preservação permanente, a Ré CETESB absteve-se da tomada de uma imediata medida administrativa.

Somente após nova vistoria (conforme Auto de Inspeção nº 1393578, realizada em 07/06/2011, fl.), que seguiu em conjunto com o Ministério Público do Estado de São Paulo e com o DNPM, foi constatada a ampliação dos danos com supressão de vegetação nativa em área três vezes maior do que o dano relatado em última vistoria (Auto de Inspeção nº 1393569, fl.). Nessa oportunidade, foram então emitidos os respectivos Autos de Infração de Imposição de Penalidade de Multa (AIIPM) nº 03000814 (fls.) e de Penalidade de Embargo (AIPE) nº 03000009 (fl.).

Quanto à gravidade e descrição destes últimos danos relatados pelo órgão estadual Réu (de 07/06/2011), cabe ainda ressaltar que enquanto os Autos de Infração nº 03000814 (fls.) relatam somente “supressão de vegetação secundária no estágio inicial de regeneração do Bioma Mata Atlântica em uma área com cerca de 3,0ha”, a descrição contida no respectivo Relatório de Inspeção do Auto de Inspeção nº 1393578 (que baseou a emissão deste referido Auto de Infração), apresentada à fl., constata “supressão de vegetação secundária no estágio inicial em área de preservação permanente do Rio Paraíba do Sul, por meio de refeiçãoamento do talude com trator de esteira, com rebaixamento do greide natural”.

Referido rebaixamento é possível de ser observado claramente nas fotos 01 e 02 do respectivo Relatório Fotográfico (fl., a seguir copiadas), que, junto às fotos 05 e 06, mostram “pilhas” de areia na referida área e movimentação de solo inclusive com aterros com texturas diferentes (conforme indicado com as setas pretas).



1

O parecer técnico de fls. do Setor Técnico do Ministério Público, indica a retirada de solo, no caso areia, desta área, desmentindo o respectivo Auto de Infração nº 03000814 da Ré CETESB (fls.), elaborado com base no Auto de Inspeção nº 1393578, lavrado pelo Réu A. J. D. (fl.), que subdimensionou o dano real causado.

Salienta-se, ainda, que tais características, apresentadas em Relatório de Inspeção e no respectivo Relatório Fotográfico de fls., são semelhantes às apresentadas à fl., onde havia sido constatada extração de areia irregular pela CETESB em 16/05/11.

Assim, o termo de ajustamento de conduta foi firmado com a Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP com base no cômputo dos danos apresentados pelo órgão ambiental nos Autos de Infração emitidos pela Ré CETESB, por intermédio do Réu A. J. D., com danos ambientais subdimensionados se comparados aos danos reais constatados em campo pelo Setor Técnico do Ministério Público, que constatou extensão muito maior.

Enquanto a Ré CETESB havia constatado extração irregular em 1,0ha e supressão de vegetação em 3,0ha, em áreas ainda coincidentes de áreas de preservação permanente, o Setor Técnico do Ministério Público constatou 11,8ha de área lavrada irregularmente fora da poligonal DNPM prevista no Processo nº 821.078/95, sendo que destes 11,8ha, 6,98ha estavam inseridos

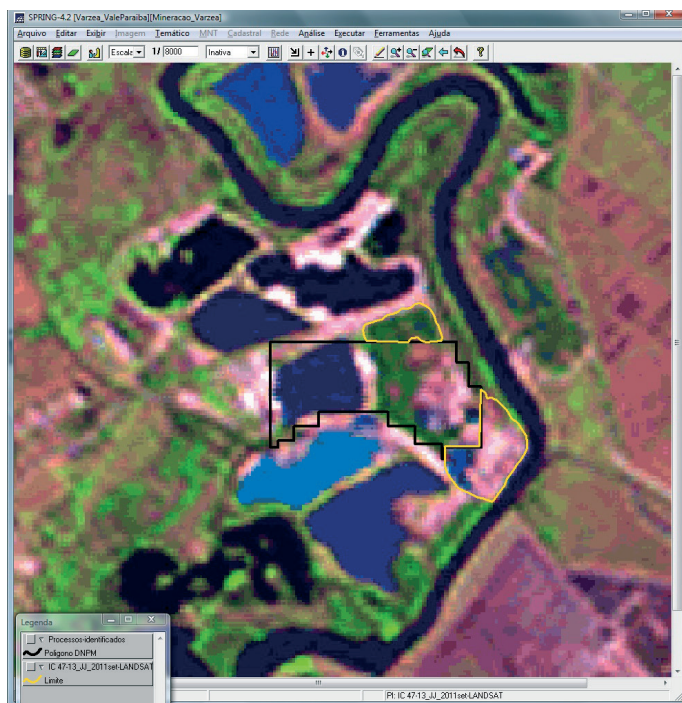
¹ Fotos do Relatório Fotográfico do Auto de Inspeção no 1393578 da CETESB, fl..

em Zona de Proteção (ZP) prevista na Resolução SMA 28/99, conforme apresentado nas respectivas Figuras e no respectivo Relatório Fotográfico (fls.).

Assim sendo, houve subdimensionamento em mais de 10 vezes!

Tais irregularidades observadas em vistoria conjunta podem ser constatadas nas imagens a seguir.

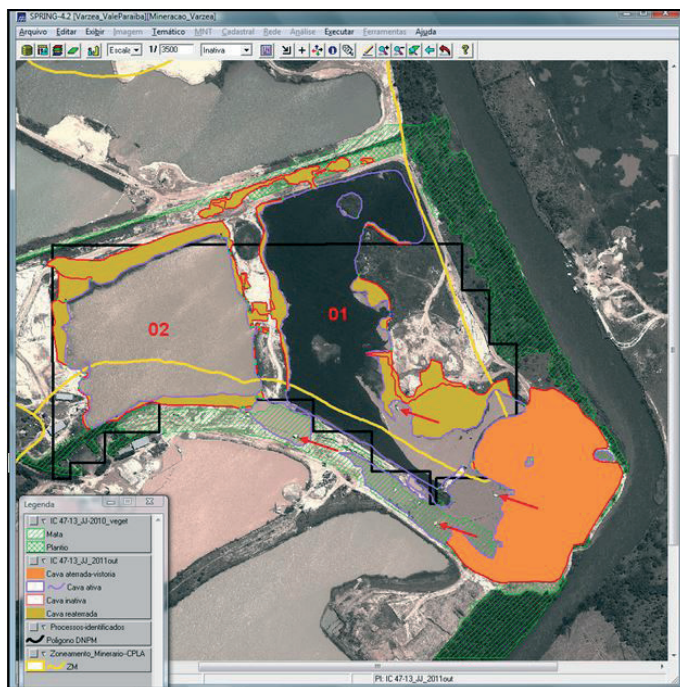
Na próxima imagem, de data de 09.09.2011, mostram-se as cavas 01 e 02 em atividade de mineração. Nesta data, constata-se ter a atividade extrapolado o polígono do DNPM (em linhas amarelas) em área de 11,8ha.



2

Na imagem seguinte, datada de 04.10.2011, constata-se as duas cavas em atividade, conforme indicado inclusive pela presença de dragas (apontadas em setas vermelhas). Observa-se a ampliação das partes reaterradas e a decorrente supressão da vegetação original localizada a leste e sul das cavas, comparando-se com as imagens anteriores.

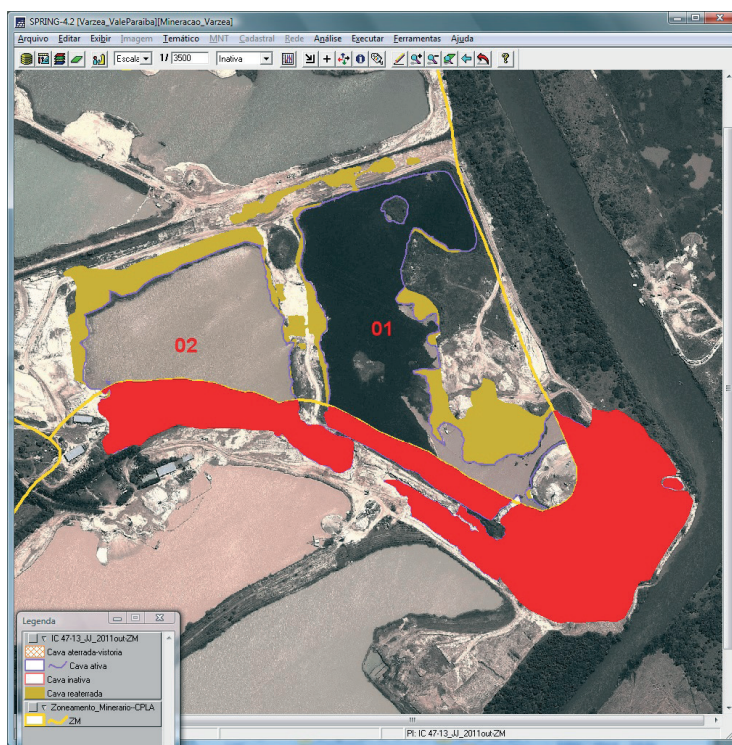
² O polígono do DNPM encontra-se delimitado em linhas pretas e a área que extrapola o referido polígono está delimitada em linhas amarelas.



3

Com a mesma imagem (a seguir), o Setor Técnico do Ministério Público constatou que a extensão da atividade de mineração realizada fora da Zona de Mineração (ZM) da Resolução SMA 28/99, delimitada em linha amarela, equivale (em 04.10.2011) a 128.295,00m² ou 12,83ha (computando, destacado em vermelho, as áreas de cavas submersas e cavas aterradas as quais foram mapeadas por intermédio de análise temporal), suprimindo, ainda, 6,81ha de área de vegetação.

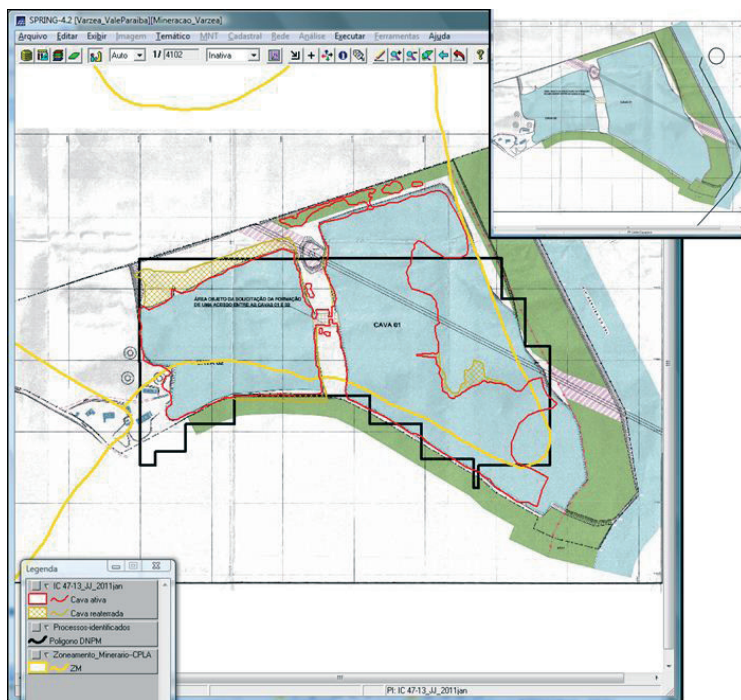
³ Em laranja, o excedente da área constatada pelo Setor Técnico do Ministério Público em vistoria realizada no dia 07.06.2011, em conjunto com a Ré CETESB, conforme fl. Ressalta-se ainda a ampliação da atividade realizada fora da poligonal de lavra do DNPM (linha preta) e fora da Zona de Mineração/ZM (linha amarela), em ambas as cavas.



Observa-se claramente que mesmo após as autuações realizadas pela Ré CETESB, mesmo que subdimensionadas pelo Réu A. J. D., a Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP continuou a praticar irregularmente a atividade de extração de areia, apresentando um PRAD como se tivesse apenas atingido apenas uma área de 3,0ha.

Como se observa da planta apresentada no PRAD para a CETESB e para o Ministério Público (próxima figura), os limites das cavas mapeados por meio do Satélite GeoEye de 29.01.2011 (data anterior à elaboração da Planta do PRAD), as cavas, mesmo à época, já haviam ultrapassado os limites estabelecidos tanto pela poligonal federal quanto pelo respectivo Zoneamento Minerário da Resolução SMA 28/99, demonstrando que os limites das respectivas licenças federais e estaduais já haviam sido ultrapassados.

E, ainda como agravante, conforme se observa na delimitação final das cavas (pintadas em azul-claro), a configuração vislumbrada no respectivo PRAD apresenta a almejada ampliação destas áreas muito além dos respectivos parâmetros legais, demonstrando a real intenção da empresa mineradora e seus gestores: o total descaso com as normas estabelecidas para a atividade.



4

Não obstante, o Ministério Público Federal, no Procedimento Preparatório nº 1.34.014.000216/2014-96, apurou que o DNPM, em vistoria conjunta com a Ré CETESB e o Ministério Público do Estado de São Paulo, lavrou o auto de paralisação nº 027/2011 para o polígono do Processo nº 821.078/1995, pela lavra irregular de minério de areia, sendo recebido pelo Réu A. F. F., demonstrando-se, assim, que a atividade de extração de areia continuou mesmo após a determinação da autarquia federal de paralisar todo o empreendimento.

Após, questionado à Ré CETESB quanto à aprovação do respectivo PRAD apresentado, o órgão estadual, por intermédio do Réu A. J. D., apre-

⁴ Planta do PRAD do empreendimento em questão, de julho/2011, cuja configuração, à época, foi apresentada sem qualquer referência aos limites definidos pela poligonal do DNPM, pela Zona de Mineração/ZM e nem pelas licenças estaduais, conforme se observa em respectiva imagem apartada. Destaca-se, conforme sobreposição realizada no presente parecer, em linha amarela o limite da ZM e em linha preta o limite da poligonal do DNPM, ambos desrespeitados, se comparados junto à configuração final almejada e junto à configuração da mineração extraída da imagem do satélite GeoEye de 29.01.2011, delimitada em linhas vermelhas.

sentou Informação Técnica nº 019/12-CJT (fls.) informando, dentre outros, que em 07/02/2012 teria vistoriado a área abrangida pelo PRAD e que a recuperação, no geral, havia sido realizada conforme projeto apresentado.

Diante do que se inferiu, considerando-se a respectiva aprovação do projeto, no dia 18/04/2012, foi então assinado o respectivo termo de ajustamento de conduta de fls. 105/109 com o Ministério Público do Estado de São Paulo, cujos parâmetros, portanto, se basearam no levantamento subdimensionado da já citada vistoria realizada pela CETESB em 07/06/2011 e respectivos Autos de Infração.

Cabe pontuar ainda que em 18.04.2012 novas áreas (adjacentes às citadas pelos órgãos que realizaram a vistoria conjunta no local dos fatos em 07.06.2011), já haviam sido exploradas irregularmente.

Desta forma, o TAC, que foi elaborado com subsídio técnico da Ré CETESB, foi subdimensionado indevidamente pela indução em erro pelo Réu A. J. D. em pleno exercício da função pública no órgão ambiental.

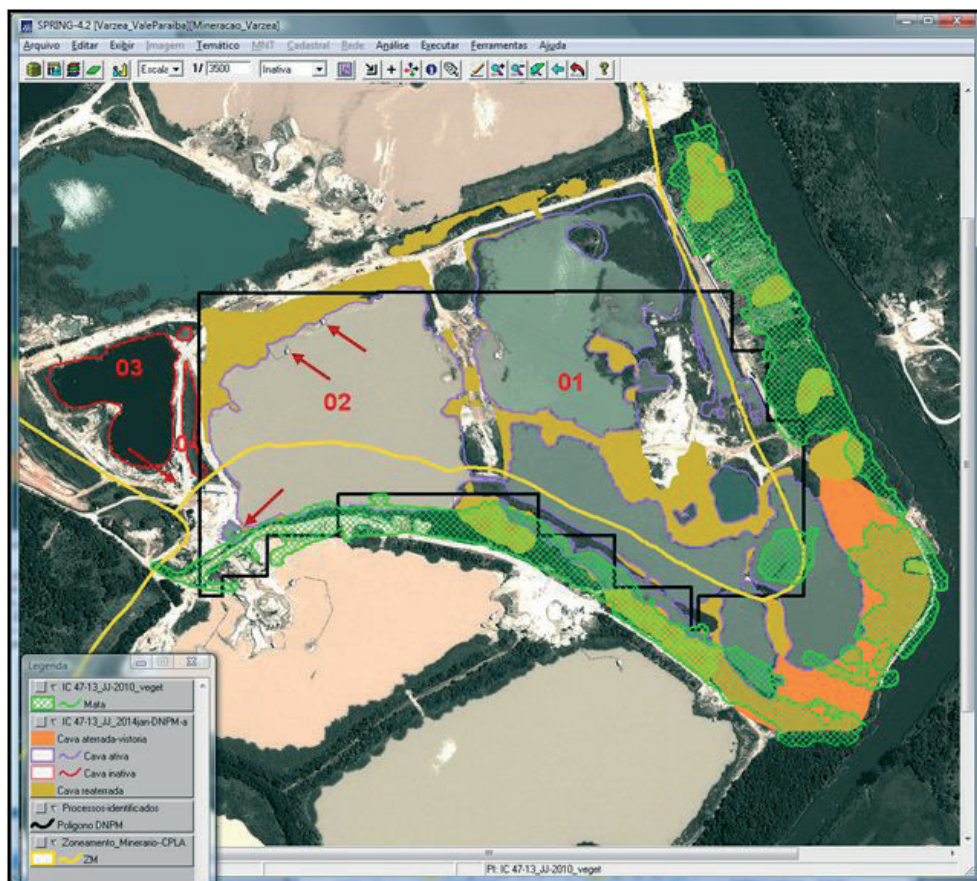
Se isso não fosse o suficiente, a empresa mineradora e seus gestores perpetraram novos danos ambientais após a assinatura do TAC.

Os danos ambientais se intensificaram após a assinatura do TAC, com a extração de 0,51ha no leito do Rio Paraíba, que provocou desbarrancamento e alargamento do rio, como pode ser observada nas imagens de janeiro de 2014, se observando, inclusive, junto às fotos da última vistoria realizada in loco pelo Setor Técnico do Ministério Público.

Houve continuidade das atividades nas cavas mesmo após a emissão do respectivo Parecer Desfavorável nº 3000239 da CETESB, que suspendeu a validade da Licença de Operação nº 3003049, e que, então, determinou a necessidade de paralisação das atividades da mineradora (pontua-se que o citado parecer relacionava-se ao pedido de renovação da Licença de Operação, a qual era válida até 31/07/2012) e concedia lavra em 24,17ha.

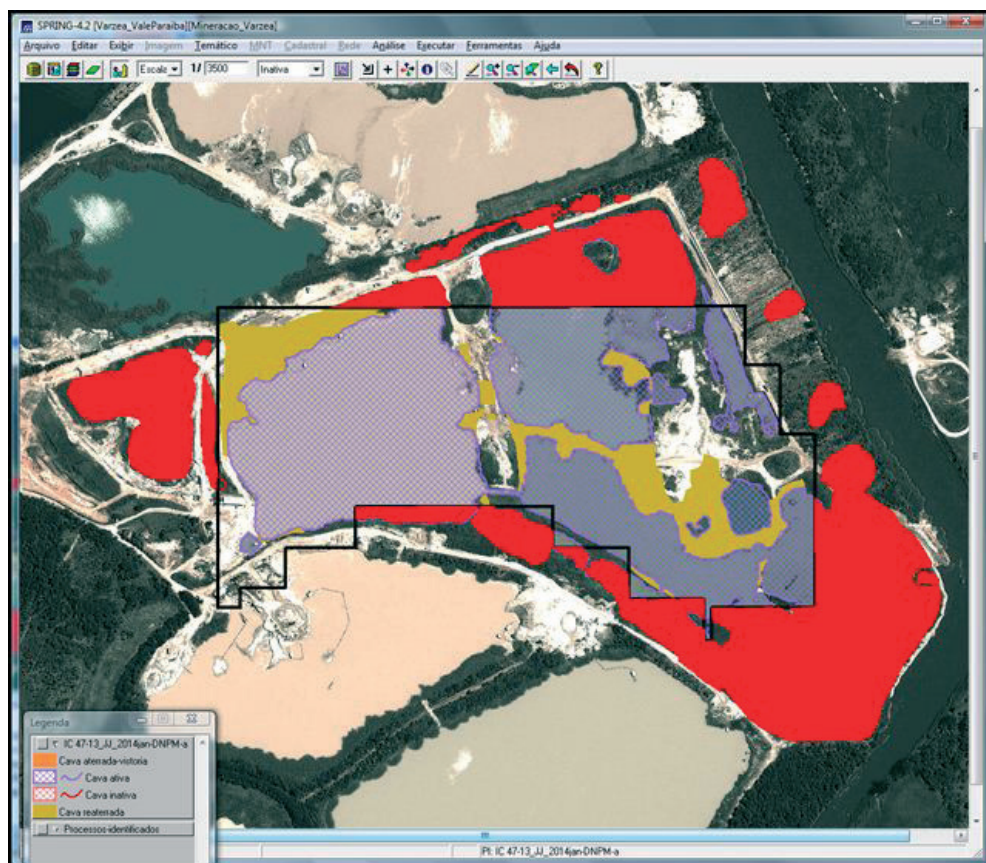
Conforme a figura a seguir, de 23.01.2014, é possível observar a ampliação das áreas reaterradas (em amarelo), as cavas 01 e 02, e é possível observar ainda o surgimento de outras cavas (denominadas de 03 e 04) além dos limites da licença federal (poligonal de lavra do DNPM, em linha preta). Possível notar ainda a supressão integral da vegetação arbórea antes localizada a leste e sul das cavas, apresentada na imagem em hachura verde sobreposta, computando uma extensão de mais 11,75ha desmatados. Ressalta-se ainda a presença de

maquinários (indicados por setas vermelhas) comprovando a atividade de mineração nesta data.



Com a mesma imagem, o Setor Técnico do Ministério Público de São Paulo apurou a extensão da atividade de mineração realizada fora da poligonal de lavra do DNPM delimitada em linha preta, equivalendo a 17,00ha ou 170.026,00m² (destacado em vermelho, as áreas de cavas submersas e cavas aterradas as quais foram mapeadas por intermédio de análise temporal, e a área de extração irregular mapeada in loco pela assistência técnica deste Ministério Público, conforme fl.).

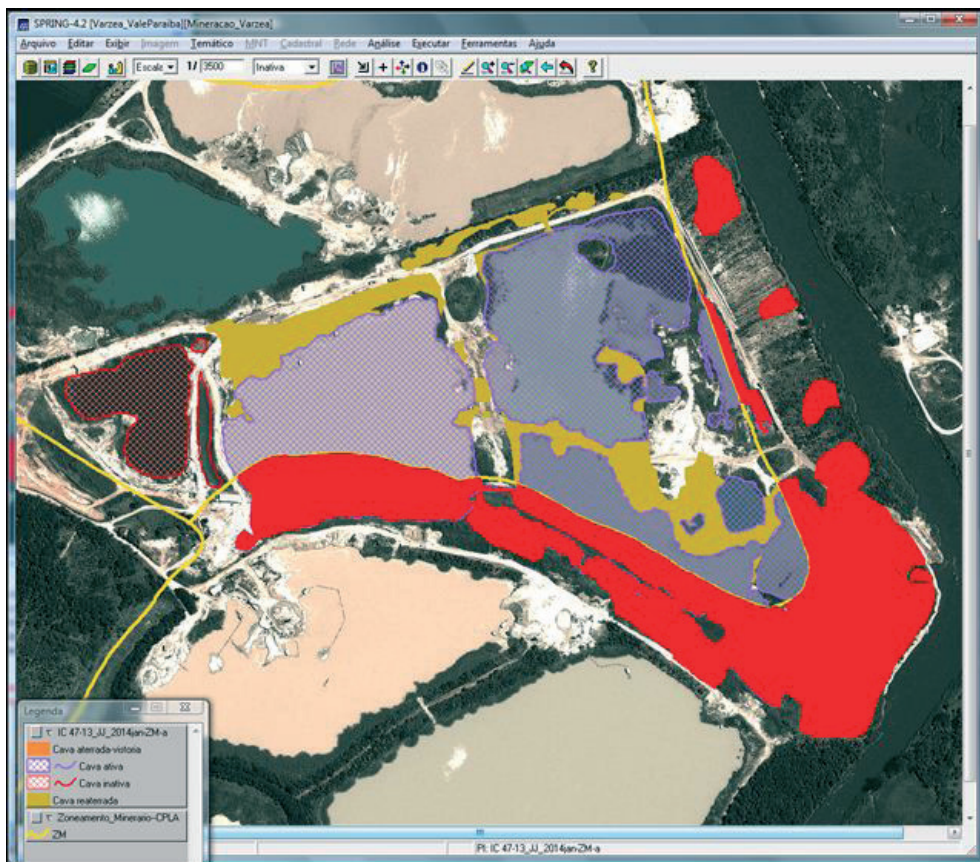
Destaca-se, diante da espessura do pacote de minério indicada no Relatório Final de Pesquisa sobre o respectivo polígono DNPM, (7,2m), este cômputo equivaleria, aproximadamente, ao volume de 1.224.187,20m³ de areia extraída irregularmente perante o licenciamento federal (desconsiderando-se deste cálculo o respectivo empolamento e demais variáveis).



Ainda com a mesma imagem (a seguir), o Setor Técnico do Ministério Público apurou a extensão da atividade de mineração realizada fora da Zona de Mineração/ZM delimitada em linha amarela, equivalendo nesta data a 14,68ha ou 146.841,00m² (computando, destacado em vermelho, as áreas de cavas submersas e cavas aterradas as quais foram mapeadas por intermédio de análise temporal, e a área de extração irregular mapeada *in loco* pela assistência técnica deste Ministério Público, conforme fl.).

Destaca-se que, desta área, 14,57ha estão inseridos em Zona de Proteção/ZP (hachurados em verde) e 0,11ha dentro de Zona de Recuperação/ZR (hachurados em vermelho).

Destaca-se, ainda que, diante da espessura do pacote de minério indicada no Relatório Final de Pesquisa sobre o respectivo polígono DNPM (7,2m), este cômputo equivaleria, aproximadamente, ao volume de 1.057.255,20m³ de areia extraída irregularmente perante o Zoneamento Estadual (desconsiderando-se deste cálculo o respectivo empolamento e demais variáveis).



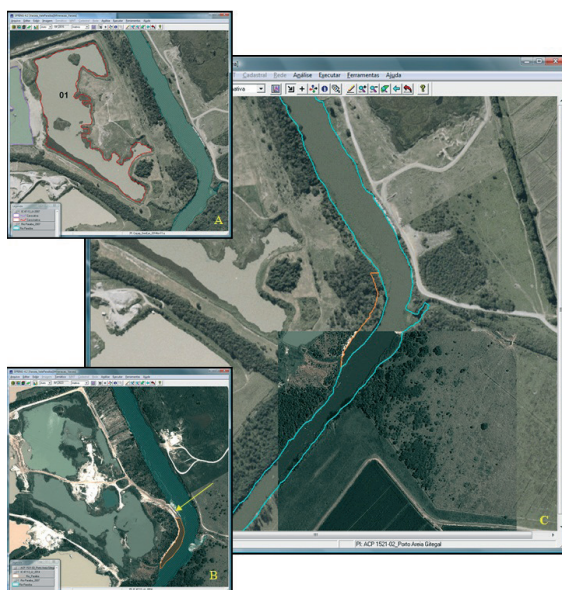
Apurou-se, ainda, que em decorrência da exploração de areia pelos mineradores, o empreendimento já explorou 39,14ha, abarcando as áreas de cavas submersa e cavas aterradas as quais foram mapeadas por intermédio de análise temporal, somadas às áreas de extração irregular mapeada *in loco*.

Destaca-se a discrepância entre a área já lavrada e a autorizada na respectiva Licença de Operação nº 3003049, a qual estabelecia área de 23,06ha, conforme informado às fls. pelo órgão ambiental, a qual contemplaria a totalidade da exploração autorizada pelo órgão ambiental, uma vez que não foi relatada a existência de outra Licença de Instalação ou de Operação.

Em vistoria realizada no dia 10/10/2014, o Setor Técnico do Ministério Público observou-se na área de Zona de Proteção/ZP (descrita como Área de Preservação Permanente pela CETESB) a existência de rampa de acesso direto ao Rio Paraíba do Sul (indicada em seta amarela na imagem acima), mantida limpa e acessível, mesmo após os plantios realizados nas áreas contíguas, permitindo sua fácil utilização, conforme se observa na foto a seguir.



O Setor Técnico do Ministério Público constatou, também, que o Rio Paraíba sofreu ampliação de suas margens, comparando-se imagens datadas do ano de 2007 com a imagem obtida em 2014, no trecho hachurado em laranja, decorrente de extração de areia do leito do rio, provocando desbarrencamento/extração de 0,51ha. Os acessos para o rio Paraíba neste trecho são visíveis (seta amarela), para permitir o transporte da areia ao empreendimento dos mineradores (conforme imagem a seguir).



Entrementes ao investigado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, o Ministério Público Federal, no Procedimento Preparatório nº 1.34.014.000216/2014-96, apurou que o Réu A. F. F. era quem efetivamente mantinha o controle administrativo da pessoa jurídica J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, embora ser a Ré A. F. F., sua filha, a pessoa que detém 90% das quotas societárias da pessoa jurídica referida.

Também apurou o Ministério Público Federal no referido procedimento que, em 07.06.2011, o DNPM lavrou o Auto de Paralisação nº 027/2011 referente ao poligonal do Processo nº 821.078/1995, sendo recebido pessoalmente pelo Réu A. F. F.

Fato idêntico ao apurado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo no procedimento nº 51.022.0000633/2011-0 (que acompanha esta petição inicial), ao ser lavrado o Auto de Inspeção nº 1393569 pela Ré CETESB, o próprio Réu A. F. F. recebeu a notificação do auto de inspeção (fl.).

Portanto, em suma, constatou o Ministério Público do Estado de São Paulo que a pessoa jurídica J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP é apenas um fantoche para que o Réu A. F. F. exceda os limites do polígono do Processo nº 821.078/1995 do DNPM e da Licença de Operação nº 3003049 da CETESB, consequentemente, praticando ilícitos e danos ambientais irreversíveis no local dos fatos.

Enquanto a Licença de Operação nº 3003049 não for definitivamente cassada e extinta a personalidade jurídica da empresa J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, os sócios desta empresa e o Réu A. F. F. se locupletarão com os danos ambientais, capitalizando os lucros e socializando os danos perpetrados.

Não obstante, é flagrante a omissão e aderência às condutas dos mineiros pelo Réu A. J. D. em pleno exercício da função pública da Ré CETESB, pois sua omissão em apontar a real extensão dos danos ambientais praticados pelos mineradores é de extrema relevância, tendo em vista que o Réu A. J. D. devia e podia agir para evitar o resultado.

Com esta omissão, o TAC celebrado com o Ministério Público do Estado de São Paulo foi indevidamente subdimensionado com os laudos técnicos apresentados pelo Réu A. J. D. no curso do procedimento ministerial.

Este subdimensionamento dos danos ambientais pelo Réu A. J. D., em regular exercício como funcionário da Ré CETESB, impediu que os danos ambientais tivessem uma garantia efetiva de que seriam recuperados pelos mineiros com a celebração do referido TAC, que, utilizando deste TAC, fizeram transparecer que estavam em regular atividade com anuência o próprio Ministério Público do Estado de São Paulo.

Assim, tornou-se imperiosa a propositura da presente ação civil pública para cassar o licenciamento ambiental concedido à J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, bem como dissolver essa pessoa jurídica e determinar que todos os envolvidos reparem os danos ambientais perpetrados por intermédio dela.

II – Do Direito

2.1. Das responsabilidades ambientais dos Réus J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F. que cominaram nos danos e ilícitos ambientais na área de lavra do Processo nº 821.078/1995 do DNPM e da Licença de Operação nº 3003049 da CETESB. Responsabilidade objetiva e solidária. Abuso de direito. Artigo 225, § 3º, da Constituição Federal. Artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81. Artigos 186, 187, 942, todos do Código Civil.

A Constituição Federal prevê que:

Art. 225, § 3º – **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 reparar os danos causados. (grifo nosso)

O artigo 195 da Constituição do Estado de São Paulo dispõe que:

As condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, com a aplicação de multas diárias e progressivas, no caso de continuidade da infração ou reincidência, incluídas a redução do nível de atividade e a interdição, independentemente da obrigação dos infratores de reparação dos danos causados. (grifo nosso)

Nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, o poluidor é obrigado a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, independentemente da existência de culpa.

É objetiva, pois, a responsabilidade dos Réus pelos danos ambientais causados, na modalidade da teoria do risco integral. Ensina LUÍS PAULO SIR-

VINSKAS⁵ que a responsabilidade objetiva na esfera ambiental foi recepcionada pela nova ordem constitucional (artigo 225, § 3º). Explica o autor que:

“Não há, pela leitura do dispositivo constitucional, nenhuma incompatibilidade com a lei infraconstitucional (Lei nº 6.938/81). Essa teoria já está consagrada na doutrina e na jurisprudência. Adotou-se a teoria do risco integral. Assim, todo aquele que causar dano ao meio ambiente ou a terceiro será obrigado a ressarcir-lo mesmo que a conduta culposa ou dolosa tenha sido praticada por terceiro. Registre-se ainda que toda empresa possui riscos inerentes a sua atividade, devendo, por essa razão, assumir o dever de indenizar os prejuízos causados a terceiros.”

A responsabilidade dos Réus (como será apresentado minuciosamente abaixo) é indiscutível, pois suas condutas deram causa aos danos ambientais diversos, que são objetos desta ação civil pública.

Saliente-se que, nos termos do artigo 942 do Código Civil de 2002, que prescreve que se a ofensa tiver mais de um autor, todos respondem solidariamente pela obrigação.

Ensina LUÍS PAULO SIRVINSKAS⁶:

“Impera em nosso ordenamento jurídico ambiental a responsabilidade civil objetiva. Não há dúvida quanto à sua aplicabilidade, tendo em vista trata-se de dano difuso. É muito difícil identificar a vítima do dano ambiental. Também é difícil apurar o responsável por este quando envolver várias indústrias ou pessoas. Diante dessas dificuldades, adota-se, no direito ambiental, à semelhança do direito civil, o princípio da solidariedade passiva. Essa regra se aplica no direito ambiental com fundamento no art. 942 do CC de 2002 (art. 1.518 do CC de 1916). Assim, havendo mais de um causador do dano, todos responderão solidariamente”.

⁵ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva. 9. ed., 2011, p. 204

⁶ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 9ª ed., 2011, p. 207.

No mesmo sentido:

“DIREITO AMBIENTAL. RECURSOS ESPECIAIS. PROJETOS DE CARCINICULTURA EM MANGUEZAL. DANO AO MEIO AMBIENTE. RECUPERAÇÃO DA ÁREA. 1. O ente público, que concedeu licença para a exploração de atividade econômica em zona ambiental, sem as exigências legais, responde solidariamente com o infrator pelos danos produzidos. 2. Existência de dano ambiental comprovada. Obrigação de recomposição da área. 3. Inexistência de afronta ao devido processo legal. 4. Área de manguezal, considerada de proteção ambiental. Instalação, em seu meio, de atividades que, comprovadamente, afetam a estrutura tradicional da natureza. 5. Recursos especiais conhecidos e não-providos.” (STJ, REsp 997538/RN, Rel. Min. José Delgado, j. 03.06.2008, DJe 23.06.2008)

Os Réus, pois, devem ser compelidos a adotar todas as medidas necessárias à reparação integral dos danos ambientais ocasionados em virtude dos danos causados no local em questão.

Saliente-se que a reparação integral do dano ambiental abrange não apenas a restauração do meio ambiente degradado ou, se essa não for possível, a recuperação dos danos ambientais, como também a compensação dos danos ambientais irrestauráveis e irrecuperáveis. Caso a compensação dos danos ambientais irrestauráveis e irrecuperáveis não seja possível, a reparação integral somente será alcançada com a indenização dos referidos danos incomensuráveis.

Nesse diapasão:

“(...) não se admite qualquer limitação à plena reparabilidade do dano, características do meio ou bem ambiental atingido. Tendo em vista a indisponibilidade do direito protegido, nenhuma disposição legislativa, nenhum acordo entre os litigantes e nenhuma decisão judicial tendente a limitar a extensão da reparação do dano ambiental pode ser considerada legítima.”⁷

⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano, in Revista de Direito Ambiental, São Paulo, nº 32, p. 81-82, out./dez. 2003.

Ensina ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN⁸ que:

“A Constituição Federal consagra o princípio da reparabilidade integral do dano ambiental. Por esse princípio, são vedadas, todas as formas e fórmulas, legais ou constitucionais, de exclusão, modificação ou limitação da reparação ambiental, que deve ser sempre integral, assegurando a proteção efetiva ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.”

A reparação integral do dano ambiental também abrange necessariamente o dano intercorrente, entendido este como aquele oriundo da demora entre a ocorrência do dano até a sua efetiva reparação integral.

Com efeito, desde o início da degradação ambiental até a sua integral reparação, o bem afetado não pode ser usufruído pela sociedade e não está apto ao exercício de suas naturais funções ambientais, havendo⁹, por conseguinte, prejuízo ao equilíbrio ecológico.

Conforme leciona FRANCISCO JOSÉ MARQUES SAMPAIO⁸:

“(...) não é apenas a agressão à natureza que deve ser objeto de reparação, mas a privação, imposta à coletividade, do equilíbrio ecológico, do bem-estar e da qualidade de vida que aquele recurso ambiental proporciona, em conjunto com os demais. Desse modo, a reparação do dano ambiental deve compreender, também, o período em que a coletividade ficará privada daquele bem e dos efeitos benéficos que ele produzia, por si mesmo e em decorrência de sua interação (art. 3º, I, da Lei 6938/81). Se a recomposição integral do equilíbrio ecológico, com a reposição da situação anterior ao dano, depender, pelas leis da natureza, de lapso de tempo prolongado, a coletividade tem direito subjetivo a ser indenizada pelo período que mediar entre a ocorrência do dano e a integral reposição da situação anterior”.

O dano ambiental intercorrente implica a perda de serviços, funções e recursos ecossistêmicos e é irrecuperável, devendo ser repara-

⁸ Apud FREITAS, Cristina Godoy de Araújo. Valoração do dano ambiental: Algumas Premissas, in Revista MPMG Jurídico Especial, Edição Especial 2011, p. 12.

⁹ SAMPAIO, Francisco José Marques. Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p.107, apud MACHADO, Paulo Affonso Leme, Direito ambiental brasileiro. São Paulo: Malheiros, 18ª ed., p. 375.

do preferencialmente por meio da compensação ambiental, visando a reconstituir ou melhorar outro bem ou sistema ambiental equivalente ao afetado.

A compensação ambiental deve ter como critérios a equivalência em termos de composição e função para a definição do ambiente em que será possível efetivá-la. Na impossibilidade técnica da compensação por equivalente, deve ser adotada a compensação ecológica alternativa, com vistas a reconstituir ou melhorar outro bem ou sistema ambiental que leve à restituição de funções e serviços ecossistêmicos perdidos e que se mostrem necessariamente benéficos ao ambiente objeto da degradação, de forma a melhorar a sua qualidade ambiental, em áreas mais próximas possíveis.

Assim, os Réus devem ser compelidos à restauração, ou se esta não for possível, à recuperação do meio ambiente degradado. Os danos irrestauráveis/irrecuperáveis devem ser compensados e, apenas se esta compensação não for possível, será necessária a indenização dos danos ambientais restantes.

Devido à degradação proveniente da prática da atividade de mineração, a Constituição Federal, ao lado de ter erigido o meio ambiente como um bem a ser defendido e preservado em prol das presentes e futuras gerações, previu expressamente, no § 2º do seu artigo 225, que:

Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

Por meio de referido dispositivo legal, a Constituição da República Federativa do Brasil buscou garantir que o desenvolvimento econômico ocorra de forma sustentável, garantindo às presentes e às futuras gerações o direito à manutenção de um meio ambiente sadio e equilibrado, apesar da potencialidade degradadora da exploração da mineração.

Para a efetivação do direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a legislação infraconstitucional estabelece os requisitos que devem ser atendidos para o exercício da atividade de extração de areia, entre eles o regular e necessário licenciamento ambiental. Nesse sentido, a Resolução SMA 42/1996 disciplina o licenciamento ambiental dos empreendimentos minerários de extração de areia na Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul.

A **Resolução SMA 28/99** estabelece, ainda, o **Zoneamento Ambiental para Mineração de areia na várzea do Rio Paraíba do Sul**, prevendo:

Art. 1º. Em cumprimento ao previsto no art. 1º da Resolução SMA nº 42, de 16 de setembro de 1996, esta resolução estabelece o **zoneamento ambiental para mineração de areia na várzea do Rio Paraíba do Sul**, no subtrecho inserido nos municípios de Jacareí, São José dos Campos, Caçapava, Taubaté, Tremembé e Pindamonhangaba. (grifo nosso)

§ 1º. **O zoneamento e a área a que se refere este artigo encontram-se delimitados em mapas**, a escala 1:25.000, cujos originais encontram-se depositados na Secretaria de Estado do Meio Ambiente, junto ao processo SMA nº 7.000/99. (grifo nosso)

§ 2º. O disposto nesta resolução aplica-se às seguintes formas de aproveitamento mineral:

I. extração em leito de rio;

I. extração em cava.

§ 3º. A mineração de areia não poderá ser desenvolvida em prejuízo do uso prioritário da várzea para agropecuária e silvicultura, na forma do disposto no art. 5º do Decreto federal nº 87.561, de 13 de setembro 1982.

Zoneamento Ambiental

Art. 2º. A área do subtrecho a que se refere o art. 1º é subdividida em quatro zonas:

I. zona de proteção – ZP; (grifo nosso)

II. zona de mineração de areia – ZM;

III. zona de recuperação – ZR;

IV. zona de conservação da várzea – ZCV.

Art. 3º. **A zona de proteção** tem por **objetivo resguardar o ecossistema formado pelo Rio Paraíba do Sul**, a vegetação remanescente preservada e especialmente as associadas aos meandros abandonados, de acordo com os seguintes critérios: (grifo nosso)

II. proteção das áreas de reserva ecológica (preservação permanente) indicadas no art. 2º da Lei federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 – Código Florestal;¹⁰

III. proteção dos pontos de captação de água para abastecimento público e de obras de arte de engenharia.

¹⁰ *Sic.* A norma não prevê o inciso “I” para o artigo 3º da Resolução SMA 28/99.

Art. 4º. **A zona de mineração de areia é a área onde comprovadamente a atividade minerária pode se desenvolver com aproveitamento econômico**, de acordo com os seguintes critérios: (grifo nosso)

- I. comprovação da existência de áreas com potencial de areia para instalação de novos empreendimentos ou ampliação dos já existentes;
- II. inexistência de vegetação significativa;
- III. existência de “polders” incultos ou não instalados totalmente;
- IV. inexistência de áreas cultivadas;
- V. proximidade com o sistema viário, sem interferência nas áreas urbanizadas;
- VI. manutenção de distância tecnicamente adequada, das obras de arte, de estações de tratamento de esgotos, de pontos de captação de água e de áreas urbanizadas, sendo esta distância definida por estudo geotécnico, a ser apreciado pela área de licenciamento da Pasta, ouvido o poder público local no que lhe for pertinente.

Parágrafo único. A ampliação de empreendimento na zona de mineração condiciona-se ao prévio cumprimento do projeto de recuperação da área já explotada.

Art. 5º. A zona de recuperação compreende as áreas definidas como prioritárias à recuperação ambiental, objetivando compatibilizá-las com os usos urbanos, agropecuário ou de preservação, segundo sua localização específica, observados os seguintes critérios:

- I. apresenta empreendimentos em processo avançado de esgotamento das reservas de areia, com grande número de cavas que inviabilizem a sua ampliação;
- II. existência de empreendimentos desativados;
- III. localização de empreendimentos lindeiros à zona de proteção – ZP;
- IV. proximidade de áreas urbanizadas.

§ 1º. Na zona de recuperação, os empreendimentos que ainda não iniciaram suas atividades poderão fazê-lo, obedecidos os requisitos da licença ambiental.

§ 2º. Na zona de recuperação não será expedida licença de ampliação de área para os empreendimentos em funcionamento já licenciados ambientalmente.

Art. 6º. A zona de conservação de várzea – ZCV visa proteger e conservar a planície aluvionar, garantindo a permeabilidade dos solos e a não contaminação das águas, mediante usos compatíveis com sua função ecológica.

Parágrafo único. Na zona de conservação de várzea, o aproveitamento de areia para fins comerciais só será licenciado quando associado à lavra de outros bens minerais, que já tenham sido objeto de licença ambiental e de concessão de lavra, até a data da publicação desta resolução.

Atividade Minerária

Art. 7º. O desenvolvimento da atividade de extração de areia na várzea:

I. deve possibilitar a conservação das matas primárias e das secundárias em estágio médio e avançado de regeneração e a preservação da fauna associada;

II. deve possibilitar o saneamento ambiental;

III. não deve implicar na impermeabilização do solo.

Parágrafo único. Concomitantemente ao desenvolvimento dos trabalhos de exploração, a área respectiva e as utilizadas para dar suporte à atividade devem ser objeto de recuperação ambiental.

Art. 8º. Não serão licenciados novos empreendimentos destinados à extração de areia em leito de rio.

§ 1º. Excetua-se da vedação de que trata este artigo:

I. os casos de desassoreamento, mesmo que para fins comerciais, desde que autorizado pelos órgãos competentes;

II. comprovação técnica (batimetria) quanto à possibilidade de a atividade minerária poder desenvolver-se com aproveitamento econômico, observado o disposto no art. 3º e nos incisos V e VI do art. 4º.

§ 2º. Não serão expedidas licenças para ampliação de área para os empreendimentos em funcionamento já licenciados ambientalmente.

Art. 9º. As atividades de extração de areia em leito de rio submetem-se ao disposto no art. 6º da Resolução SMA nº 42, de 16 de setembro de 1996.

Art. 10. As atividades de extrações de areia em cava submetem-se ao disposto nos arts. 4º, I e II, e 5º da Resolução SMA nº 42, de 16 de setembro de 1996, e, ainda, às seguintes exigências:

I. executar o monitoramento quantitativo e qualitativo das águas das cavas e do lençol freático (NBR 13.875, ABNT, Jun/97 – norma de monitoramento de água subterrânea) em regiões próximas às áreas agrícolas, de forma a se obter dados sobre o comportamento dessas águas com relação à contaminação e rebaixamento do nível freático;

II. assegurar que os trabalhos de lavra fiquem distantes de obras de arte e equipamentos públicos, sendo esta distância definida por estudo

geotécnico, a ser apreciado pela área de licenciamento da Pasta, ouvido o poder público local quando as obras de arte e equipamentos for de seu domínio;

III. assegurar que as operações de lavra em cava fiquem a uma distância de 50 metros da base dos diques. Esta distância pode ser reduzida para até o mínimo de 25 metros desde que comprovada tecnicamente sua estabilidade, não dispensados, quando couber, estudos geotécnicos específicos que indiquem a estabilidade;

IV. assegurar que os primeiros 5 metros horizontais dos taludes emersos, a partir do nível mínimo da água e voltados para o interior da cava, obedeçam a inclinação máxima de 17º (dezessete graus) ou 30% (trinta por cento), não dispensados estudos geotécnicos quando couber;

V. impedir, mediante contenção, que fontes de poluição contaminem a água das cavas, conforme critérios estabelecidos pela CETESB.

VI. executar a correção batimétrica objetivando criar uma área litorânea nas cavas, utilizando quando necessário o rejeito das cavas para correção do ângulo do talude.

Recuperação

Art. 11. A recuperação das áreas degradadas pela mineração de areia deve obedecer ao disposto no art. 8º da Resolução SMA nº 42, de 16 de setembro de 1996, observadas as normas estabelecidas pelos municípios, tendo em vista o uso futuro da área (art. 14).

Disposições Gerais

Art. 12. É vedada a disposição final de resíduos sólidos de qualquer natureza na várzea.

§ 1º. Excetua-se do disposto no “caput” o reenchimento de cavas com terra ou material oriundo da construção civil (Norma NBR 10004 da ABNT sobre resíduos inertes classe III) desde que estudo técnico específico, sob responsabilidade do empreendedor, aprovado pela CETESB – Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental, ateste que esta solução é menos impactante que a permanência da cava.

§ 2º. A operação de reenchimento de cavas sujeita-se a licenciamento perante a CETESB.

§ 3º. A licença de operação definirá parâmetros para o monitoramento da qualidade do solo, da qualidade das águas da cava de reenchimento e das águas subterrâneas em seu entorno, obrigando-se o licenciado a efetuar esse monitoramento, fornecendo bimestralmente os correlatos dados à CETESB.

Art. 13. A utilização das cavas para piscicultura e pesca esportiva será precedida de estudo sobre a qualidade da água e dos sedimentos existentes na cava, bem como do monitoramento dos indicadores da qualidade desses fatores, de modo a adequá-los à aprovação ambiental, após obter-se os resultados de uma série histórica.

Art. 14. Observado o disposto no art. 5º, XXII, e no art. 174 da Constituição Federal, os municípios poderão propor a definição do uso futuro das áreas a ser recuperadas pelo empreendedor após a extração mineral.

Parágrafo único. Os planos de recuperação de área degradada – PRADs aprovados até a data da publicação desta resolução serão, se for o caso e com observância do fixado no “caput”, redefinidos pela Secretaria do Meio Ambiente.

Art. 15. A Secretaria do Meio Ambiente orientará os municípios na elaboração de planos municipais de zoneamento ambiental, buscando compatibilizá-los com as normas estaduais.

Art. 16. Fica constituído um grupo de trabalho para acompanhamento e avaliação do disposto nesta resolução, que, no prazo de dois anos a contar da data de sua publicação, deverá apresentar relatório circunstanciado de seus trabalhos para informação do Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA.

Art. 17. O disposto nesta resolução deve ser objeto de revisão, inclusive conceitual, dentro de prazo não superior a 6 anos.

Art. 18. Aplica-se à esta resolução o disposto no art. 1º da Resolução SMA nº 3, de 22 de janeiro de 1.999.

Art. 19. Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

A Lei nº 6.938/81 prevê instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiental em seu artigo 9º. Tais instrumentos são necessários para que se possibilite alcançar os objetivos previstos no artigo 4º da mesma lei, permitindo, assim, conciliar a recuperação e proteção ambiental com o desenvolvimento nacional.

Dentre outros instrumentos previstos na referida lei, encontra-se no inciso II do artigo 9º o zoneamento ambiental, que consiste num instrumento que delimita áreas, com critérios normativos básicos, de como devem ocorrer seus usos.

Como ensina LUIS PAULO SIRVINKAS¹¹:

¹¹ SIRVINKAS, Luis Paulo. Manual de direito ambiental. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 210/211.

(...) Procura-se, com este instrumento, evitar o ocupação do solo urbano ou rural de maneira desordenada. Para isso, fez-se necessário o estabelecimento de critérios legais básicos. Foi com esse objetivo que o legislador constituinte também atribuiu ao Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a incumbência de “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (art. 225, § 1º, III, da CF e art. 9º, VI, da Lei nº 6.938/81).

Ao editar a Resolução SMA 28/99, o Estado de São Paulo estabeleceu um zoneamento ambiental regulamentando a extração de areia na várzea do Rio Paraíba do Sul, evitando-se, desta maneira, a extração predatória e desordenada que vinha acontecendo desde a década de 50 do século XX na região do Vale do Paraíba Paulista.

Tal zoneamento ambiental delimitou zonas específicas (como foi acima demonstrado), ordenando em quais locais a atividade de extração de areia poderia ou não ser permitida. Ensina, ainda, LUIS PAULO SIRVINKAS¹²:

Extraí-se, (...), que o zoneamento tem por objetivo regular o uso e a ocupação do solo. É o Poder Público que irá estabelecer os critérios básicos para a ocupação do solo por meio de leis ou regulamentos. Trata-se de uma limitação administrativa ao direito de propriedade, cujo solo deve ser utilizado com base no princípio da função social. **Tais critérios devem ser observados por todos, podendo ser alterados somente por norma de igual hierarquia.** (grifo nosso)

No caso em tela, os mineradores A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F. utilizaram a Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP para explorar areia na área do Processo nº 821.078/95-DNPM e em seu entorno, de forma brutal e violenta ao meio ambiente, excedendo por completo o licenciamento ambiental concedido pela CETESB.

Apesar de o empreendimento dos réus ter recebido as licenças ambientais necessárias para a instalação da atividade, os Réus mineradores, por intermédio da empresa J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, só pude-

¹² SIRVINKAS, Luis Paulo. *Manual de direito ambiental*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211.

ram alcançar as áreas não licenciável/autorizável ambientalmente para a atividade de extração de areia, exatamente por deter as licenças ambientais e o direito de exploração de areia.

O *modus operandi* dos Réus mineradores é abusar de suas licenças federais e ambientais extrapolando os limites de ambas, visando extrair minério de areia em áreas não licenciáveis/autorizáveis pela CETESB e/ou pelo DNPM.

Portanto, o simples fato de os Réus mineradores terem tido ou ainda detenham licenças federais e ambientais para a prática de sua atividade empresarial, não torna lícita a extração de área realizada fora do poligonal do DNPM, em Zona de Proteção e de preservação permanente do Rio Paraíba do Sul, no leito do Rio Paraíba do Sul, menos, ainda, a supressão de vegetação nativa existente no local dos fatos.

Ressalta-se, novamente, que os Réus mineradores, por intermédio da empresa J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, excederam os limites do licenciamento federal e ambiental concedido à empresa exatamente por detê-los, dando a falsa impressão de legitimidade e legalidade em sua atividade irregular, pois sem o licenciamento ambiental concedido à empresa, sequer estaria em atividade, logo, não teria acesso ao local dos fatos para extrair irregularmente areia.

Dispõe o artigo 187 do Código Civil:

Art. 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, **excede** manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (grifo nosso)

Sobre o tema, ensina SÉRGIO CAVALIERI FILHO¹³:

(...) Enquanto no primeiro (ato ilícito) a conduta não encontra apoio em dispositivo legal e até é praticada contra o dever jurídico preexistente, no segundo (abuso de direito) a conduta é respaldada em lei, mas, como já ressaltado, fere ostensivamente o seu espírito. O titular do direito, “embora observando a estrutura formal do poder que

¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 8ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2008. p. 153.

a lei lhe confere, excede os limites que lhe cumpre observar, em função dos interesses que legitimam a concessão desse poder. Há uma ‘contradição entre o *modo* ou o *fim* com que o titular exerce o direito e o *interesse* a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito’”. (ANTUNES VARELA, *Obrigações*, 8ª ed., Almedina, p. 553-554)

Assim, no caso em tela, os réus, por intermédio da ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, cometeram dois atos ilícitos para causar os danos ambientais objeto da ação civil pública.

Em primeiro, os réus extraíram areia em área não licenciável/autorizável pela legislação pertinente, fato que por si só já é um ilícito.

Em segundo, apesar de o empreendimento ser licenciado pela CETESB e DNPM, os réus excederam suas licenças ambientais, a fim de obter mais lucros, utilizando a área licenciada (bem como o maquinário e pessoal vinculado a esta) para a extração de areia no local dos fatos, beneficiando e comercializando o minério extraído irregularmente, com base nas licenças ambientais concedidas pelo DNPM e CETESB, dando a falsa impressão de legalidade de sua atividade. Configurando, assim, o abuso de direito de exercer sua atividade de mineração no Município de Caçapava – SP.

Enquanto os réus abusarem o licenciamento ambiental concedido pelos órgãos federais e ambientais, mesmo que para perímetro ou local diverso da área dos fatos, os réus continuarão a travestir sua conduta poluidora como se permitida fosse pelos referidos órgãos.

Conforme também já analisado, os Réus mineradores exerceram parte da atividade de extração de areia, sem as necessárias licenças ambientais em Zona de Proteção, em total desrespeito à Resolução SMA nº 28/99, e foro do polígono do DNPM, em desrespeito à legislação minerária.

Saliente-se que apesar de expedidas as licenças ambientais para a prática da atividade de extração de areia em área licenciável, os réus nunca tiveram autorização para iniciar uma operação de extração de areia em Zona de Proteção ou fora do polígono do DNPM previsto no Processo nº 821.078/95.

No momento em que os réus excederam suas licenças ambientais, toda a sua atividade de extração de areia tornou-se ilícita, seja ou não praticada em área licenciada, nos termos do artigo 187 do Código Civil, do que se infere a necessidade de suspender/cessar toda a atividade dos Réus mineradores, para salvaguardar o meio ambiente.

2.2. Responsabilidade objetiva da CETESB. Omissão voluntária e relevante do Réu A. J. D., enquanto funcionário da CETESB. Indução ao erro pelo Réu A. J. D., enquanto funcionário da CETESB. Aderência às condutas lesivas e ilícitas ao meio ambiente pelos Réus Mineradores. Artigo 225, § 3º, da Constituição Federal. Artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81. Artigos 186 e 942, ambos do Código Civil.

Toda a cadeia de ilícitos citados só pôde ocorrer devido aos atos ilícitos perpetrados pelo Réu A. J. D., tendo em vista que, sendo o técnico da Ré CETESB, precisamente da Agência Ambiental da Taubaté, responsável pelas fiscalizações realizadas no empreendimento da empresa mineradora, omitiu informações cruciais para subsidiar a celebração do TAC de fls., apresentado dados muito aquém dos danos ambientais efetivamente ocorridos.

Além de apresentar dados técnicos subdimensionados (como constatou o Setor Técnico a fls.), o Réu A. J. D., então funcionário da Ré CETESB, omitiu-se ao não lavar, de forma plena, autos de infração com todos os danos ambientais perpetrados pelos Réus mineradores entre os anos de 2010/2012, bem como na real extensão que os danos ocorreram, mesmo tendo, por reiteradas vezes, o Réu A. J. D. vistoriado o local dos fatos, sendo inadmissível que este não tivesse presenciado os danos ambientais ocorridos.

Como apurou o Setor Técnico do Ministério Público, nos Autos de Infração nº 03000815 (fls.), oriundo de fiscalização realizada pelo Réu A. J. D., a CETESB havia constatado extração irregular em 1,0ha e supressão de vegetação em 3,0ha, em áreas ainda coincidentes de APP. O Setor Técnico do Ministério Público, em vistoria realizada na mesma data e em conjunto com o Réu A. J. D., constatou 11,8ha de área lavrada irregularmente além da poligonal DNPM, sendo que destes, 6,98ha estariam ainda inseridos em Zona de Proteção/ZP, conforme apresentado nas respectivas Figuras e no respectivo Relatório Fotográfico de fls.

Estas omissões foram cruciais para que as condutas ilícitas dos Réus mineradores continuassem em pleno trâmite, pois, utilizando-se da fé pública dos atos administrativos praticados pela Ré CETESB, o Réu A. J. D., deliberadamente, beneficiou os Réus mineradores ao garantir que celebrassem um TAC com o Ministério Público, comprometendo-se a recuperação aquém dos danos ambientais efetivamente cometidos, ao induzir em erro o Ministério Público com a apresentação subdimensionada da extensão dos danos.

Ainda, com esta indução em erro, o Réu A. J. D. permitiu aos Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F., por intermédio da Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, recebessem uma suposta “*anistia/garantia*” em face do Ministério Público do Estado de São Paulo, limitando os danos ambientais pelos os quais o Ministério Público Estadual eventualmente poderia “*cobrar*” perante o Poder Judiciário.

Entretanto, não obstante a celebração do TAC, os Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F. e J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, não cumpriram com as obrigações de fazer consistentes em recuperar os danos ambientais com plantio de árvores, tendo em vista que as áreas destinadas ao replantio foram exploradas pela extração irregular de areia.

É inegável que o Réu A. J. D. sabia que as informações técnicas apresentadas à Promotoria de Justiça, que presidia o procedimento nº 51.0220.0000633/2011-0, eram essenciais para a delimitação exata dos danos ambientais ocorridos, bem como para subsidiar o Ministério Público na propositura de um acordo aos Réus mineradores para a recuperação dos danos ambientais.

Entretanto, isto não impediu de o Réu A. J. D. ocultar a real extensão dos ilícitos e danos ambientais, consequentemente, induzindo em erro o Ministério Público do Estado de São Paulo em crer que suas informações técnicas estariam conforme a realidade, que o PRAD apresentado pelos Réus mineradores seria o suficiente para a recuperação ambiental dos danos, e que o direcionamento técnico indicado pelo funcionário da Ré CETESB, que subsidiou o TAC celebrado, estariam condizentes com as medidas técnicas ambientais necessárias para a recuperação dos danos ambientais. Fato este que não ocorreu.

A ocultação destas informações e consequente indução em erro realizado pelo Réu A. J. D., demonstra claramente o dolo deste Réu em favorecer que os Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F., por intermédio da Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP se locupletassem da propriedade da União (minério de areia), esquivando-os da efetiva fiscalização ambiental por parte da Ré CETESB e mesmo do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Como resta comprovado nos autos pelo Setor Técnico do Ministério Público, a Ré CETESB, por intermédio do Réu A. J. D., apresentou fiscalização deficitária, permitindo, assim, que a Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP continuasse a exercer sua atividade ambientalmente ilícitamente, e, ainda, auxiliá-la a firmar termo de ajustamento de conduta subdimensionado com o Ministério Público do Estado de São Paulo.

Logo, houve participação direta da atuação da Ré CETESB, por intermédio de seu ex-funcionário (ora o Réu A. J. D.), e também atuação direta do próprio Réu A. J. D. em se assegurar a continuidade das práticas ilegais de extração de areia no local dos fatos.

Estabelece a Constituição Federal:

Art. 37 – (...) § 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

E, como já foi dito, a responsabilidade ambiental é objetiva e solidária, obrigando àqueles que tiverem nexo de causalidade com o dano ambiental a recuperá-lo. Portanto, a responsabilidade da Ré CETESB é objetiva em relação aos atos ilícitos praticados pelo Réu A. J. D. que causaram danos ambientais.

E a responsabilidade do Réu A. J. D. também é objetiva no tocante aos danos ambientais, haja vista o § 3º do artigo 225 da Constituição Federal estender a responsabilidade de recuperar os danos ambientais a todos os infratores.

Consequentemente, a Ré CETESB e o Réu A. J. D. devem ser condenados, solidariamente, com os Réus mineradores, a recuperar e repararem integralmente os danos ambientais perpetrados no local dos fatos.

2.3. Da improbidade administrativa. Enriquecimento ilícito com causa de prejuízo ao patrimônio da União. Facilitação pelo Réu A. J. D. para a incorporação de minério de areia ao patrimônio dos Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F., por intermédio da Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP. Enriquecimento ilícito. Artigos 20, inciso IX, 37, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal. Artigos 3º, 4º e 10, incisos I e XII, da Lei nº 8.429/92. Artigo 187 combinado com o artigo 884 do Código Civil.

Os recursos minerais, inclusive do subsolo, pertencem à União (artigo 20, inciso IX, da Constituição Federal), sendo lícita aos particulares a exploração econômica desse patrimônio mediante prévia autorização do DNPM.

Como ficou comprovado nos presentes autos, os Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F., por intermédio da Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, muito antes de o próprio DNPM lavrar o auto de paralisação nº 027/2011 em 07.06.2011, para o polígono do Processo nº 821.078/1995, já estavam extraíndo minério de areia fora do polígono citado.

Tal fato, contudo, já era de conhecimento do Réu A. J. D., pois este, em 18.01.2011 e 16.05.2011, vistoriou o local dos fatos e constatou irregularidades ambientais na área em questão.

Como demonstram as imagens de fls. desta petição inicial, não havia como o Réu A. J. D. não ter constatado a extração irregular do minério de areia fora do polígono do DNPM e da Zona de Mineração (ZM) estabelecida na Resolução SMA 28/99, porém, em nenhum momento, houve relato a respeito do avanço da cava além dos limites federal e estadual (conforme fls. do procedimento que acompanha a petição inicial).

E mesmo quando o Réu A. J. D. autuou a Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, ficou comprovado, ainda, que a extensão das áreas de lavra foi subdimensionada para não revelar a real extensão das práticas lesivas ao patrimônio público federal e ao meio ambiente, o que em muito beneficiou os mineradores.

Tais condutas facilitaram a usurpação do minério de areia, tendo em vista que a omissão e subdimensionamento das áreas efetivamente lavradas pelos Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F., por intermédio da Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, facilitou a continuação das atividades irregulares da, haja vista o Réu A. J. D., enquanto funcionário de órgão ambiental, fazia transparecer que as condutas dos Réus mineradores eram simples irregularidades sanáveis; enquanto, na realidade o Réu A. J. D. tinha que cumprir com o previsto no artigo 4º da Lei nº 8.429/92, que prevê:

Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos. (grifo nosso)

Sendo um funcionário da CETESB, com atribuição em analisar os empreendimentos de extração de areia nos Municípios abrangidos pela Agência Ambiental de Taubaté, o Réu A. J. D. tinha a obrigação de relatar a extração irregular (na sua real extensão) seja no licenciamento federal, seja no licenciamento estadual, especialmente pelo fato de que o licenciamento estadual necessariamente depende dos polígonos do DNPM para serem expedidos. Logo, como havia violação ao licenciamento federal, o Réu A. J. D. tinha obrigação de reportar que o licenciamento estadual também estava violado.

A omissão destas informações e o subdimensionamento da extração irregular perpetrada pelo Réu A. J. D. deu aparência de meras irregularidades administrativas na condução da atividade pelos os Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F., por intermédio da Ré J.J. EXTRAÇÃO E COMÉRCIO DE AREIA LTDA.-EPP e permitindo que os Réus mineradores pudessem celebrar termo

de ajustamento de conduta com o Ministério Público Estadual e mesmo continuar a atividade com violação ao licenciamento ambiental.

Em laudo pericial realizado pela Polícia Federal e acostada nos autos do processo nº 0007492-57.2014.4.03.6103 (em trâmite nesta 1ª Vara Federal), os Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F., por intermédio da Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP realizaram extração minerária sem a devida licença do DNPM, gerando um prejuízo calculado em R\$ 33.700.413,31 (trinta e três milhões, setecentos mil, quatrocentos e treze reais e trinta e um centavos).

A usurpação mineral promovida pelos Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F., por intermédio da Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, facilitada e viabilizada pelo Réu A. J. D., constitui inegável lesão ao patrimônio público federal.

A matéria-prima que deveria remanescer no patrimônio da União, illicitamente, passou a integrar o patrimônio privado dos Réus mineradores, ensejando em enriquecimento ilícito.

Como já foi dito, assim dispõe o artigo 187 do Código Civil:

Art. 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, **excede** manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (grifo nosso)

Em que pese os Réus mineradores terem tido as licenças federais para atuar no local dos fatos, no momento em que excederam os limites do polígono do Processo nº 821.078/1995 cometeram abuso de direito, configurando em ato ilícito previsto no Código Civil, conseqüentemente, os ganhos obtidos pela obtenção irregular do minério de areia além de indevidos, são ilícitos.

Dispõe ainda o artigo 10, incisos I e XII, da Lei nº 8.429/92:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I – facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII – permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

Pelas condutas descritas, os Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F., por intermédio da Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP incorporaram, de forma ilícita, minério de areia (de patrimônio da União) pela extração irregular fora do polígono do Processo nº 821.078/95 do DNPM e do licenciamento ambiental.

Isso ocorreu porque, dentre outras coisas, o Réu A. J. D. facilitou que os Réus mineradores incorporassem o bem mineral da União (minério de areia) ao patrimônio particular destes Réus, facilitando, também, que os Réus mineradores se enriquecessem ilicitamente, violando o artigo 10, incisos I e XII, da Lei nº 8.429/92, sendo beneficiários diretos desta conduta os Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F.

Razão pela qual, os réus devem ser condenados pelos atos de improbidade administrativa que geraram enriquecimento ilícito e dano ao erário federal.

2.4. Da improbidade administrativa. Violação aos princípios da Administração Pública. Violação ao princípio da moralidade e legalidade. Omissão do Réu A. J. D. ao não praticar ato de ofício, beneficiando os Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F., por intermédio da Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP. Artigo 37, § 4º, da Constituição Federal. Artigos 3º, 4º e 11, inciso II, da Lei nº 8.429/92.

Pelas condutas descritas, além de causarem enriquecimento ilícito dos Réus mineradores e danos ao erário federal, observa-se que o Réu A. J. D., enquanto funcionário da CETESB, agiu com violação aos princípios da Administração Pública, pois, para beneficiar os Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F., o Réu A. J. D. omitiu informações técnicas e/ou prestou de forma subdimensionada, relevantes para a investigação do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Para facilitar a extração de bem mineral da União, o Réu A. J. D. induziu em erro o Ministério Público Estadual, apresentando informações técnicas omissas e/ou subdimensionadas, não permitindo que a real extensão dos danos ambientais fosse apresentada aos órgãos públicos, impedindo uma fiscalização plena das condutas dos Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F.

Em sede infraconstitucional tem-se o artigo 4º da Lei nº 8.429/92 que, expressamente, faz alusão ao princípio da moralidade administrativa e o artigo 11 da aludida Lei que discorre sobre as consequências jurídico-processuais

de violação aos princípios administrativos. Na mesma linha desse raciocínio, tem-se o artigo 2º, inciso IV, da Lei nº 9.784/99, segundo o qual o princípio da moralidade: “seria o ato pelo qual o administrador público atuaria segundo os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

A jurisprudência também já cuidou reiteradamente de agasalhar a importância deste princípio, dando-lhe status de verdadeiro pressuposto de validade da conduta do administrador público.

Neste sentido: “O TJSP já decidiu que, pela só infringência do princípio da moralidade administrativa é possível a anulação do ato administrativo”¹⁴.

A doutrina também é rica na conceituação deste princípio. Sob a ótica de WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR:

“(...) o princípio da moralidade administrativa não precisa ter seu conteúdo definido ou explicado por regra expressa em Lei. Ele se estabelece objetivamente a partir do confronto do ato administrativo (desde a pesquisa de seus requisitos, com destaque ao motivo, ao objeto e a finalidade, até a produção de seus efeitos, ou seja, perquirindo-se a validade e a eficácia) ou da conduta do agente com as regras éticas tiradas da disciplina interna da Administração (e que obrigam sempre ao alcance do bem comum, do interesse público), em que se deve fixar uma linha divisória entre o justo e o injusto, o moral e o imoral (e também o amoral), o honesto e o desonesto. A respeito pondera José Afonso da Silva que a “lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando a sua execução é feita, p. ex., com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa”¹⁵.

Em complementação, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO registra:

“De acordo com ele (o princípio da moralidade) a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos (...). Segun-

¹⁴ RJTJSP 135/31.

¹⁵ *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 35.

do os cânones da lealdade e da boa-fé a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos”¹⁶.

Como destaca MARCELO CAETANO, a moralidade só está garantida quando valores como a neutralidade, a independência, a isenção, a objetividade e a imparcialidade são viabilizados.

Há situações, porém, que são incompatíveis com a garantia destes valores. Assim, deve-se segundo o autor evitar as ditas incompatibilidades morais que “resultam da necessidade de impedir que o agente possa ser suspeito de utilizar a função pública para favorecer interesses privados em cuja dependência se encontrasse em virtude de prestar serviços remunerados a particulares ou por estar ligado por laços de parentesco a quem possa influir na marcha dos negócios públicos para seu proveito pessoal”¹⁷.

Disso se extrai o dever de probidade que, segundo as lições do mesmo autor é aquele pelo qual “o funcionário serve à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”¹⁸.

Feitas essas considerações legais, jurisprudenciais e doutrinárias, fica claro que no presente caso concreto a moralidade foi violada porque não soa honesto ou ético que o Réu A. J. D., funcionário da CETESB responsável pela fiscalização do empreendimento minerário dos Réus mineradores, que esteve pessoalmente no local dos fatos em diversas oportunidades, tenha omitido do Ministério Público Estadual informações da existência de danos ambientais fora do polígono do DNPM e do licenciamento ambiental.

Menos ainda configura moral, apresentar danos ambientais em extensão inferior à realidade praticada pelos Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F., para permitir-lhes que enriquecessem com os danos ambientais praticados por intermédio da Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-

¹⁶ *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

¹⁷ *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1997, t. 2, p. 719.

¹⁸ *Manual de Direito Administrativo*, p. 749.

-EPP, sem que tivessem que recuperar ambientalmente e de forma integral os danos ambientais praticados pela extração irregular do minério de areia.

Ainda, fere o princípio da legalidade as condutas praticadas pelo Réu A. J. D. para beneficiar os Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F., omitir-se e apresentar informações técnicas com extensão dos danos ambientais aquém da realidade, obstando e dificultando a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais (ora Ministério Público do Estado de São Paulo).

Principalmente, pelo fato de que a reparação integral do dano ambiental (exigida pela Constituição Federal, em seu artigo 225, § 3º, e pela Lei nº 6.938/81 em seu artigo 14, § 1º) não foi possível, devido a indução em erro praticada pelo Réu A. J. D.

Portanto, o Réu A. J. D. violou os princípios da administração pública da moralidade e legalidade, ao omitir e apresentar informações técnicas subdimensionadas, quando deveria, de ofício, fazer exatamente o contrário, trazendo impunidade aos degradadores, violando o artigo 11, incisos II, da Lei nº 8.429/92, sendo beneficiários diretos desta conduta os Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F.

Razão pela qual, os réus devem ser condenados pelos atos de improbidade administrativa que violaram os princípios da administração pública.

2.5. Uso abusivo da personalidade jurídica de J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP. Utilização abusiva de pessoas jurídicas para cometimento de atos ilícitos e danos ambientais. Extinção judicial compulsória. Artigos 51 e 187, ambos do Código Civil. Artigo 24 da Lei nº 9.605/98

A constituição de uma pessoa jurídica empresária no direito brasileiro pode ser realizada por meio de estatuto ou contrato.

No caso da pessoa jurídica J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, foi ela constituída por contrato social devidamente registrado na JUCESP.

Sobre o tema, ensina FÁBIO ULHOA COELHO¹⁹:

Para ser válido, contrato social da limitada deve, em primeiro lugar, atender aos requisitos gerais de validade de qualquer ato jurídico, definidos, no direito brasileiro, pelo art. 104 do Código Civil. De fato, os contratos privados, inclusi-

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. Vol. 2. São Paulo: Saraiva. 11ª ed., rev. e at. 2008, p. 384.

ve os constituintes de sociedades empresárias, são espécies de atos jurídicos, e não se consideram válidos quando desatendem aos pressupostos daquele dispositivo da legislação civil. Assim, para preencher a primeira condição de validade, o contrato social da limitada deve ser celebrado entre agentes capazes, **ter objeto lícito** e observar forma legal. (grifo nosso)

Como está comprovado nos autos, com a documentação ora acostada, os Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F., por intermédio da empresa J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, abusaram das licenças prévia e de instalação concedidas pelo DNPM e CETESB ao iniciarem as atividades de extração de areia foro dos limites estabelecidos no licenciamento federal e estadual.

O único fim da J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP é servir para os propósitos vis e torpes do Réu A. F. F. que, utilizando interpostas pessoas (A. F. F., D. G. da S. e R. L. F.) utiliza de forma abusiva da personalidade jurídica desta empresa.

Encontra-se comprovado com a documentação ora apresentada e a contida no Processo nº 0007492-57.2014.4.03.6103, que mesmo a pessoa jurídica sem as licenças ambientais necessárias para a atividade do empreendimento e com a paralisação de lavra expedida pelo DNPM, continuou a lavar inescrupulosamente areia no local dos fatos.

Conclui-se, portanto, que o Réu A. F. F., em unidade de desígnios com os demais réus sócios da J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, adquiriram as quotas sociais desta pessoa jurídica exclusivamente para esquivar seus patrimônios pessoais da responsabilidade civil ambiental e administrativa pelos atos ilícitos e danos ambientais perpetrados pela J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, sob sua égide empresarial, demonstrando ser absolutamente ilícito o objeto pelo qual moveram os Réus mineradores a manter a pessoa jurídica em questão.

Logo, observa-se que os Réus mineradores mantêm a empresa J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, para que esta (aos comandos do Réu A. F. F.) utilizasse e abusasse da personalidade jurídica desta empresa para continuar excedendo os limites do polígono do Processo nº 821.072/1995 e seu respectivo licenciamento ambiental, assim, perpetrar danos ambientais sem que seus patrimônios fossem atingidos pela responsabilidade civil de seus atos.

O objeto real da manutenção da pessoa jurídica J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP é ilícito, pois visa (de fato) ao abuso de direito, que por si só é um ato ilícito, mas que, ainda, causa danos ambientais no Município de Caçapava e de improbidade administrativa em prejuízo da União, consequentemente, seu contrato social é abusivo, sendo de rigor sua liquidação forçada.

Ainda porque preceitua a Lei nº 9.605/98:

Art. 24. **A pessoa jurídica constituída ou utilizada**, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional. (grifo nosso)

Na Lei de Crimes Ambientais o legislador estabeleceu a liquidação forçada das pessoas jurídicas voltadas para a prática de crimes ambientais.

Ora, se a legislação ambiental prevê a extinção de uma pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais (*a maiori*), consequentemente, permite a extinção da pessoa jurídica pela prática de ilícitos ambientais no âmbito cível (*ad minus*). Razão, inclusive, prevista em antigo brocardo latino: *Ubi eadem ratio, ibi ius idem esse debet* (em tradução livre: onde há a mesma razão, aí deve haver o mesmo direito).

O propósito da empresa J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP é causar danos ambientais em áreas não licenciáveis ambientalmente pela Resolução SMA 28/99 e permitir o enriquecimento ilícito de seus sócios em prejuízo de patrimônio da União. Permitir a sua existência não salutar ao patrimônio público federal e ao patrimônio ambiental no Município de Caçapava, sendo de rigor sua extirpação.

A pessoa jurídica mantida pelos Réus mineradores é nociva ao meio ambiente, pela extração predatória de areia no local dos fatos. Permitir a existência destas pessoas jurídicas é o mesmo que garantir a impunidade dos Réus. A liquidação forçada é a melhor medida de defesa ao meio ambiente e do patrimônio público a ser aplicada.

III – Da Inversão do Ônus da Prova Relativa aos Danos Ambientais

A Constituição Federal estabelece que o meio ambiente é direito fundamental, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (artigo 225, *caput*).

Conforme já analisado, para a efetivação da proteção constitucional conferida aos bens ambientais, adota-se, em matéria ambiental, a teoria da responsabilidade objetiva na modalidade de risco integral, ou seja, aquele que causa dano ao meio ambiente está obrigado a repará-lo ou indenizá-lo, independentemente da demonstração de culpa, sendo irrele-

vante, igualmente, a licitude ou ilegalidade da conduta ou atividade, em conformidade com o disposto no art. 14, § 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81). Assim, há necessidade, apenas, de demonstração dos danos e do nexo ou liame causal.

Saliente-se, ainda, o princípio do poluidor-pagador de acordo com o qual o poluidor deverá arcar com os prejuízos causados ao meio ambiente da forma mais ampla possível. Nesse sentido, o poluidor não pode mais externalizar os prejuízos causados ao meio ambiente por sua atividade e, assim, também deverá custear as atividades tendentes à demonstração do prejuízo.

E mais, os princípios da prevenção e, especialmente, o da precaução, determinam a adoção de medidas para evitar-se o dano ao meio ambiente, ainda que não haja absoluta certeza quanto ao nexo de causalidade entre a conduta e o resultado lesivo. Diante do risco, do perigo ou da dúvida, é possível que o poder público adote medidas, pois, para evitar-se o dano ambiental.

Dos princípios e institutos acima expostos decorre a necessidade de que, para a efetiva tutela jurisdicional do meio ambiente, existam instrumentos processuais adequados à defesa do direito violado, diversos do sistema processual tradicional. Não se aplicam, pois, às ações civis públicas ambientais as disposições do artigo 333 do Código de Processo Civil, sendo próprio o sistema processual das causas metaindividuais e regido, basicamente, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Ação Civil Pública.

Prevê o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor a inversão do ônus da prova em favor do consumidor quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Ensina HUGO NIGRO MAZZILLI²⁰, sobre a aplicação da inversão do ônus da prova na defesa de outros interesses transindividuais, que não apenas os do consumidor:

Como sabemos, o art. 6º, VIII, do CDC permite expressamente a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. A norma tem evidente caráter processual, ainda que não inserida no Título III do CDC. Ora, a mens legis consiste em integrar por completo as regras processuais de

²⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 633.

defesa de interesses transindividuais, fazendo da LACP e do CDC como que um só estatuto. Dessa forma, a inversão pode ser aplicada, analogicamente, à defesa judicial de quaisquer interesses transindividuais.

As circunstâncias autorizadoras da inversão do ônus da prova estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor são exatamente as mesmas existentes nas ações ambientais, nas quais as vítimas do dano, no mais das vezes, são econômica e culturalmente inferiores àquele que gera o dano. Saliente-se que não é o Ministério Público hipossuficiente, mas sim os titulares indeterminados e indetermináveis do interesse ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, representados pelo Ministério Público.

Por outro lado, a verossimilhança das alegações está demonstrada pelas provas colhidas na ação civil pública nº 0002633-08.2012.8.26.0634, que também instruem a presente ação, que consistem, principalmente, em informações técnicas e documentos enviados pela CETESB e pelo Setor Técnico do Ministério Público, especialmente no fato de que os réus tinham pleno conhecimento da proibição judicial de exercer a atividade de areia em desconformidade com a tutela antecipada deferida na ação civil pública nº 0002633-08.2012.8.26.0634.

Os documentos colhidos no curso da ação civil pública nº 0002633-08.2012.8.26.0634 obedeceram ao crivo da ampla defesa e do contraditório, gerando a presunção de veracidade e legitimidade, ocasionando, em consequência, a inversão do ônus da prova de tais circunstâncias.

No sentido de inversão do ônus da prova em ação ambiental:

STJ: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 333, I, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Na ação civil pública ambiental em que o Ministério Público Federal seja o autor, a competência é da Justiça Federal (art. 109, I, e § 3º, da CF). 2. “Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva”. (REsp 1.049.822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 23.4.2009, DJe 18.5.2009.) Agravo regimental improvido. (...)

O agravo regimental não comporta acolhimento, devendo ser mantida a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Consignado que o Tribunal a quo manifestou-se no sentido de que é plenamente possível a inversão do ônus da prova em sede de ação civil pú-

blica que verse sobre lesões ao meio ambiente, com base no princípio da precaução, porquanto, “havendo incerteza técnica sobre a ocorrência ou não de lesão ao meio ambiente, o ônus de provar que os supostos danos não existem ou que não guardam liame de conexão com suas atividades é do empreendedor pretensamente poluidor” (fl.). Não haveria de se falar, nesse ponto, em omissão.

O posicionamento firmado pela Corte de origem, não malogra o disposto no art. 333, I, do CPC, verbis: “O ônus da prova incumbe [...] ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”.

Isso porque, conforme assentada jurisprudência, “o princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.” (REsp 1.060.753/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 14.12.2009.)

No mesmo sentido, cite-se:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. I – Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão. II – Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva. III – Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente – artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da Lei nº 7.347/85. IV – Recurso improvido.” (REsp 1.049.822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 23.4.2009, DJe 18.5.2009.) (AgRg no REsp 1192569/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. 19.10.2010, DJe 27.10.10)

IV – Do Pedido de Antecipação de Tutela

O Código de Defesa do Consumidor autoriza o Magistrado, além do poder geral cautelar que a lei processual lhe confere, a antecipar o provimen-

to final, liminarmente, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final (art. 84). No mesmo sentido, inclusive, o artigo 273 do Código de Processo Civil. A concessão de liminar é autorizada, ainda, pelo artigo 12 da Lei nº 7.347/85 e pelo artigo 16 da Lei nº 8.429/92.

Pressupostos para o adiantamento da tutela são o relevante fundamento da demanda e o receio de ineficácia do provimento final, perfeitamente caracterizados neste caso.

Com efeito, o *fumus boni iuris* está demonstrado pela análise feita nesta inicial sobre a legislação incidente no presente caso e pela Informação Técnica da CETESB e da empresa mineradora, de acordo com o qual a extração de areia está sendo realizada em Zona de Proteção (ZP).

Por outro lado, a demora no provimento final, sem a necessária e imediata paralisação das atividades e recuperação do local degradado, acarretará a persistência da degradação ambiental, dos efeitos e impactos negativos dela decorrentes.

Devem os réus, pois, serem compelidos a atuar com urgência, com a finalidade de reparação dos danos ambientais existentes, impedindo-se, no curso da ação civil pública, a ocorrência de novos prejuízos ao meio ambiente ou mesmo a ampliação daqueles já causados no local.

Requer-se, pois, seja concedida a antecipação da tutela, para que:

1. seja determinada a imediata paralisação de toda a atividade de extração de areia dos Réus J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, A. F. F, D. G. da S., R. L. F. e A. F. F. na área do polígono do Processo 821.078/1995-DNPM e em área contígua, bem como a atividade realizada por toda e qualquer pessoa (natural ou jurídica) vinculada aos réus por lei ou contrato, ou dos quais sejam sócios, acionistas ou (mesmo que de fato) tenham participações societárias em outras empresas dos réus, até o trânsito em julgado da presente ação civil pública;

2. sejam suspensas todas as atividades da Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP no local dos fatos, suspendendo ainda toda e qualquer licença ambiental e/ou federal que permitam as atividades na área do polígono do Processo 821.078/1995-DNPM e em área contígua, bem como todas as licenças que as substituam ou renovem em nome dos Réus J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F ou de outra e qualquer pessoa (natural ou jurídica) controlada, interposta ou de qualquer forma (direta ou indireta) tenham participações societárias em outras empre-

sas dos réus, até o trânsito em julgado da presente ação civil pública, notificando-se a CETESB e ao DNPM;

3. seja determinada a expedição de mandado de busca e apreensão imediata de todo e qualquer maquinário (dragas, caminhões, retroescavadeiras, sinos etc.) que for encontrado no interior do empreendimento da J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, bem como a areia irregularmente extraída, devendo ser depositado junto à Receita Federal e/ou na Prefeitura do Município de Caçapava-SP, e/ou outro órgão público determinado por Vossa Excelência, devendo tal medida ser estendida a qualquer maquinário que for encontrado em caso de descumprimento da medida, bem como sua imediata avaliação e alienação em hasta pública, ficando o valor arrecadado em conta vinculada ao presente processo.

4. seja determinada a imediata paralisação de toda a atividade empresarial e investido um liquidador judicial na gestão da empresa Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, afastando os sócios da gestão da pessoa jurídica, vedando novas operações, pelas quais responderão os réus solidária e ilimitadamente em caso de desobediência, consequentemente, notificando-se a JUCESP de tal decisão.

4.1. seja determinado ao liquidador judicial: a) arrecadar os bens (areia extraída, inclusive) e documentos e arrolar direitos reais e pessoais (direito de lavra de areia, inclusive) da empresa J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP e elaborar o auto de arrecadação, incluindo quotas societárias das quais a empresa seja sócia; b) avaliar os bens arrecadados, contratando avaliadores (a expensas dos réus), de preferência oficiais, mediante autorização judicial, para a avaliação dos bens caso entenda não ter condições técnicas para a tarefa; c) avaliar a necessidade de requerer ao juízo a venda antecipada de bens perecíveis, deterioráveis ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arriscada ou dispendiosa; d) praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, diligenciar a cobrança de dívidas e dar a respectiva quitação; e) elaborar quadro de créditos e débitos da pessoa jurídica (dividindo ambos em trabalhistas, fiscais, reais e quirografários) existentes até a propositura da presente ação civil pública, listando os credores e devedores da mesma; f) praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, diligenciar a cobrança de dívidas e dar a respectiva quitação; g) realizar a publicação no diário oficial e em jornal de grande circulação (às expensas dos réus) da intervenção judicial na gestão da pessoa jurídica e de que o liquidador judicial está na gestão da mesma;

5. seja determinado aos Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F. absterem-se de prejudicar, atrapalhar ou de qualquer forma obste o trabalho

do liquidador judicial, bem como seja determinado que os réus atendam aos pedidos realizados pelo liquidador judicial no prazo previsto pelo próprio liquidador judicial ou determinado pelo juízo.

6. seja determinada a indisponibilidade de bens penhoráveis de J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, A. F. F., D. G. da S., R. L. F., A. F. F. e A. J. D., até o trânsito em julgado da presente ação, devendo-se, para sua efetivação:

6.1. seja utilizado o Sistema de Atendimento ao Poder Judiciário (BACENJUD), a fim de se verificar a existência de valores em conta-corrente e/ou outras aplicações financeiras em nome e/ou CPF ou CNPJ dos réus;

6.2. expedido ofício para o DETRAN-SP, solicitando informações sobre a existência de eventuais veículos terrestres em nome e/ou CPF ou CNPJ dos réus, devendo os seguintes veículos serem imediatamente penhorados:

6.2.1. veículo marca JTA/Suzuki Boulevard M800, cor azul, placa AOZ-2417, Taubaté-SP, de propriedade do Réu A. J. D., localizado no endereço do réu;

6.2.2. veículo marca VW/Saveiro 1.6 CS, cor prata, placa HNZ-0104, Taubaté-SP, de propriedade do Réu A. J. D., localizado no endereço do réu;

6.2.3. veículo marca Toyota/Corolla XEI 1.8 Flex, cor preta, placa KPH-1329, de propriedade do Réu A. J. D., localizado no endereço do réu;

6.3. expedido ofício para a ANAC, solicitando informações sobre a existência de eventuais aeronaves em nome e/ou CPF ou CNPJ dos réus;

6.4. expedido ofício para a Capitania dos Portos do Estado de São Paulo, solicitando informações sobre a existência de embarcações, navios e congêneres em nome e/ou CPF ou CNPJ dos réus;

6.5. seja utilizado do Sistema da Central de Indisponibilidade de Bens da Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo (ARISP), a fim de verificar a existência de propriedades imóveis, compromissos de compra e venda e direitos reais sobre coisas alheias em nome e/ou CPF ou CNPJ dos réus.

7. sendo positivas as respostas dos ofícios dos itens 6.1, 6.2, 6.3, 6.4 e 6.5, requer-se seja determinada a bloqueio/indisponibilidade dos bens até a final decisão do processo;

8. seja expedido ofício à Receita Federal solicitando informações sobre a evolução patrimonial de J.J. Extração E Comércio de Areia Ltda.-EPP, A. F. F., D. G. da S., R. L. F., A. F. F. e A. J. D.;

9. sejam suspensos os direitos políticos A. F. F., D. G. da S., R. L. F., A. F. F. e A. J. D. até a final decisão do processo;

Para a eventualidade do não cumprimento da tutela antecipada, requer-se seja fixada, para cada dia de atraso, a multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigida no momento do pagamento.

V – Dos Pedidos

Ante o exposto, autuada esta com os inclusos documentos, requer seja julgada procedente a presente ação, convertendo a tutela antecipada em definitiva, condenando-se os réus ao pagamento das custas e demais despesas processuais, bem como requer:

1. seja cassada definitivamente o título de autorização de lavra DNPM nº 821.078/1995, bem como de toda e qualquer licença/autorização que a substitua ou renove, conseqüentemente, condenando os Réus J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F. em absterem-se, imediatamente, de exercer a atividade de extração de areia no local dos fatos;

2. sejam os Réus J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, A. F. F., D. G. da S., R. L. F., A. F. F., CETESB e A. J. D. condenados solidariamente à obrigação de fazer, consistente em recuperar integralmente todas as áreas de lavra irregulares no polígono DNPM nº 821.078/1995 e em suas áreas contíguas, pelos danos ambientais causados, bem como os danos intercorrentes até a cessação dos danos perpetrados, adotando, entre outras obrigações exigidas pelos órgãos ambientais, as seguintes providências:

A. promover a restauração (ou se não for possível, a recuperação) integral da área degradada, inclusive a restauração (ou se esta não for possível, a recuperação) da flora e dos recursos hídricos, nos termos das normas ambientais pertinentes;

B. à obrigação de fazer, consistente em compensar os danos ambientais que, no curso do processo, porventura se mostrarem técnica, absoluta ou parcialmente, irrestauráveis ou irre recuperáveis, com o plantio de espécies nativas do Bioma Mata Atlântica em área dez vezes superior às áreas irrestauráveis ou irre recuperáveis, o equivalente a 606,9ha;

C. ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente em compensar os danos ambientais intercorrentes, entendidos estes como aqueles oriundos da demora entre a ocorrência do dano até a sua efetiva reparação integral;

D. ao cumprimento de obrigação de dar consistente em indenizar os danos que, mediante justificativa técnica, porventura não puderem ser compensados, nos termos dos itens B e C supra, em quantia a ser fixada em perícia ou arbitramento e destinada a recolhimento ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados;

3. para os fins de restauração integral prevista no item A do pedido 2, os réus deverão:

- A.** apresentar, ao órgão ambiental competente, no prazo de 60 (sessenta) dias contado da data da intimação, projeto técnico, com o respectivo cronograma das atividades, subscrito por profissional regularmente credenciado, que deverá proceder ao recolhimento referente à Anotação de Responsabilidade Técnica (ART);
- B.** iniciar a implantação do projeto, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da aprovação do projeto pelo órgão ambiental competente, observado o cronograma de execução, devendo obedecer a todas as exigências e recomendações feitas pelo referido órgão;
- C.** atender às exigências do órgão ambiental competente, apresentando quaisquer documentos exigidos, inclusive, novo projeto em caso de não aprovação ou de indeferimento do projeto inicial.

4. seja determinada a expedição de mandado de busca e apreensão imediata de todo e qualquer maquinário (dragas, caminhões, sinos etc.) que for encontrado no interior do empreendimento da Ré J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, bem como a própria areia irregularmente extraída, devendo ser depositado junto à Receita Federal e/ou na Prefeitura do Município de Caçapava-SP ou outro órgão público determinado por Vossa Excelência, devendo tal medida ser estendida a qualquer maquinário que for encontrado em caso de descumprimento da medida, ora reiterada, para posterior alienação, depositando o valor da alienação em conta vinculada ao presente processo.

5. sejam os Réus J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, A. F. F., D. G. da S., R. L. F., A. F. F., CETESB e A. J. D. condenados solidariamente ao pagamento do valor de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) a título de compensação pelos danos materiais ambientais irrecuperáveis causados pela extração de areia de sem licenciamento ambiental, em áreas não licenciáveis/autorizáveis pela Resolução SMA 28/99 e fora do polígono do DNPM nº 821.078/1995, bem como condenados à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais federais, estaduais e municipais, perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito e proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos.

6. seja decretada a dissolução e liquidação forçada da empresa J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, determinando a imediata paralisação

de toda a atividade empresarial, investindo um liquidador judicial na gestão das e de eventuais outras pessoas jurídicas que sejam coordenadas por ela, afastando os sócios da gestão da pessoa jurídica, vedando novas operações, pelas quais responderão os Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F. solidária e ilimitadamente em caso de desobediência, realizando-se, por fim, todas as medidas necessárias de liquidação forçada da empresa J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP.

6.1. seja determinado ao liquidador judicial: a) arrecadar os bens (areia extraída, quotas societárias e ações, inclusive), documentos e arrolar direitos reais e pessoais (direitos de lavra de areia, inclusive) da empresa J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP e elaborar o auto de arrecadação, incluindo quotas societárias das quais a empresa seja sócia; b) avaliar os bens arrecadados, contratando avaliadores (a expensas dos réus), de preferência oficiais, mediante autorização judicial, para a avaliação dos bens caso entenda não ter condições técnicas para a tarefa; c) avaliar a necessidade de requerer ao juízo a venda antecipada de bens perecíveis, deterioráveis ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arriscada ou dispendiosa; d) praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, diligenciar a cobrança de dívidas e dar a respectiva quitação; e) elaborar quadro de créditos e débitos da pessoa jurídica (dividindo ambos em trabalhistas, fiscais, reais e quirografários) existentes até a propositura da presente ação civil pública, listando os credores e devedores da mesma; f) praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, diligenciar a cobrança de dívidas e dar a respectiva quitação; g) realizar a publicação no diário oficial e em jornal de grande circulação (às expensas dos réus) da intervenção judicial na gestão da pessoa jurídica e de que o liquidador judicial está na gestão da mesma; h) alienar todos os bens da pessoa jurídica, depositando os valores arrecadados em conta bancária vinculado ao presente processo; i) praticar os demais atos previstos nos artigos 1.033/1038 do Código Civil e/ou outras medidas necessárias para dissolução e extinção da pessoa jurídica em apreço;

7. sejam os Réus A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F. condenados solidariamente a absterem-se de prejudicar, atrapalhar ou de qualquer forma obste o trabalho do liquidador judicial, bem como seja determinado que os réus atendam aos pedidos realizados pelo liquidador judicial no prazo previsto pelo próprio liquidador judicial ou determinado pelo juízo;

8. sejam os Réus J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, A. F. F., D. G. da S., R. L. F., A. F. F. e A. J. D. solidariamente condenados ao ressarcimento integral ao dano causado ao patrimônio da União no valor de R\$

33.700.413,00 (trinta e três milhões, setecentos mil, quatrocentos e treze reais), devidamente atualizado, no tocante à extração fora do polígono do DNPM nº 821.078/1995;

9. sejam os Réus J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, A. F. F., D. G. da S., R. L. F., A. F. F. condenados ressarcimento integral do dano no valor de R\$ 33.700.413,00 (trinta e três milhões, setecentos mil, quatrocentos e treze reais), perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos, nos termos do artigo 12, inciso II, da Lei nº 8.249/92;

9.1. subsidiariamente, sejam os Réus J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, A. F. F., D. G. da S., R. L. F., A. F. F. condenados à suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos, nos termos do artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92;

10. seja o Réu A. J. D. condenado ao ressarcimento integral à União do dano no valor de R\$ 33.700.413,00 (trinta e três milhões, setecentos mil, quatrocentos e treze reais), devidamente atualizado, à perda da aposentadoria recebida em decorrência da perda função pública a ser decretada, a suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos, nos termos do artigo 12, inciso II, da Lei nº 8.249/92;

10.1. subsidiariamente, seja o Réu A. J. D. condenado à perda da aposentadoria recebida em decorrência do exercício da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da última remuneração percebida pelo agente enquanto funcionário da CETESB e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos, nos termos do artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.249/92;

11. sejam os nomes dos Réus J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, A. F. F., D. G. da S., R. L. F., A. F. F. e A. J. D. incluídos no Cadastro Nacional de Condenados por ato de Improbidade Administrativa (CNCIA) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como seja realizada a notificação do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo da condenação dos réus;

12. seja determinada a indisponibilidade de bens penhoráveis de J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, A. F. F., D. G. da S., R. L. F. e A. F. F., e A. J. D., até a satisfação integral das condenações impostas aos Réus, devendo-se, para sua efetivação:

12.1. seja utilizado o Sistema de Atendimento ao Poder Judiciário (BACENJUD), a fim de se verificar a existência de valores em conta-corrente e/ou outras aplicações financeiras em nome e/ou CPF ou CNPJ dos réus;

12.2. expedido ofício para o DETRAN-SP, solicitando informações sobre a existência de eventuais veículos terrestres em nome e/ou CPF ou CNPJ dos réus, devendo os seguintes veículos serem imediatamente penhorados:

12.2.1 – veículo marca JTA/Suzuki Boulevard M800, cor azul, placa AOZ-2417, Taubaté-SP, de propriedade do Réu A. J. D., localizado no endereço do réu;

12.2.2 – veículo marca VW/Saveiro 1.6 CS, cor prata, placa HNZ-0104, Taubaté-SP, de propriedade do Réu A. J. D., localizado no endereço do réu;

12.2.3 – veículo marca Toyota/Corolla XEI 1.8 Flex, cor preta, placa KPH-1329, de propriedade do Réu A. J. D., localizado no endereço do réu;

12.3. expedido ofício para a ANAC, solicitando informações sobre a existência de eventuais aeronaves em nome e/ou CPF ou CNPJ dos réus;

12.4. expedido ofício para a Capitania dos Portos do Estado de São Paulo, solicitando informações sobre a existência de embarcações, navios e congêneres em nome e/ou CPF ou CNPJ dos réus;

12.5. seja utilizado do Sistema da Central de Indisponibilidade de Bens da Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo (ARISP), a fim de verificar a existência de propriedades imóveis, compromissos de compra e venda e direitos reais sobre coisas alheias em nome e/ou CPF ou CNPJ dos réus.

13. sendo positivas as respostas dos ofícios dos itens 12.1, 12.2, 12.3, 12.4 e 12.5, requer-se seja determinada a bloqueio/indisponibilidade dos bens, arrecadação, avaliação e alienação em hasta pública, ficando o valor arrecadado em conta vinculada ao presente processo, para posterior ressarcimento dos danos ambientais e patrimoniais.

14. seja expedido ofício à Receita Federal solicitando informações sobre a evolução patrimonial de J.J. Extração e Comércio de Areia Ltda.-EPP, A. F. F., D. G. da S., R. L. F., A. F. F. e A. J. D.;

15. seja estipulado o pagamento de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), devida somente se, ao término do prazo fixado na sentença, houver o descumprimento das obrigações de fazer indicadas, quantia sujeita a correção monetária, pelos índices oficiais até o efetivo adimplemento, destinada a recolhimento ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados;

16. seja estipulado o pagamento de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), devida, enquanto durarem os seus efeitos, para cada ato praticado em desacordo com as obrigações de não fazer indicadas, quantia sujeita a correção monetária, pelos índices oficiais, e também destinada a recolhimento ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados;

17. todas as multas porventura incidentes e valores destinados a título de compensação deverão ser destinadas a recolhimento ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados – FID, de que tratam a Lei Federal nº 7.347/85 e a Lei Estadual nº 13.555 de 09/06/2009, a qual altera a Lei Estadual nº 6.536/89, a serem depositados no Banco do Brasil, Agência. 1897-X, Conta Corrente: 13.9656-0.

VI – Dos Requerimentos Finais

Ante o exposto, requer o autor, por fim:

1. a notificação dos réus para apresentação de manifestação por escrito no prazo legal, após o que, seja ulteriormente recebida inicial, nos termos do artigo 17, § 7º, da Lei nº 8.429/92;

2. uma vez recebida a inicial, a citação dos réus, para apresentação de contestação, advertindo-os de que, não sendo contestada a ação, ficarão sujeitos aos efeitos da revelia;

3. a produção de todas as provas admitidas em Direito, notadamente documentos, depoimento pessoal dos réus, sob pena de confissão, oitiva de testemunhas, realização de perícias e inspeções judiciais;

4. dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, à vista do disposto no artigo 18, da Lei nº 7.347/85, e no artigo 87, do Código de Defesa do Consumidor;

5. a realização das intimações do Ministério Público do Estado de São Paulo dos atos e termos processuais, na forma do art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil;

6. a intimação da União e do Ministério Público Federal para manifestar seu eventual interesse no processo, facultando-lhes o ingresso como litisconsorte ativo;

7. o apensamento dos presentes autos ao Processo nº 0007492-57.2014.4.03.6103 para trâmite em conjunto.

Termos em que,

Pede deferimento.

Dá-se à causa o valor de R\$ 152.000.000,00 (cento e cinquenta e dois milhões de reais).

São José dos Campos, data do protocolo

Jaime Meira do Nascimento Junior, Promotor de Justiça

Laerte Fernando Levai, Promotor de Justiça

Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão – Ausência de edição de lei específica que estabeleça percentual mínimo dos cargos de provimento em comissão na estrutura administrativa do Município de Itobi e da Câmara Municipal de Itobi a serem preenchidos por servidores de carreira. A exigência constitucional de percentual mínimo dos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira institui direito de acesso dos servidores públicos efetivos aos cargos de direção superior, bem como assegura a qualidade, a eficácia e a continuidade do serviço público.

Princípio da simetria – Princípio constitucional estabelecido (arts. 115, V, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo) – Obrigação de legislar. Omissão relevante, transcurso de mais de 8 anos, desde nova redação dada ao inciso V do art. 115 da Constituição Estadual pela Emenda Constitucional nº 21, de 14/2/2006, e mais de 16 anos da redação que a EC nº 19/1998 deu ao inciso V do art. 37 da Constituição Federal.

Márcio Fernando Elias Rosa

Procurador-Geral de Justiça – SP _____

PROTOCOLADO Nº 41.696/15 – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, no exercício da atribuição prevista no art. 116, inciso VI, da Lei Complementar Estadual nº 734 de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, inciso IV, da Constituição da República, e ainda no art. 74, inciso VI, e no art. 90, inciso III da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado (PGJ nº 41.696/15, que segue como anexo), vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO em face do Prefeito Municipal de Itobi e da Câmara Municipal de Itobi, pelos fundamentos expostos a seguir.

1 – Dos Fatos

O protocolado que instrui esta inicial de ação direta de inconstitucionalidade – a cujas folhas reportar-se-á – foi instaurado a partir de representação encaminhada pela promotoria de justiça de Casa Branca (fls.), na qual foi informado não haver lei no Município de Itobi e ato normativo da Câmara Municipal de Itobi que tenham estabelecido o percentual mínimo das funções de confiança e cargo em comissão a serem preenchidos por servidores públicos efetivos.

Quanto à inexistência de lei dispondo sobre o percentual mínimo dos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores públicos efetivos do Poder Executivo, tal fato foi confirmado pela Prefeitura Municipal de Itobi (fls.).

E a Câmara Municipal de Itobi também informou não haver resolução dispondo a respeito do percentual mínimo dos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores públicos efetivos do Poder Legislativo (fl.).

2 – Da Omissão Inconstitucional

A necessidade da fixação em lei de percentual mínimo de funções de cargos em comissão na estrutura administrativa dos Poderes Públicos a serem ocupados por servidores efetivos decorre da Emenda Constitucional nº 21, de 14.02.2006, que, reproduzindo o art. 37, V da Constituição Federal (com a redação dada pela EC nº 19/1998), deu a seguinte redação ao art. 115, V da Constituição Estadual:

“(…)

Artigo 115 – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

(…)

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (...)”

A regra dos cargos em comissão é a transitoriedade.

Todavia, o que se vê no Brasil é uma burla à Constituição às avessas, um número de 600 mil servidores que não são concursados, mas que são inves-

tidos em cargos que deveriam ser ocupados por servidores titulares de cargos de carreira de provimento efetivo.

A Emenda 19/98 tentou corrigir essa perversão do sistema, ao alterar o inciso V do art. 37 da Constituição Federal. A Emenda determinou que um percentual mínimo dos cargos em comissão fosse ocupado por servidores concursados.

A nossa ordem constitucional republicana privilegia a meritocracia, não o favoritismo, o nepotismo ou qualquer outro subjetivismo.

O princípio da moralidade impõe o recrutamento do pessoal que servirá ao Poder Público pelo critério do concurso público. Excepcionalmente, para hipóteses cada vez mais excepcionálíssimas, caberá o provimento em comissão e, dentre essas hipóteses, há que prevalecer a preferência por quem já integra a carreira.

Os cargos públicos têm de restar acessíveis a todos aqueles que, providos da qualificação profissional exigida, também se mostrem merecedores de ocupá-los, após vencerem a corrida de obstáculos de um concurso sério. Transparente, aberto a todos, fenômeno com o qual a Democracia não pode transigir.

Cumpre salientar que o art. 115, V, da Constituição Estadual institui o princípio constitucional de acessibilidade aos cargos de direção superior da administração aos servidores públicos efetivos.

A necessidade de observância a tal mandamento constitucional visa não só estimular e servir de prêmio à dedicação do servidor efetivo, mas passa a integrar o próprio plano de carreira. Deve se estabelecer uma proporcionalidade para que alguns cargos de provimentos em comissão da administração sejam preenchidos por servidores públicos efetivos.

De outro lado, tal proporcionalidade é necessária para assegurar a qualidade, a eficiência, a profissionalização e a continuidade do serviço público, sobretudo por ocasião das mudanças de governo, quando se verifica uma substituição significativa dos ocupantes de cargos importantes da direção superior da Administração Pública. Nas trocas de governos deve existir uma estrutura mínima de pessoal do quadro de servidores públicos para ocupação de postos responsáveis pela condução superior da administração para que ela não sofra solução de continuidade.

O art. 90 da Constituição Estadual prevê a ação de inconstitucionalidade por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio da Constituição.

A omissão na fixação do percentual que assegurará a acessibilidade aos cargos em comissão pelos servidores efetivos configura violação ao art. 115, V, da Constituição Estadual, que, pelo princípio da simetria previsto em seu art. 144, deve ser observado pelos municípios na sua produção normativa e organização administrativa.

3 – Do Dever de Legislar

A nossa Constituição Federal tem natureza compromissória e dirigente, uma vez que, mais do que organizar e limitar o poder político, institui direitos consubstanciados em prestações materiais exigíveis e impõe metas vinculantes para os poderes constituídos.

A realização ordinária da vontade constitucional concretiza-se através do processo legislativo conduzido pelos agentes públicos eleitos e pelo exercício regular das atribuições conferidas aos órgãos públicos.

No entanto, quando a inefetividade se instala, frustrando a supremacia da Constituição, cabe ao Judiciário suprir o *déficit* de legitimidade democrática da atuação do Legislativo.

A Constituição Federal é composta de normas jurídicas dotadas de suprallegalidade. Atributo das normas constitucionais é sua imperatividade. Descumpra a imperatividade de uma norma constitucional quer quando se adota uma conduta por ela vedada – em violação a uma norma proibitiva, quer quando se deixa de adotar uma conduta por ela determinada – em violação de uma norma preceptiva. Porque assim é, a Constituição é suscetível de violação tanto por ação como por omissão (LUÍS ROBERTO BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 279).

Na hipótese que se apresenta, a omissão normativa municipal de iniciativa do Chefe do Poder Executivo quanto aos seus servidores, e da deliberação da Câmara Municipal quanto a seus respectivos servidores, reclama intervenção excepcional do Judiciário para a realização da vontade constitucional.

A propósito, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que:

“Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere

ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.” (STF. ADIn 1.439-DF, Rel Min. Celso de Mello, DJ 30.05.2003)

Observe-se que a referida norma constitucional não possui eficácia imediata, pois exige que a lei estabeleça as condições e os percentuais mínimos dos cargos em comissão que serão preenchidos por servidores públicos efetivos.

Assim, a fixação de percentual de cargos de comissão a serem preenchidos por servidores público efetivos, é necessária para que se torne efetivo o art. 115, V, da Constituição Estadual que garante ao servidor público efetivo acesso aos cargos da administração superior do município.

Lembremos que embora existam outras classificações quanto à eficácia das normas constitucionais, ou seja, sua aptidão para produção de efeitos no mundo jurídico é convincente aquela proposta por José Afonso da Silva, que as separa em: (a) normas de eficácia plena (*self-executing* ou “autoexecutáveis”); (b) normas de eficácia contida (ou de conteúdo “restringível”); (c) normas de eficácia limitada (*not self-executing*, ou “não autoexecutáveis”).

Sabe-se que somente as primeiras, nessa classificação (normas de eficácia plena) produzem efeitos imediatos, independentemente de edição de normas infraconstitucionais. As da segunda categoria, por sua vez, são aquelas que produzem efeitos imediatos mesmo sem serem regulamentadas, mas estão sujeitas a delimitação ou restrições por norma infraconstitucional. As da última categoria são esvaziadas de eficácia imediata, só concretizando a promessa constitucional nelas contida com a edição da legislação infraconstitucional pertinente ao tema (autor citado, *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 63 e ss.).

Naquilo que interessa ao caso específico, não há dúvida de que o dispositivo constitucional mencionado assegura a acessibilidade dos servidores públicos aos cargos em comissão. A concretização dessa diretriz constitucional está nitidamente vinculada ou condicionada à edição de ato normativo de escalão inferior para a fixação do seu percentual e condições.

Desse modo, tratando de matéria subordinada à iniciativa legislativa do Prefeito Municipal, nos termos do art. 24, § 2º, 1, da Constituição Estadual quanto a seus servidores, bem como a deliberação da Câmara Municipal quanto a seus respectivos servidores, e verificada as suas inércias, fica absoluta e incontestavelmente configurada a omissão normativa, a exigir a intervenção do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através do exercício da jurisdição constitucional.

4 – A Omissão Normativa Infraconstitucional e sua Solução

A superlativa gravidade da omissão normativa inconstitucional se evidencia, na medida da constatação de que ela perdura por mais de seis anos, considerada a data da redação dada ao inciso V do art. 115 da Constituição Estadual. E, por mais de 14 anos, tomando por base a redação do art. 37, V da Constituição Federal.

De outro lado, a omissão foi apontada ao Prefeito Municipal de Itobi, o qual simplesmente informou não haver mesmo lei dispondo sobre o mínimo de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores públicos efetivos do Poder Executivo (fls. 06/07).

E também a omissão foi apontada a Câmara Municipal de Itobi, a qual informou não haver resolução dispondo sobre o mínimo de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores públicos efetivos do Poder Legislativo, bem como haver apenas dois cargos em comissão no seu quadro de pessoal (fl.).

No entanto, a omissão do Prefeito Municipal e da Câmara Municipal em dar início ao processo legislativo, em conformidade com os parâmetros constitucionais, estabelecendo percentual mínimo de cargos em comissão a serem ocupados por servidores público efetivos, indica de modo claro a prevalência da omissão legislativa, levando-nos a concluir que sem a intervenção jurisdicional, com o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, a lacuna infraconstitucional não encontrará solução.

A omissão do legislador para tornar efetiva norma constitucional de eficácia limitada encontra reparo através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. É o que dispõe o art. 90, § 4º, da Constituição Estadual (que reproduz, com adaptações, a previsão contida no art. 103, § 2º, da CF):

“(…)
Art. 90.
(…)

§ 4º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma desta Constituição, a decisão será comunicada ao Poder competente para a adoção das providências necessárias à prática do ato que lhe compete ou início do processo legislativo, e, em se tratando de órgão administrativo, para a sua ação em trinta dias, sob pena de responsabilidade.

(...)”

O Col. Supremo Tribunal Federal tem, há muito, reafirmado a necessidade de firme combate às omissões normativas inconstitucionais, que se

revelam tanto na ausência de norma infraconstitucional como na sua insuficiência para dar concretude às diretrizes estabelecidas na Constituição Federal (ADI 1.458-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-5-96, DJ de 29-9-96. No mesmo sentido: ADI 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-5-96, DJ de 30-5-03).

A doutrina, do mesmo modo, anota que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é instrumento de “*defesa da integralidade da vontade constitucional. É procedimento apropriado para a declaração da mora do legislador, com o consequente desencadeamento, por iniciativa do próprio órgão remisso, do processo de suprimimento da omissão inconstitucional*” (CLÈMERSON MERLIN CLÈVE. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 339/340).

Confira-se ainda: LUÍS ROBERTO BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 195/198; OSWALDO LUIZ PALU. *Controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 285/291.

Tendo presente que o processo objetivo de controle de constitucionalidade tem como finalidade assentada na Constituição Federal assegurar sua eficácia normativa, a interpretação finalista e sistemática para tal instituto deve conduzir à conclusão de que a mera determinação de suprimimento da omissão legislativa não será suficiente no caso concreto aqui examinado, pois seguramente haverá manutenção da situação de omissão inconstitucional.

Esse quadro demonstra o acerto da solução da doutrina e da jurisprudência que vislumbram a possibilidade de suprimimento da omissão normativa infraconstitucional pela própria decisão proferida no controle concentrado.

DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR (*Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 547) põe a questão em destaque, observando que:

“(…)

para além da ciência da declaração da inconstitucionalidade aos órgãos do Poder omissos, é necessário que se estipule um prazo razoável para o suprimimento da omissão. Mas não é só. A depender do caso, **expirado esse prazo sem que qualquer providência seja adotada, cumprirá ao Poder Judiciário, se a hipótese for de omissão de medida de índole normativa, dispor normativamente sobre a matéria constante da norma constitucional não regulamentada**. Essa decisão, acentue-se, será provisória, terá efeitos gerais (erga omnes) e prevalecerá enquanto não for realizada a medida concretizadora pelo poder público omissor (...)

(...)” (g.n.)

No mesmo sentido é o pensamento de LUÍS ROBERTO BARROSO, formulando críticas à interpretação restritiva do alcance do instituto aqui empregado (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 208/214), bem como a doutrina de CLÈMERSON MERLIN CLÈVE (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 349/350).

Em suma, com o esperado acolhimento desta ação, será pertinente a fixação de prazo para que a lacuna legislativa seja eliminada, bem como a determinação de que, na hipótese de persistência da omissão normativa, como decorrência da eficácia vinculante da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, seja fixado percentual mínimo para os comissionamentos do pessoal com vínculo efetivo com a municipalidade.

Apenas a título de ilustração e como parâmetro para a fixação do percentual mínimo por esse Colendo Órgão Especial necessária para conferir eficácia vinculante à decisão a ser proferida, importante apontar a proporção de cargos em comissão existentes no Governo Federal, tradicionalmente apontado como fonte inesgotável de funções comissionadas, verificada no Boletim Estatístico de Pessoal, publicado no mês de janeiro de 2013, (http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim_estatistico/bol_estatistico_13/Bol201_Jan2013.pdf).

De acordo com o referido documento, havia, em dezembro de 2012, 90.173 servidores exercendo funções comissionadas na União (em um universo de 999.661 servidores). O grupo mais significativo e com maior evidência dentre essas funções refere-se os cargos de DAS (Cargo de Direção e Assessoramento Superiores). O número de servidores enquadrados nesse quadro corresponde a 24,85 % do total de comissionados da União (22.417 funcionários) e, dentre esses, apenas 26,4% (5.930) são comissionados puros que não têm qualquer vínculo com a Administração Pública. Ainda que não seja vinculante, o comportamento da União, que conta com a maior arrecadação dentre os entes federativos, deve ser espelho para as demais, sobretudo os menores – inclusive do ponto de vista fiscal – que são os Municípios.

A propósito da matéria específica em análise, esse colendo Órgão Especial já se pronunciou. Senão vejamos:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. Alegação de ofensa ao Art. 115, inciso V, da Constituição Estadual, que dispõe que os cargos em comissão (destinados apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento) devem ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei. Reconhecimento de inconstitucionalidade em razão da inexistência da

norma disciplinando a questão no âmbito do município de Nova Campina. Mora legislativa configurada. Ação procedente com fixação do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que a omissão seja suprida. Estabelecimento, ainda, do percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) para preenchimento dos cargos em comissão por servidores públicos efetivos, na hipótese de persistência da omissão normativa além do prazo fixado”. (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 0140894-75.2013.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, v.u, julgado em 20 de agosto de 2014).

5 – Do Pedido

Diante de todo o exposto, requer-se que, recebida e autuada esta, sejam instados a se manifestar, mediante requisição de informações, o Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara Municipal de Itobi.

Prestadas as informações, aguarda-se a procedência desta Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, para:

a. declaração da existência de mora legislativa, quanto à edição de lei específica para fixação de percentual mínimo dos cargos em comissão na estrutura administrativa do Município de Itobi e ato normativo na Câmara Municipal de Itobi a serem preenchidos por servidores públicos de carreira;

b. seja dada ciência à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Itobi, fixando-se prazo sucessivo para o encaminhamento de proposta legislativa (Prefeito Municipal) e para a edição dos atos normativos (Câmara Municipal), referentes aos servidores do Poder Executivo, e com relação aos servidores do Legislativo, à própria Câmara, imprescindíveis à concretização das diretrizes constitucionais já consignadas.

c. seja fixado percentual mínimo dos cargos em comissão para preenchimento por servidores públicos efetivos, a ser observado pelo município, na hipótese de persistência da omissão normativa além do prazo fixado no item anterior.

Termos em que,

Aguarda-se deferimento.

São Paulo, 7 de abril de 2015

Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça

Ementa: Agravo de instrumento – Direito Civil – Adoção Póstuma – Guarda judicial em vida – Demonstração de início de processo de adoção plena em vida – Inequívoca manifestação de vontade do adotante – Comprovação de situação fática de filho – Autorização para adoção póstuma – Provimento do Recurso.

Paulo Roberto Salvini
Procurador de Justiça – SP _____

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2010818-55.2015.8.26.0000

Processo origem – 3ª Vara Judicial – Embu das Artes

Agravantes: M. O. S. N. e outros

Agravado: Juízo *a quo*

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,

Agravo de instrumento (fls.), pelos autores, com pedido explícito de antecipação de tutela recursal, efeito ativo, CPC, arts. 527, inc. iii, c.c. 558 *caput*, em face da decisão judicial agravada (fl.) que emende a inicial, para excluir do polo ativo o espólio de C. P. N., adoção é ato personalíssimo, em síntese.

Em sua minuta, os autores pugnaram-se pela reforma daquela, de-tém a guarda judicial da adotada desde tenra idade, não de se olvidar que com a morte do adotante C., era sua vontade ver reconhecida a adoção da filha de fato I. A.; igualmente, seja mantido o espólio do *de cujus* no polo ativo, em sede de adoção póstuma, por ter sido a sua vontade declarada de adotar I. como filha, em síntese.

O recurso, instruído com as peças obrigatórias, facultativas, entre outros documentos.

Por controle judicial (fl.), pelo Relator deferido efeito ativo, com a suspensão dos efeitos da decisão judicial agravada, dispensadas informações, intimando-se.

Sem contrariedade.

Penso que, em sede de adoção póstuma, *in casu*, precedida de guarda judicial deferida ao adotante *de cujus* em vida, pelos documentos (fls.), sob a égide do antigo código de menores, para fins de adoção,

em data de 25/03/1982, de não se olvidar que, efetivamente, pelo que se depreende dos autos do processo judicial, o *de cujus* em vida, já tinha iniciado o processo judicial de adoção [plena], de modo que, comprovada a inequívoca manifestação de vontade do referido [*de cujus*] adotante, em relação à pessoa da adotada, em situação de tratar-se de um processo socioafetivo de adoção; igualmente, evidenciado a situação fática de posse de estado de filho, seu reconhecimento ligado a uma ampla gama de acontecimentos que se prolongam no tempo e que perfeitamente servem de sustentáculo para o deferimento da adoção póstuma, ora deduzida.

De sorte que, não se trata efetivamente de espólio do *de cujus*, mas tão somente de pedido de adoção póstuma pelo *de cujus*, em vida, demonstrou por prova documental, em processo judicial, a sua manifesta vontade de adotante da pessoa da adotada, pelo que se depreende da adoção, de direito parental filial, personalíssimo.

Por outro giro, seja admitido, provido agravo de instrumento da adotante e do *de cujus*, esse em situação de adoção póstuma, com a reforma da decisão judicial agravada, prosseguindo-se com o pedido de adoção póstuma, por haver elemento probatório documental, de inequívoca demonstração de vontade do *de cujus* em vida em adotar a pessoa da adotada, inserida em sua guarda judicial, em processo judicial, sob a égide do código de menores, desde 25/03/1982 (fls.), igualmente, em consonância com o ECA, Lei nº 8.069/90, art. 42, § 6º.

Igualmente, penso haver prova suficiente de demonstração de posse de estado de filiação da adotante, pelo *de cujus*, em vida, que foi assim criada pelo falecido, desde tenra idade, que se comprometeu a lhe dar tratamento de filha, assim o fazia publicamente ao grupo social em que se achava inserido, consoante se depreende de todo o contexto probatório documental, a evidenciar a situação de filiação socioafetivo entre a adotada e o *de cujus* com a sua manifesta vontade, como adotante.

Com efeito, conjugando-se os elementos de prova, resulta demonstração inequívoca da intenção do *de cujus* de adotar a filha de fato, adotada, em vida, somente não o fez pelo fatídico, porquanto evidenciado o elemento anímico, consubstanciada na posse de estado de filho amplamente retratada na prova dos autos.

Nesse sentido, STJ, 4ª T., REsp 457635-PB, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, v.u., 19.11.2002.

IGUALMENTE, A DOUTRINA MARIA BERENICE DIAS¹ ao abordar a temática da adoção póstuma, basta que seja comprovada a inequívoca manifestação de vontade do adotante, onde a posse de estado de filho é mais do que uma simples manifestação escrita feita pelo *de cujus*, porque o seu reconhecimento não está ligado a um único ato, mas a uma ampla gama de acontecimentos que se prolongam no tempo e que perfeitamente servem de sustentáculo para o deferimento da ação, a justiça apenas convalida o desejo do falecido.

Do exposto, espera-se a admissibilidade, com provimento do agravo de instrumento, com a reforma da decisão judicial agravada, em consonância com a decisão monocrática fracionária do Relator, por conter motivação idônea, com fundamentação concreta, em sede de adoção póstuma do *de cujus*, com relação à pessoa da adotada, em decorrência da inequívoca e evidente posse de estado de filiação entre aqueles, igualmente, inequívoca manifestação de propósito daquele em adotar, em consonância com o ECA, art. 42, § 6º, e pelos motivos apontados.

São Paulo, 10 de abril de 2015

Paulo Roberto Salvini, Procurador de Justiça

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 484/485, n. 26.7.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2010818-55.2015.8.26.0000, da Comarca de Embu das Artes, em que são agravantes M. O. S. N., J. P. N. C., J. P. N. e J. P. N., é agravada I. A. S.

Acordam, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores José Carlos Ferreira Alves (presidente) e Giffoni Ferreira.

São Paulo, 18 de maio de 2015

Alvaro Passos, Relator

VOTO nº 23.663/TJ

EMENTA

Petição Inicial – Adoção Póstuma – Possibilidade – Manutenção do Espólio no Polo Ativo da Ação – Situação de fato traduzida pela guarda judicial deferida ao “de cujus” em vida, comprovando inequívoca manifestação do adotante, desde tenra idade da pessoa adotada, até os dias atuais, que conta com 38 anos de idade – Decisão Reformada – Recurso Provido.

Vistos.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão de fls., que determinou a exclusão do espólio do polo ativo da demanda, por envolver ação de adoção.

Inconformados, recorrem os interessados pretendendo ver reformado o *decisum*, pelas razões expostas às fls. Em apertada síntese, aduzem que, ao ficarem cientes da menor que sofreu maus-tratos, sentiram empatia pela criança, à época com 4 anos de idade, momento em que o falecido pai obteve o termo de guarda, lavrado em março de 1982.

Afirmam que ela sempre foi bem cuidada e amada pela família, coagravantes, sendo tratada como a irmã caçula. Esclarecem que apenas se deram conta de que a pessoa a ser adotada não era filha legítima, apenas de

fato, quando da lavratura da certidão de óbito, em 29.08.2012, daí a presente ação para a regularização devida. Esclarecem, que a adotanda é portadora de retardo mental e otosclerose, que a faz perder a audição, sendo totalmente dependente da família.

Processado com efeito suspensivo, após parecer Ministerial pelo provimento do recurso, os autos foram remetidos para julgamento.

É o breve relatório.

Respeitado entendimento divergente, o recurso merece prosperar.

A questão envolve a adoção póstuma de I. A. S.

Os autores narram que o falecido pai detinha a guarda de I. desde março de 1982, passando a menor, a conviver com a família desde então, sendo tratada como irmã caçula, como relatam, à fl.: “(...) O sentimento de família, nutrido ao longo dos anos e tal como eram apresentados a todos os familiares, amigos e comunidade em geral de seus relacionamentos, I. era tida naturalmente como filha de M. O. e C.”

Nesse contexto fático, de se levar em conta que o “*de cujus*” já tinha, em vida, iniciado o processo de adoção judicial, havendo elemento de prova inequívoca do afirmado, sendo descabida a sua exclusão do polo ativo da demanda.

Por oportuno, transcrevo trecho do parecer do Ilustre Procurador de Justiça, Dr. Paulo Roberto Salvini, a fls.: “Penso que, em sede de adoção póstuma, *in casu*, precedida de guarda judicial deferida ao adotando *de cujus* em vida, pelos documentos (fls.), sob a égide do antigo código de menores, para fins de adoção, em data de 25/03/1982, de não se olvidar que, efetivamente, pelo que se depreende dos autos do processo judicial, o *de cujus*, em vida, já tinha iniciado o processo judicial de adoção (plena), de modo que, comprovada a inequívoca manifestação de vontade do referido (*de cujus*) adotante, em relação à pessoa adotada, em situação de tratar-se de um processo socioafetivo de adoção. Igualmente, evidenciada a situação fática de posse de estado de filho, seu reconhecimento ligado a uma gama de acontecimentos que se prolongam no tempo e que perfeitamente servem de sustentáculo para o deferimento da adoção póstuma, ora deduzida. De sorte que, não se trata efetivamente de espólio do *de cujus*, mas tão somente de pedido de adoção póstuma pelo *de cujus*, em vida, demonstrou por prova documental, em processo judicial, a sua manifesta vontade de adotante da pessoa adotada, pelo que se depreende da adoção, de direito parental filial, personalíssimo.” Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente

acórdão, ficam as partes, desde já, intimadas a se manifestarem no próprio recurso a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste E. Tribunal, entendendo-se o silêncio como concordância.

Posto isso, **dou provimento** ao recurso.

Alvaro Passos, Relator

Ementa: Apelação – Direito Civil e Processual Civil – Ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva – Extinção do processo sem julgamento do mérito – Violação à garantia constitucional de acesso à justiça – Apreciação da situação de paternidade – Consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança – Reforma da sentença – Provimento do Recurso de Apelação.

Paulo Roberto Salvini
Procurador de Justiça – SP

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1000748-09.2014.8.26.0007

Processo origem – 3ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Itaquera/Capital

Apelante: Z. M. S. J.

Apelado: R. F. M.

PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,

Apelação cível (fl.), pelo autor, com razões (fls.), em face da decisão judicial terminativa, sem resolução do mérito, por carecer o autor de interesse processual, com o indeferimento da inicial, CPC, arts. 267, inc. i, c.c. 295, inc. iii, em sede de lide de reconhecimento de estado de filiação socioafetivo, em síntese.

Em suas razões, o autor pugnou-se pela reforma daquela, decorrente de sua nulidade, violação ao direito constitucional de acesso em ver reconhecida a relação paterno-filial socioafetivo, igualmente, imprescindível ao melhor interesse do menor, ainda que diante da ruptura da entidade familiar com a genitora do referido, pelo autor; igualmente, parte doutrinária, como precedentes jurisprudenciais das Cortes Nacionais tem reconhecido o estado de filiação socioafetivo, em síntese.

O recurso admitido, sem contrariedade pelo réu, não citado, com parecer do digno Promotor de Justiça oficiante na origem, pelo não provimento.

Penso que, seja admitida, dando-se inteiro provimento à apelação do autor, reconhecida a nulidade da decisão judicial terminativa, por violação ao

direito constitucional de acesso ao judiciário em ver examinado o seu pedido de reconhecimento de situação de fato paterno-filial, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança, prosseguindo-se com a lide para o seu julgamento meritório.

A doutrina de LUIZ EDSON FACHIN¹, o regime jurídico da proteção, a trilogia assistencial compreende a tutela, espécies, efeitos e caracteres, bem como a curatela, um modelo sociológico plural, como espelho de uma pauta de ruptura, na família, denota-se independência econômica da mulher, emancipação econômica dos filhos, divórcio, entidade familiar formada por um dos pais e seus descendentes, direção diárquica da família (...) onde o fenômeno jurídico se produz numa caminhada que sugere conhecimento e superação da clausura normativa positivista.

A doutrina de ZENO VELOSO², o velho instituto jurídico da posse de estado de filho é adotado pelos principais sistemas jurídicos europeus, conforme expõe a doutrina, a posse de estado de filho evidencia-se pela conjugação de três elementos *tractatus, nomen e fama (ou reputatio)*, o primeiro é representado pelo tratamento que recebe a pessoa tida como filho, o fato de o pai tê-la em sua companhia, provendo a sua educação, dando-lhe assistência material e afetiva. A *nomen* revela-se pela utilização do patronímico do pai. A *fama* é a reputação, a notoriedade: a pessoa é tida como filho pelo pai e pelas pessoas que a conhecem, no meio social em que vive. PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*, cit., t. IX, § 956, p. 47) invoca a máxima *probatio incumbit ei qui agit* e ensina que incumbe ao reclamante, que invoca a posse de estado, provar os fatos que a caracterizem, sendo que tal prova pode ser testemunhal, ou por qualquer outro meio probatório admitido em direito. A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A desbiologização da paternidade tem na posse de estado de filho sua aplicação mais notória.

Igualmente, a doutrina JOSÉ BERNARDO RAMOS BOEIRA³, a verdadeira filiação – esta a mais moderna tendência do direito internacional – só pode

¹ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 238/240, n. 3.

² VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 33/34, n. 14.

³ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho, paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 161/163.

vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independentemente da origem biológico-genética [EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, *Temas de direito de família*, p. 121]. Conclui-se, pois, que é possível considerar a posse de estado de filho, como causa suficiente para demandar o reconhecimento da filiação e, por conseguinte, declarar a paternidade, preservando a unidade interna e coerência do sistema jurídico e alcançando a efetividade de sua teleologia constitucional.

No mesmo sentido, a doutrina LUIZ ROBERTO DE ASSUMPÇÃO⁴, a paternidade, nesse caso, é verificada pela manifestação espontânea dos pais sociológicos, que, por opção, efetivamente mantêm uma relação paterno-filial ao desempenhar um papel protetor, educador e emocional, devendo por isso ser considerados como os verdadeiros pais em caso de conflitos de paternidade. A paternidade afetiva deve ser considerada como a mais relevante, pois é a determinada por um construir diário e não por mero fato de sangue.

Do exposto, espera-se a admissibilidade, com provimento da apelação, com a nulidade da decisão judicial terminativa, em decorrência da existência do direito substantivo, material do autor, com legitimidade em ver examinado o seu pedido deduzido, em decorrência da inequívoca e evidente posse de estado de filiação entre aqueles, paterno-filiar, e pelos motivos apontados.

São Paulo, 26 de maio de 2015

Paulo Roberto Salvini, Procurador de Justiça

⁴ ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. *Aspecto da paternidade no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53/54, n. 4.

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EMENDA Nº 21, DE 10 DE SETEMBRO DE 2014, À LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE GUARUJÁ – IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÃO À REALIZAÇÃO DE CONTRATOS COM O PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES, OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO OU FUNÇÃO GRATIFICADA, COM AS PESSOAS LIGADAS A QUALQUER DELES, POR PATRIMÔNIO OU PARENTESCO ATÉ O SEGUNDO GRAU, SERVIDORES E EMPREGADOS PÚBLICOS MUNICIPAIS, INCLUSIVE APÓS SEIS MESES DO TÉRMINO DAS RESPECTIVAS FUNÇÕES – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, RAZOABILIDADE, EFICIÊNCIA E IGUALDADE DE CONDIÇÕES ENTRE OS CONCORRENTES – NORMA QUE, DENTRO DA ESFERA DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SUPLEMENTAR DO MUNICÍPIO EM MATÉRIA DE LICITAÇÃO, PRIVILEGIA OS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, MORALIDADE, INTERESSE PÚBLICO E EFICIÊNCIA – PREVENÇÃO À EVENTUAL LESÃO AO INTERESSE PÚBLICO E PATRIMÔNIO DO MUNICÍPIO – AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO À IGUALDADE DE COMPETIÇÃO ENTRE OS LICITANTES. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. Não padece de inconstitucionalidade norma municipal que veda a realização de contratos com ocupantes de cargos em comissão ou função gratificada, bem como com pessoas ligadas a qualquer deles, por patrimônio, parentesco ou afinidade, pois tais restrições são compatíveis com os princípios da impessoalidade, moralidade, interesse público e eficiência (art. 111 da CE/89 e 37, “caput”, da CF/88).

2. Restrição que, ao vedar benefícios e favorecimentos em razão de parentesco com agentes públicos, concretiza efetiva e isonômica competição entre os licitantes, em respeito aos artigos 117 da CE/89 e 37, XXI, da CF/88.

3. Ademais, alegação de restrição ao caráter competitivo do certame, pautada no confronto do número de servidores com o número de habitantes do Município, que resvala na análise de matéria fática, obstada nesta via de controle de constitucionalidade.

4. Improcedência da ação.

Nilo Spinola Salgado Filho

Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico – SP _____

AUTOS Nº 2200531-83.2014.8.26.0000

Requerente: Prefeita Municipal do Guarujá

Requerido: Presidente da Câmara Municipal do Guarujá

PARECER EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Colendo Órgão Especial,

Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator,

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Excelentíssima Senhora Prefeita Municipal de Guarujá, da Emenda à Lei Orgânica nº 21, de 10 de setembro de 2014, que inseriu o inciso XXIV ao artigo 90 da LOM, o qual proibiu a realização de contratos, pelo Município, com o Prefeito, Vice-Prefeito, Vereadores, ocupantes de cargos em comissão ou função gratificada, com as pessoas ligadas a qualquer deles, por patrimônio ou parentesco até o segundo grau, servidores e empregados públicos municipais, inclusive após seis meses do término das respectivas funções.

Alega a requerente que o referido dispositivo, na parte dirigida aos servidores comissionados, ocupantes de funções comissionadas e pessoas a eles relacionadas, viola os princípios da impessoalidade, razoabilidade e eficiência. Afirmar, também, que a referida restrição também ofende a igualdade de condições entre os licitantes, tendo em vista que o Município possui aproximadamente 290 mil habitantes e 1.169 comissionados e ocupantes de funções gratificadas, pois diversas empresas de alguma forma relacionadas a servidores estariam impedidas de participar de licitações.

A liminar foi deferida (fl.).

A Presidência da Câmara Municipal prestou informações (fls.), na qual defendeu a constitucionalidade do ato normativo impugnado.

Citado, o Senhor Procurador-Geral do Estado declinou da defesa da norma atacada (fls.).

É o relato do essencial.

O dispositivo impugnado, de iniciativa parlamentar, assim dispõe:

“Artigo 90 – A Administração Pública direta, indireta, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência e demais preceitos previstos na Constituição Federal, inclusive no que respeita às obras, serviços, compras e alienações.

(...)

XXIV – O Prefeito, Vice-Prefeito, os Vereadores, os ocupantes de Cargo em Comissão ou Função Gratificada, as pessoas ligadas a qualquer deles por patrimônio ou parentesco afim consanguíneo, até o segundo grau, ou por adoção e os servidores e empregados públicos municipais não poderão contratar com o Município, sub-sistindo a proibição até seis meses após findas as respectivas funções.”

De início, não obstante não se trate matéria apontada na inicial, necessário pontuar a inexistência de iniciativa parlamentar, pois se pode afirmar que a matéria versada na lei impugnada não é de iniciativa legislativa reser-

vada ao Executivo, pois não está contemplada no rol do art. 24, § 2º, 1 a 6, da Constituição Paulista, inexistindo, por esse aspecto, qualquer inconstitucionalidade a ser declarada em razão do impulso parlamentar dado ao projeto que culminou com a edição do ato normativo em epígrafe.

De outro lado, não há, também, violação ao postulado constitucional da independência e harmonia entre os Poderes.

A Constituição do Estado prescreve iniciativa privativa do Chefe do Executivo para leis que versem, em síntese, sobre: cargos, funções e empregos públicos na administração direta e indireta e sua remuneração; criação e extinção de órgãos na administração pública; regime jurídico dos servidores públicos (cf. art. 24, § 2º, nº 1 a 6, da Constituição Estadual). Reitera a Carta Paulista, em linhas gerais, as limitações contidas no art. 61, § 1º, inciso II, da Constituição Federal.

De outro lado, a Constituição do Estado de São Paulo também determina que cabe ao Executivo exercer a direção superior da Administração Estadual, bem como a prática de atos de administração (art. 47, incisos II e XIV).

O princípio da independência e harmonia entre os Poderes, adotado expressamente no ordenamento constitucional brasileiro, não coloca o Executivo em posição de proeminência e o Legislativo em situação de mera coadjuvação.

É indispensável vislumbrar a proporcionalidade de forças na formulação das opções políticas do Estado, decorrente do sistema de separação associado aos freios e contrapesos (*checks and balances*), que Executivo e Legislativo, atuando em suas respectivas esferas de atribuição, possuem.

Assim como o Executivo não deve sofrer indevida interferência em sua primacial função de administrar (planejamento, direção, organização e execução das atividades da Administração), o Legislativo não deve ver minimizada sua atividade de legislar. Afinal, em última análise, nosso regime democrático é representativo, e o Poder Legislativo, em sede de elaboração legislativa, reflete a própria voz da vontade popular.

Entendimento diverso significa admitir, como perfil do Estado Democrático brasileiro, numa imagem representativa, uma balança deslocada para um lado de maior importância e prestígio: o do Poder Executivo. Um Executivo hipertrofiado em suas atribuições e poderes, ladeado por um Legislativo que se limitará a cancelar iniciativas daquele.

Não parece ter sido esta a opção do Constituinte.

Note-se, de início, que a essência da separação de Poderes, como ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, é a *“proteção da independência de determinado Poder, como ocorre com a de iniciativa em favor do Judiciário, que, aliás, procede da inspiração que em Montesquieu sugeria a atribuição de veto ao Executivo, ou a redução das despesas públicas”* (Do processo legislativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 147).

Como anota JOSÉ AFONSO DA SILVA, nos casos de iniciativa reservada aos Chefes do Executivo só estes *“estão em condições de saberem quais*

são esses interesses e como fazerem para resguardá-los” (Processo constitucional de formação das leis. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 179).

Deve-se notar, entretanto, que a regra em nosso regime constitucional é a livre iniciativa legislativa, que decorre do art. 61, *caput*, da CF, ao passo que as hipóteses de iniciativa reservada são *excepcionais*. Como tal é curial que regras de exceção sejam interpretadas restritivamente, sem a possibilidade de extensão por integração ou interpretação analógica.

Lembrando o brocardo latino segundo o qual “*exceptiones sunt strictissimae interpretanionis*”, há muito CARLOS MAXIMILIANO anotava que “*as disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas ou contra o direito comum, por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente*” (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. p. 227).

O Pretório Excelso já assentou que as hipóteses indicadas pelo texto constitucional como casos de iniciativa legislativa privativa do Executivo, assumindo o caráter de direito excepcional, na expressão de CARLOS MAXIMILIANO, devem ser interpretadas de forma restritiva. Confira-se:

“O respeito às atribuições resultantes da divisão funcional do Poder constitui pressuposto de legitimação material das resoluções estatais, notadamente das leis. Prevalece, em nosso sistema jurídico, o princípio geral da legitimação concorrente para instauração do processo legislativo. Não se presume, em consequência, a reserva de iniciativa, que deve resultar – em face do seu caráter excepcional – **de expressa previsão inscrita no próprio texto da Constituição, que define, de modo taxativo, em *numerus clausus*, as hipóteses em que essa cláusula de privatividade regerá a instauração do processo de formação das leis.** O desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo legislativo, quando resultante da usurpação do poder sujeito à cláusula de reserva, traduz hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do diploma legislativo assim editado, que não se convalida, juridicamente, nem mesmo com a sanção manifestada pelo Chefe do Poder Executivo (...).” (ADI 776-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-10-92, DJ de 15-12-06, g.n.).

“A disciplina jurídica do processo de elaboração das leis tem matriz essencialmente constitucional, pois residem, no texto da Constituição – e nele somente –, os princípios que regem o procedimento de formação legislativa, inclusive aqueles que concernem ao exercício do poder de iniciativa das leis. A teoria geral do processo legislativo, ao versar a questão da iniciativa vinculada das leis, adverte que esta somente se legitima – considerada a qualificação eminentemente constitucional do poder de agir em

sede legislativa – **se houver, no texto da própria Constituição, dispositivo que, de modo expresso, a preveja.** Em consequência desse modelo constitucional, nenhuma lei, no sistema de direito positivo vigente no Brasil, dispõe de autoridade suficiente para impor, ao Chefe do Executivo, o exercício compulsório do poder de iniciativa legislativa.” (MS 22.690, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-4-97, DJ de 7-12-06, g.n.).

Também não se caracteriza, na hipótese, prática de ato de administração pelo legislativo, o que poderia amparar o reconhecimento da tese da quebra do princípio da separação de poderes. Note-se que a lei aqui analisada reveste-se de todos os pressupostos necessários à sua configuração como ato normativo: generalidade, impessoalidade e abstração.

Não se constata, ainda, inconstitucionalidade material, pois à União compete a fixação de normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII, da CF), permitindo, assim, que Estados e Municípios legislem de maneira complementar, de acordo com as peculiaridades locais (artigo 30, II, da CF).

Portanto, não há que se falar em vício de iniciativa ou mesmo invasão da competência legislativa da União.

Não se verifica, ainda, ofensa aos dispositivos e princípios constitucionais apontados na inicial, senão vejamos.

A vedação à celebração de contratos pelo Município com ocupantes de cargos em comissão, funções gratificadas, pessoas a eles relacionadas e a ocupantes de cargos efetivos visa, de forma preventiva, evitar favorecimentos e conluíus, potencialmente causadores de prejuízo ao erário e à moralidade administrativa.

Assim, a norma impugnada, diferentemente do alegado pelo autor, dá efetiva aplicabilidade aos princípios da impessoalidade, moralidade, eficiência e interesse público, os quais norteiam a atuação da Administração pública, insculpidos no artigo 111 da CE, que assim dispõe:

“Artigo 111. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.”

Não se verifica, ainda, violação à igualdade entre os licitantes.

Vale anotar, de início, que a restrição imposta atinge não apenas as contratações realizadas por meio de licitação, como também aquelas encetadas mediante dispensa e/ou inexigibilidade de procedimento licitatório.

A vedação à participação das pessoas citadas em procedimentos licitatórios, além de afinada ao teor do artigo 9º da Lei de Licitações, longe de macular a igualdade entre os licitantes, concretiza a efetiva competitividade e isonomia, ao impedir conchavos e favorecimentos

calçados em relações de parentesco com agentes públicos, conferindo, portanto, máxima efetividade ao mandamento constitucional insculpido no artigo 117 da CE/89 que reproduz o artigo 37, XXI, da CF/88:

“Artigo 117. Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Ao apreciar legislação similar, assim se pronunciou o Colendo STF:

“É certo que o referido art. 9º não estabeleceu, expressamente, restrição à contratação com parentes dos administradores, razão por que há doutrinadores que sustentam, com fundamento no princípio da legalidade, que não se pode impedir a participação de parentes nos procedimentos licitatórios, se estiverem presentes os demais pressupostos legais, em particular a existência de vários interessados em disputar o certame (v.g. BULOS, Uadi Lammêgo. Licitação em caso de parentesco. In: BLC: Boletim de licitação e contratos, v. 22, n. 3, p. 216-232, mar. 2009). Não obstante, entendo que, em face da ausência de regra geral para este assunto, o que significa dizer que não há vedação ou permissão acerca do impedimento à participação em licitações em decorrência de parentesco, abre-se campo para a liberdade de atuação dos demais entes da federação, a fim de que eles legislem de acordo com suas particularidades locais (no caso dos municípios, com fundamento no art. 30, II, da Constituição Federal), até que sobrevenha norma geral sobre o tema. E dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de questão das mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes. Acrescento,

ainda, que norma dessa natureza traz ínsita a garantia de possibilidade de efetiva, real e isonômica competição, pois impede favorecimentos e benefícios em razão do grau de parentesco com os agentes públicos. Não é ocioso relembrar, embora não seja especificamente a hipótese dos autos, que esta Corte, no julgamento da ADC 12, rel. Min. Ayres Britto, declarou a constitucionalidade da Resolução 07/2005 que veda o nepotismo no Poder Judiciário, o que demonstra o entendimento deste Tribunal no sentido de privilegiar o princípio da moralidade administrativa.” (RE – 423.560/MG – Rel. Min. Joaquim Barbosa – Julgado em 29.05.2012)

Ademais, no tocante à alegação contida na inicial, de que teria havido ofensa à igualdade entre os licitantes, embasada no confronto do número de habitantes X número de servidores, além de se apresentar dissociada da realidade, por desconsiderar que o Município do Guarujá está inserido na Região Metropolitana da Baixada Santista (Bertioga, Cubatão, Guarujá, Itanhaém, Mongaguá, Peruíbe, Praia Grande, Santos e São Vicente) que conta com aproximadamente 1.700.000,00 habitantes, encontra insuperável óbice nesta via de controle concentrado de constitucionalidade, por envolver apreciação de matéria fática.

Diante do exposto, nosso parecer é no sentido da **improcedência** da ação direta.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2015

Nilo Spinola Salgado Filho, Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico

REGISTRO: 2015.0000156432

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2200531-83.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora Prefeito do Município de Guarujá, é réu Presidente da Câmara Municipal de Guarujá.

Acordam, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, REVOGADA A LIMINAR. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores José Renato Nalini (Presidente), Márcio Bartoli, João Carlos Saletti, Roberto Mortari, Paulo Dimas Mascaretti, Vanderci Álvares, Arantes Theodoro, Tristão Ribeiro, Antonio Carlos Villen, Ademir Benedito, Luiz Antonio De Godoy, Neves Amorim, Borelli Thomaz, João Negrini Filho, Ferraz de Arruda, Silveira Paulilo, Eros Piceli, Elliot Akel, Guerrieri Rezende, Xavier de Aquino, Antonio Carlos Malheiros, Moacir Peres e Péricles Piza.

São Paulo, 11 de março de 2015

Evaristo dos Santos, Relator

VOTO Nº 31.972

ADIn nº 2.200.531-83.2014.8.26.0000 – São Paulo

Autora: PREFEITA DO MUNICÍPIO DE GUARUJÁ

Réu: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARUJÁ

(EC nº 21/2014)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Emenda à Lei Orgânica nº 21, de 10.09.14, ao acrescentar o inciso XXIV ao art. 90 da Lei Orgânica Municipal de Guarujá. Lei municipal dispondo sobre restrição à contratação com o Poder Público. Veda, ocupantes de cargos eletivos, em comissão ou função gratificada, e outros lá referidos, até seis meses do término das respectivas funções, a contratação com o Município. Vício. Inocorrência. Disposição legal não desrespeita os princípios constitucionais apontados, ao contrário, os privilegia, sem, inclusive, restringir a competição entre licitantes. Restrição não se mostra desarrazoada máxime quando envolvidos interesse e verba públicos. Precedentes deste C. Órgão Especial e da Suprema Corte.

Improcedente a ação, cassada a liminar.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade da Prefeitura Municipal de Guarujá tendo por objeto a Emenda à Lei Orgânica nº 21, de 10.09.14, ao acrescentar o inciso XXIV ao artigo 90 da Lei Orgânica Municipal impondo vedação àqueles ocupantes de cargo eletivo, em comissão ou função gratificada, de contratar com o Município, subsistindo a proibição até seis meses depois de findas as respectivas funções, estendido o impedimento às pessoas ligadas a qualquer deles por patrimônio ou parentesco afim consanguíneo até o segundo grau ou por adoção.

Sustentou, em resumo, haver inequívoca afronta aos princípios constitucionais da impessoalidade, razoabilidade, eficiência e igualdade (arts. 111 e 117 da CE). Correta a vedação apenas quanto aos agentes políticos. Desarrazoadas e desproporcionais as restrições impostas. Cabe a análise da necessidade e adequação da providência legislativa. Citou jurisprudência. Daí a suspensão liminar e a declaração de inconstitucionalidade (fls.).

Concedida a liminar (fl.), declinou de sua intervenção o d. Procurador-Geral do Estado (fls.). Vieram informações (fls.). Opinou a d. Procuradoria Geral de Justiça (fls.).

É o relatório.

2. Improcedente a ação.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade da Prefeitura Municipal de Guarujá tendo por objeto a Emenda à Lei Orgânica nº 21, de 10.09.14, ao acrescentar o inciso XXIV ao artigo 90 da Lei Orgânica Municipal impondo vedação àqueles ocupantes de cargo eletivo, em comissão ou função gratificada, de contratar com o Município, subsistindo a proibição até seis meses depois de findas as respectivas funções, estendido o impedimento às pessoas ligadas a qualquer deles por patrimônio ou parentesco afim consanguíneo até o segundo grau ou por adoção.

Nos seguintes termos o dispositivo questionado:

“XXIV O Prefeito, o Vice-Prefeito, os Vereadores, os ocupantes de Cargo em Comissão ou Função Gratificada, as pessoas ligadas a qualquer deles por patrimônio ou parentesco afim consanguíneo, até o segundo grau, ou por adoção e os servidores e empregados públicos municipais não podendo contratar com o Município, subsistindo a proibição até seis meses após findas as respectivas funções.” (fl.).

Sem razão, no entanto, o autor.

Inequívoco ser privativa da União a competência para legislar sobre normas gerais em matéria de licitação art. 22, XXVII, da Constituição Federal e Lei Federal nº 8.666/93.

De outra parte, inconstitucionalidade não há na criação, em lei municipal, de regras especiais para os processos licitatórios locais.

Esse o entendimento de MARÇAL JUSTEN FILHO:

“Rigorosamente, a disciplina do art. 22, inc. XXVII, da CF/88 não produz maiores efeitos ou inovações na sistemática geral. A União dispõe de competência para editar normas gerais seja por força do referido art. 22, inc. XXVII, seja por efeito do art. 24. Existe a competência privativa dos entes federativos para editar normas especiais. A eventual omissão da União em editar normas gerais não pode ser um obstáculo ao exercício pelos demais entes federativos de suas competências. Assim, por exemplo, a eventual revogação da Lei nº 8.666, sem que fosse adotado outro diploma veiculador de normas gerais, não impediria que os demais entes federativos exercitassem competência legislativa plena.” (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 15).

Não discrepa HELY LOPES MEIRELLES (*Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 39/40).

Assim já se posicionou a Colenda Suprema Corte, inclusive, cuidando de igual questão:

“Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BRUMADINHO-MG. VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando “a igualdade de condições de todos os concorrentes”. Precedentes. Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes. Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação. Recurso extraordinário provido.” (grifei STF – RE nº 423.560 DJe de 18.06.12 Rel. Min. Joaquim Barbosa).

Tal é o caso dos autos.

Como bem ponderou a D. Procuradoria, também com respaldo em aludido precedente:

“A vedação à celebração de contratos pelo Município com ocupantes de cargos em comissão, funções gratificadas, pessoas a eles relacionados e a ocupantes de cargos efetivos visa, de forma preventiva, busca evitar

favorecimentos e conluio, potencialmente causadores de prejuízo ao erário e à moralidade administrativa.”

*“Assim, a norma impugnada, diferentemente do alegado pelo autor, dá efetiva aplicabilidade aos princípios da **impeccabilidade, moralidade, eficiência e interesse público**, os quais norteiam a atuação da Administração Pública, insculpidos no artigo 111 da CE, que assim dispõe:”*

“Artigo 111 A administração pública direta e indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação interesse público e eficiência.”

“Não se verifica, ainda, violação à igualdade entre os licitantes.”

“Vale anotar, de início, que a restrição imposta atinge não apenas as contratações realizadas por meio de licitação, como também aquelas encetadas mediante dispensa e/ou inexigibilidade de procedimento licitatório.”

“A vedação à participação das pessoas citadas em procedimentos licitatórios, além de afirmada ao teor do artigo 9º da Lei de Licitação longe de macular a igualdade entre os licitantes, concretiza a efetiva competitividade e isonomia, ao impedir conchavos e favorecimentos calcados em relações de parentesco com agentes públicos, conferindo, portanto, máxima efetividade ao mandamento constitucional insculpido no artigo 117 da CE/89 que reproduz o artigo 37, XXI, da CF/88:”

“Artigo 117 – Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

*“Ao apreciar legislação similar, assim se pronunciou o **Colendo STF**:”*

“É certo que o referido art. 9º não estabeleceu, expressamente, restrição à contratação com parentes dos administradores, razão por que há doutrinadores que sustentam, com fundamento no princípio da legalidade, que não se pode impedir a participação de parentes nos procedimentos licitatórios, se estiverem presentes os demais pressupostos legais, em particular a existência de vários interessados em disputar o certame (v.g. BULOS, Uadi Lammêgo. Licitação em caso de parentesco. In: BLC: Boletim de licitação e contratos, v. 22, n. 3, p. 216-232, mar. 2009). Não obstante, entendo que, em face da ausência de regra geral para este assunto, o que significa dizer que não há vedação ou permissão acerca do impedimento à participação em licitações em decorrência de parentesco, abre-se campo para a liberdade de atuação

dos demais entes da federação, a fim de que eles legislem de acordo com suas particularidades locais (no caso dos municípios, com fundamento no art. 30, II, da Constituição Federal), até que sobrevenha norma geral sobre o tema. E dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de questão das mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes.

Acrescento, ainda, que norma dessa natureza traz ínsita a garantia de possibilidade de efetiva, real e isonômica competição, pois impede favorecimentos e benefícios em razão do grau de parentesco com os agentes públicos. Não é ocioso lembrar, embora não seja especificamente a hipótese dos autos, que esta Corte, no julgamento da ADC 12, rel. Min. Ayres Britto, declarou a constitucionalidade da Resolução 07/2005 que veda o nepotismo no Poder Judiciário, o que demonstra o entendimento deste Tribunal no sentido de privilegiar o princípio da moralidade administrativa.’ (RE 423.560/MG Rel. Min. Joaquim Barbosa Julgado em 29.05.2012)” (grifei, além do grifo no original fls.).

Já se pronunciou este Colendo Órgão Especial sobre disposição legal semelhante da Lei Orgânica de Álvares Machado:

“... embora não sirva de parâmetro para o pretendido controle abstrato, a Lei de Licitações (Lei Federal 8.666/93), através de seu art. 9º, impede que servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação participe, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários. Como se vê, por motivos semelhantes, dita espécie normativa proíbe que servidores ou dirigentes de tais entidades venham a participar de licitação ou execução de contratos administrativos, não se afigurando aberrante a disposição do município de Álvares Machado.”

“Sobre isso, afirma Carlos Ari Sundfeld: ‘O inciso III refere-se simplesmente a servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante

ou responsável pela licitação, não definindo com precisão a abrangência subjetiva da proibição. Para ser por ela colhido, basta ser servidor ou dirigente de qualquer órgão da entidade administrativa licitadora ou contratante ou o impedimento atinge apenas os servidores e dirigentes do específico órgão que está licitando ou contratando? A solução da dúvida deve considerar o objetivo presumível da norma: impedir que o agente administrativo use em proveito próprio a influência que, sobre as decisões administrativas relativas à licitação ou ao contrato, os poderes de seu cargo propiciem. Destarte, parece razoável que a vedação atinja, além dos servidores e dirigentes do órgão, também as autoridades com poder hierárquico sobre ele (isto é: todas as componentes da linha hierárquica que vai do órgão licitador ao dirigente máximo da entidade)’ (“Licitação e Contrato Administrativo”, Malheiros Editores, 1994, p. 119/120).”

*“Axiomático, de qualquer maneira, que a restrição imposta à Administração, tendo em vista o exercício de cargos públicos pelos interessados ou a relação de parentesco entre estes e os titulares daqueles cargos, objetivou impedir o favorecimento pessoal de protegidos das autoridades públicas, em consonância, assim, com os princípios da **moralidade e probidade administrativa.**”*

“Já que é essa a inescindível finalidade da norma, de modo algum se poderia afirmá-la desarrazoada, pois é dever do administrador ser honesto e probo, isto é, proceder ‘no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer’ (JOSÉ AFONSO DA SILVA. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: RT, 1990. p. 563).” (grifo no original ADIn nº 0.108.445-21.2000.8.26.0000 p.m.v. de 04.09.02 Rel. Des. Jarbas Mazzoni).”

Não se afrontam princípios constitucionais administrativos apontados arts. 37 da CF e 111 da CE, especialmente os da impessoalidade e moralidade ao contrário, prestigiam-se.

Norma, ao contrário do alegado, assegura efetiva, real e isonômica competição, e impede favorecimentos e benefícios em razão do grau de parentesco com os agentes públicos.

Sequer a competitividade favorável ao interesse público ou a razoabilidade se veem desrespeitadas. Relativamente pequeno o contingente de impedidos total de 1.169 servidores e pessoas a eles relacionadas (fl.), diante da população atual apontada cerca de 290 mil habitantes (fl.).

E ainda como bem acrescentou a D. Procuradoria:

“... no tocante à alegação contida na inicial de que teria havido ofensa à igualdade entre os licitantes, embasada no confronto do

*número de habitantes x número de servidores, além de se apresentar dissociadas da realidade, por desconsiderar que o **Município do Guarujá está inserido na Região Metropolitana da Baixada Santista (Bertioga, Cubatão, Guarujá, Itanhaém, Mongaguá, Peruíbe, Praia Grande, Santos e São Vicente) que conta com aproximadamente 1.700.000,00 habitantes**, encontra insuperável óbice nesta via de controle concentrado de constitucionalidade, por envolver apreciação da matéria fática.”* (grifei fl.).

Observe-se, ainda não como parâmetro para o exame de inconstitucionalidade da norma, porque inadmissível a disposição trazida por Súmula Vinculante nº 13 da Suprema Corte:

*“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o **terceiro grau**, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”* (grifei).

Finalmente, precedentes citados (fls.) a tanto não se prestam. O primeiro, de minha relatoria, conferia preferência à contratação de serviços locais e regionais. O segundo, de contratação, para cargos em comissão ou de caráter temporário, de parentes e afins lá elencados. O último, semelhante ao primeiro, exigia do vencedor em licitação de obras a contratação parcial (40%) de munícipes.

Mais não é preciso acrescentar.

Ausente vício de inconstitucionalidade a invalidar o dispositivo legal.

Improcedente, portanto, a ação, mantém-se o inciso XXIV do artigo 90 da Lei Orgânica Municipal do Guarujá, acrescentado pela Emenda à Lei Orgânica nº 21, de 10.09.14, cassada a liminar concedida (fl.).

3. Julgo improcedente a ação. Casso a liminar.

Evaristo dos Santos, Relator

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 308, DE 1º DE JULHO DE 1996, DO MUNICÍPIO DE PARANAPANEMA – EXIGIBILIDADE DE PROVIMENTO EFETIVO PARA POSTOS INERENTES À ADVOCACIA PÚBLICA

1. As atividades de advocacia pública, inclusive a assessoria e a consultoria, e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais também recrutados pelo sistema de mérito. 2. Constituição Estadual: artigos 98 a 100; 111; 115, II, V; e 144.

Márcio Fernando Elias Rosa

Procurador-Geral de Justiça – SP _____

PROTOCOLADO Nº 161.153/14 – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, no exercício da atribuição prevista no art. 116, VI, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo), em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, IV, da Constituição Federal, e, ainda, nos arts. 74, VI, e 90, III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado (161.153/14), vem, respeitosamente, perante esse egrégio Tribunal de Justiça, promover a presente AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE em face da expressão “Assessor Jurídico” constante no Anexo II, da Lei nº 308, de 1º de julho de 1996, do Município de Paranapanema, pelos fundamentos a seguir expostos:

I – O Ato Normativo Impugnado

1. A Lei nº 308, de 1º de julho de 1996, do Município de Paranapanema, ao dispor sobre a alteração no quadro de servidores da Prefeitura Municipal, criou o cargo de Assessor Jurídico em seu Anexo II.

2. Introduzindo o Anexo II, o art. 1º apresenta a seguinte redação:

“ARTIGO 1º – O Quadro de servidores da Prefeitura Municipal, com as alterações promovidas por esta Lei, passam, a partir desta data, a ter a constituição constantes dos anexos I, II, III e IV, que ficam fazendo parte integrante desta Lei.”

3. O Anexo II consolidou os cargos de provimento em comissão, assim dispondo no que interessa:

“(…)

ANEXO II
QUADRO GERAL DE CARGOS PERMANENTES DE
PROVIMENTO EM COMISSÃO

CARGO	VAGAS	LOTAÇÃO	REFERÊNCIA
(...)	(...)	(...)	(...)
Assessor Jurídico	01	02	15
(...)	(...)	(...)	(...)

(...)”

II – O Parâmetro da Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade

4. A expressão “Assessor Jurídico” constante no Anexo II, da Lei nº 308, de 1º de julho de 1996, do Município de Paranapanema, contraria frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal.

5. Os preceitos da Constituição Federal e da Constituição do Estado são aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 144, que assim estabelece:

“Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição”.

6. A norma contestada é incompatível com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

“Artigo 98 – A Procuradoria Geral do Estado é instituição de natureza permanente, essencial à administração da justiça e à Administração Pública Estadual, vinculada diretamente ao Governador, responsável

pela advocacia do Estado, sendo orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

§ 1º – Lei orgânica da Procuradoria Geral do Estado disciplinará sua competência e a dos órgãos que a compõem e disporá sobre o regime jurídico dos integrantes da carreira de Procurador do Estado, respeitado o disposto nos arts. 132 e 135 da Constituição Federal.

§ 2º – Os Procuradores do Estado, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica na forma do ‘caput’ deste artigo.

(...)

Artigo 99 – São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado:

I – representar judicial e extrajudicialmente o Estado e suas autarquias, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas estaduais;

II – exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo e das entidades autárquicas a que se refere o inciso anterior;

III – representar a Fazenda do Estado perante o Tribunal de Contas;

IV – exercer as funções de consultoria jurídica e de fiscalização da Junta Comercial do Estado;

V – prestar assessoramento jurídico e técnico-legislativo ao Governador do Estado;

VI – promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa estadual;

VII – propor ação civil pública representando o Estado;

VIII – prestar assistência jurídica aos Municípios, na forma da lei;

IX – realizar procedimentos administrativos, inclusive disciplinares, não regulados por lei especial;

X – exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei.

Artigo 100 – A direção superior da Procuradoria-Geral do Estado compete ao Procurador-Geral do Estado, responsável pela orientação jurídica e administrativa da instituição, ao Conselho da Procuradoria-Geral do Estado e à Corregedoria-Geral do Estado, na forma da respectiva Lei Orgânica.

Parágrafo único – O Procurador-Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, entre os Procuradores que integram a carreira e terá tratamento, prerrogativas e representação de Secretário de Estado, devendo apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração.

(...)

Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

(...)

Artigo 115 – Para a organização da administração pública direta ou indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

(...)

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;

(...)

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

III – Impossibilidade de Provimento Comissionado para Cargo ou Emprego da Advocacia Pública

7. Conforme demonstrado anteriormente, no quadro de cargos de provimento em comissão estabelecido na Lei nº 308, de 1º de julho de 1996, do Município de Paranapanema, há a previsão do cargo de Assessor Jurídico, criado pelo art. 1º combinado com o Anexo II do mesmo diploma normativo. Todavia, as atividades inerentes à advocacia pública como assessoramento, consultoria e representação jurídica de entidades ou órgãos públicos são atribuições de natureza profissional e técnica e exclusivamente reservadas a profissionais investidos em cargos de provimento efetivo da respectiva carreira mediante aprovação prévia em concurso público.

8. É o que se infere dos arts. 98 a 100 da Constituição Estadual que se reportam ao modelo traçado no art. 132 da Constituição Federal ao tratar da advocacia pública estadual.

9. Os preceitos constitucionais (central e radial) cunham a exclusividade e a profissionalidade da função aos agentes respectivos investidos mediante concurso público, inclusive a chefia do órgão, cujo agente deve ser nomeado e exonerado *ad nutum* dentre os seus integrantes, o que é reverberado pela jurisprudência:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR 11/91, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 12, CAPUT, E §§ 1º E 2º; ART. 13 E INCISOS I A V) – ASSESSOR JURÍDICO – CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO – FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO – USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. – O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos” (STF, ADI-MC 881-ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 02-08-1993, m.v., DJ 25-04-1997, p. 15.197).

“TRANSFORMAÇÃO, EM CARGOS DE CONSULTOR JURÍDICO, DE CARGOS OU EMPREGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO, ASSESSOR JURÍDICO, PROCURADOR JURÍDICO E ASSISTENTE JUDICIÁRIO-CHEFE, BEM COMO DE OUTROS SERVIDORES ESTÁVEIS JÁ ADMITIDOS A REPRESENTAR O ESTADO EM JUÍZO (PAR 2. E 4. DO ART. 310 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ). INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA POR PRETERIÇÃO DA EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). LEGITIMIDADE ATIVA E PERTINÊNCIA OBJETIVA DE AÇÃO RECONHECIDAS POR MAIORIA” (STF, ADI 159-PA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Octavio Gallotti, 16-10-1992, m.v., DJ 02-04-1993, p. 5.611).

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 500, DE 10 DE MARÇO DE 2009, DO ESTADO DE RONDÔNIA. ERRO MATERIAL NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL REJEITADA. MÉRITO. CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Conhece-se integralmente da ação direta de inconstitucionalidade se, da leitura do inteiro teor da petição inicial, se infere que o pedido contém manifesto erro material quanto à indicação da norma impugnada. 2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica

e independência funcional desses especiais agentes públicos. 3. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes. 4. Ação que se julga procedente” (STF, ADI 4.261-RO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, 02-08-2010, v.u., DJe 20-08-2010, RT 901/132).

“ATO NORMATIVO – INCONSTITUCIONALIDADE. A declaração de inconstitucionalidade de ato normativo pressupõe conflito evidente com dispositivo constitucional. PROJETO DE LEI – INICIATIVA – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO – INSUBSISTÊNCIA. A regra do Diploma Maior quanto à iniciativa do chefe do Poder Executivo para projeto a respeito de certas matérias não suplanta o tratamento destas últimas pela vez primeira na Carta do próprio Estado. PROCURADOR-GERAL DO ESTADO – ESCOLHA ENTRE OS INTEGRANTES DA CARREIRA. Mostra-se harmônico com a Constituição Federal preceito da Carta estadual prevendo a escolha do Procurador-Geral do Estado entre os integrantes da carreira” (STF, ADI 2.581-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, 16-08-2007, m.v., DJe 15-08-2008).

10. Portanto, é incompatível o provimento comissionado com a advocacia pública, de modo a revelar a inconstitucionalidade do cargo de Assessor Jurídico constante no Anexo II, da Lei nº 308, de 1º de julho de 1996, do Município de Paranapanema.

IV – Pedido

11. Face ao exposto, requerendo o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “Assessor Jurídico” constante no Anexo II, da Lei nº 308, de 1º de julho de 1996, do Município de Paranapanema.

12. Requer-se ainda sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Paranapanema, bem como posteriormente citado o Procurador-Geral do Estado para se manifestar sobre os atos normativos impugnados, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 3 de junho de 2015

Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça

Direito Processual Civil – Direito da Criança e do Adolescente – Ação de Guarda – Direito Intertemporal (CPC/73 e CPC/15) – Antinomia de Normas – Competência (Relativa/Absoluta) – Declínio de Competência – Nulidade dos Atos Decisórios

Larissa Buentes Frazão

Promotora de Justiça – São Paulo

FEITO Nº 1000274-05.2015 – Foro Distrital de Ibaté

Autor: C.T.S.S.

Ré: K.D.T.

MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Meritíssimo Juiz,

Trata-se de ação cautelar em que o genitor requereu, em face da genitora dos filhos de ambos, que lhe fosse concedida a guarda de suas filhas (*sic*). Os autos foram ajuizados no Foro Distrital de Ibaté, Estado de São Paulo, em 03 de setembro de 2015, ou seja, sob a égide do CPC/73.

Baseou-se a ação no fato de, no dia 27 de março de 2015, os genitores terem feito um acordo no Conselho Tutelar de Corbélia/Paraná (fl.), que foi homologado judicialmente em 08 de junho de 2015 (fl.), ficando estabelecido que a guarda das crianças seria da mãe.

Contudo, em julho de 2015, supostamente por motivos de saúde, a genitora, entregou os menores ao genitor, que reside em Ibaté, sendo elaborado relatório de entrega pelo Conselho Tutelar de Corbélia/PR (fl.).

Em setembro de 2015, a genitora passou a exigir que voltasse a ter as filhas em sua companhia.

Por causa disso, em 03 de setembro de 2015, o pai ingressou nesse juízo de Ibaté com a presente ação cautelar de guarda dos filhos menores com pedido liminar. A carta precatória para citação da requerida foi expedida no dia 23 de maio de 2016. A liminar foi concedida, conferindo a guarda provisória das crianças ao genitor (fl.), em 23 de maio de 2016.

Não se tem notícia da data da citação nesses autos. Contudo, o comparecimento espontâneo da ré em 02 de junho de 2016 (fls.) teria suprido tal ausência, por força da aplicação do art. 239, § 1º, do CPC/15, aplicável ao caso.

No dia 10 de setembro de 2015, a genitora ingressou no Paraná com uma ação cautelar de busca e apreensão dos menores (fls. – autos nº 0002981-23.2015.8.16.0074). Citação ocorreu em 23 de setembro de 2015 (fl.).

No dia 15 de setembro de 2015, o genitor ajuizou uma ação de modificação de guarda c.c. exoneração de alimentos na comarca paranaense em questão (fls. – autos nº 0002979-61.2015.16.0074). Não se tem notícia de citação positiva nesse processo (fl.). Contudo, eventual falta de citação foi suprida pelo comparecimento espontâneo da ré em 18 de novembro de 2015 (fl.), diante da aplicação do art. 214, § 1º, do CPC/73, que regia o processo à época.

Nos autos nº 0002979-61.2015.16.0074, o juízo paranaense declarou continência entre as ações de busca e apreensão dos menores e ação de modificação de guarda (fls.).

Nos autos em trâmite em Ibaté, em 25 de maio de 2016, o autor pugnou pelo reconhecimento da prevenção deste Juízo (fls.), com fulcro no art. 59 do CPC/73.

Diante das ações relacionadas aos mesmos fatos, em 02 de junho de 2016, a genitora ajuizou uma exceção de incompetência absoluta nos presentes autos (fls.), com fulcro no art. 147 do ECA, art. 70 do Código Civil e art. 64, § 1º, do CPC, alegando, em suma, que a ação deveria ser proposta no domicílio da genitora e que as crianças residem com ela.

O autor se opôs ao conhecimento da incompetência do juízo de Ibaté a fls.

Vieram os autos com vistas ao Ministério Público com atribuição no Foro Distrital de Ibaté/SP.

É o relatório.

Trata-se de caso a ser analisado sob dois prismas:

- a) o da lei processual no tempo, e
- b) de antinomia de 1º grau das normas.

Sob o prisma do conflito das leis processuais no tempo, deve-se aplicar a Teoria do Isolamento dos Atos Processuais (art. 14 do CPC/15).

Segundo essa teoria, a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina, a partir da sua vigência, os atos pendentes do processo.

Por sua vez, conforme preconizam os artigos 87, da Lei nº 5.869/73 (CPC/73), e 43, da Lei nº 13.105/15 (CPC em vigor), a competência é definida no momento da propositura da ação.

Assim, aplicando-se a referida teoria, conclui-se que, com relação à competência, o caso é regido pelo CPC/73, na medida em que era a legislação processual em vigor quando ajuizadas todas as ações tratadas no presente caso.

Tendo em mente o regramento do CPC/73, para se definir qual dos juízos era o competente, deve-se analisar o conflito entre os arts. 106 e 219.

Pelo art. 106 da Lei nº 5.869/73, a doutrina sempre entendeu que a expressão “competência territorial” significa a “mesma comarca”, ao passo que o art. 219 do CPC/73, que determina a prevenção pela citação válida, seria aplicado quando se tratasse de comarcas distintas.

No presente caso, então, aplica-se o art. 219 do CPC/73, devendo-se perquirir em qual dos processos houve a primeira citação válida.

Conforme o relatório, nos autos nº 0002981-23.2015.8.16.0074, em curso em Corbélia, ação ajuizada pela genitora, a citação ocorreu em 23 de setembro de 2015. Já nos autos nº 0002979-61.2015.16.0074, em curso em Corbélia, ação ajuizada pelo genitor, apesar de não se ter notícia da citação pessoal, a falta do ato foi suprida pelo comparecimento espontâneo da ré em 18 de novembro de 2015. Por fim, nos presentes autos, em curso em Ibaté, ação ajuizada pelo genitor, foi expedida carta precatória para citação da requerida no dia 23 de maio de 2016, que ainda não retornou aos autos, mas houve manifestação espontânea da ré em 02 de junho de 2016.

Em que pese não haver a informação do dia exato da citação da requerida nos presentes autos, por óbvio esta ocorreu (ou ocorrerá) depois da citação realizada nos autos nº 0002981-23.2015.8.16.0074 (23/09/2015).

Assim, por meio da aplicação do enfoque da lei processual no tempo, deve-se concluir que o juízo paranaense dos autos nº 0002981-23.2015.8.16.0074 tornou-se prevento no dia 23 de setembro de 2015.

De outro giro, sob o prisma da antinomia de 1º grau das normas, tem-se em conflito o CPC e o ECA.

Sabe-se que, no caso de antinomias, para se definir qual é a norma aplicável ao caso, são utilizados três critérios, de forma subsequente: hierarquia, especialidade e anterioridade.

O CPC e o ECA são leis ordinárias de mesma hierarquia, não havendo uma que prevaleça sobre a outra.

Dessa forma, passa-se ao critério seguinte, qual seja, o da especialidade.

O ECA, por ser especial com relação ao CPC, deve prevalecer no que tange à competência da ação. O art. 147, I, desse estatuto, define que a competência será definida por meio do domicílio dos pais.

O enunciado da Súmula 383 do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, reza que *“a competência para processar e julgar ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda”*.

Colacionando as provas contidas nos autos, em que pese a informação de que o genitor tinha a guarda de fato das crianças, com relatório de entrega elaborado pelo Conselho Tutelar (fl.), não se pode olvidar a existência do acordo de que a guarda dos filhos ficaria com a mãe, sendo fato de que este foi homologado judicialmente, o que deve preponderar para fins de fixação de guarda.

Conclui-se assim, atento à orientação jurisprudencial e ao art. 147 do ECA, que a competência para processamento das demandas em questão é do juízo paranaense, visto que a guarda das crianças é da mãe, pois o acordo que assim definiu tem amparo judicial.

Logo, sob o enfoque da antinomia das normas, também seria juízo paranaense o competente para processar e julgar a presente ação.

É de verificar, por fim, que as manifestações de ambas as partes dos presentes autos acerca da eventual incompetência (relativa, pois territorial) do juízo ocorreram sob a égide do Código de Processo Civil de 2015. Portanto, esse diploma legal deverá reger a impugnação quanto à competência, diante da Teoria do Isolamento dos Atos Processuais.

Sobre a incompetência ser relativa, expõe-se a seguinte decisão:

“AÇÃO DE ADOÇÃO – DESISTÊNCIA – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO VISANDO A DECLARAÇÃO DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E A DECRETAÇÃO DA BUSCA E APREENSÃO DA CRIANÇA – IMPOSSIBILIDADE – APELAÇÃO IMPROVIDA. A competência referida no art. 147 do ECA é territorial, de natureza relativa, e por isso o juiz não pode recusá-la de ofício, a teor do que dispõe a Súmula 33 do STJ. É descabida a pretensão de ver reconhecida a incompetência do juízo e, ao mesmo tempo, pleitear que o mesmo juízo defira a liminar de busca e apreensão da criança.” (TJPR, Apelação Cível nº 166.428-2, 7ª C. Civ., Rel. Mendonça de Anunciação, j. 11/10/2005 – grifo nosso).

Interessante notar que por se tratar de incompetência relativa, a forma processual correta para argui-la seria na contestação, por meio de preliminar (art. 337, II, CPC/15), sob pena de preclusão, com a consequente prorrogação da competência.

Entretanto, o prazo para contestação ainda não teria começado a fluir, em virtude do disposto no parágrafo 1º do art. 239 do CPC/15 – “*o comparecimento espontâneo do réu (...) supre a falta (...) da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação (...)*”.

Apesar de a ré nominar a peça de fls. 51/57 de “exceção de incompetência”, esta figura foi eliminada do CPC/15. Trata-se, na verdade, de mera petição, em que postulado o reconhecimento da incompetência do juízo.

Deve-se ter como válida a manifestação acerca da incompetência relativa pelo réu, mesmo que não tenha sido apresentada como preliminar da contestação e sim por meio de mera petição, em virtude do disposto no art. 218, § 4º, do CPC/15, em aplicação analógica, bem como do princípio da instrumentalidade das formas, materializado no art. 277 do CPC/15.

De outro lado, inviável qualquer manifestação do autor no sentido de reconhecer a incompetência do juízo de Ibaté por se tratar de incompetência relativa.

Nesse sentido ensinam os mestres NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, em sua célebre obra *Código de Processo Civil Comentado*, 16. ed., p. 395:

“Somente ao réu é dada a legitimidade para arguir a incompetência relativa por meio de preliminar de contestação. O autor, quando ajuizou a ação, já optou pelo foro, não sendo a ele lícito proceder a nenhuma alteração nesse sentido. (...)”

Há, contudo, quem sustente que se trataria de competência absoluta, como se vê no julgado abaixo, precedente para a elaboração da Súmula 383 do STJ:

“No mérito, a narrativa constante da inicial da ação de guarda revela que o casal tinha residência permanente em Santa Bárbara, MG, tendo a cônjuge virago, algum tempo depois, se submetido a concurso público e transferido residência para Itabirinha, na mesma unidade federada, quando os filhos, que ficaram com o pai até janeiro de 2006, a acompanharam, ali permanecendo até dezembro de 2007, quando foram visitar o genitor em férias escolares. Em 21.01.2008, nova transferência em razão do trabalho levou a mãe a fixar residência no município espírito-santense. Os órgãos judiciais mencionados inequivocamente praticaram atos de processamento das ações, o primeiro expressamente declarando sua competência ao insurgir-se contra o cumprimento de carta precatória oriunda do órgão judicial capixaba, bem como por haver determinado a elaboração de estudo social e a oitiva do Ministério Público [...], e o segundo, deferindo

liminar para busca e apreensão dos menores [...]. O entendimento hoje assentado é o de que, na hipótese, a competência é absoluta e pertence ao Juízo do local de residência de quem exerce a guarda. [...] inexistindo controvérsia entre as partes a respeito de que a **guarda de fato** era exercida pela mãe, deve prevalecer o foro do local onde esta decidir fixar residência, na espécie em comento da cidade de São Gabriel da Palha, ES. Esse, como frisado, **é o posicionamento adotado pela jurisprudência deste Tribunal que, em atenção ao art. 147, I, da Lei n. 8.069/1990, entende cuidar-se de competência absoluta, afeta ao Juízo do local onde regularmente exercida a guarda, posto que inexistente ação anterior que defina de modo diverso.**” (AgRg no CC 94250 MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/06/2008, *DJe* 22/08/2008 – grifo nosso).

Em que pese o fato de o julgado reconhecer a competência absoluta do juízo diante do art. 147, do ECA, a decisão há de ser lida por inteiro. Ela mesmo determina que a guarda de fato deverá servir de norte para estabelecer a competência do juízo *se inexistir ação anterior que defina de modo diverso*.

Ocorre que, no presente caso, em 08 de junho de 2015, ou seja, antes da interposição de qualquer das ações envolvidas nesses autos, antes mesmo de haver a inversão da guarda de fato (em julho de 2015), houve homologação judicial do acordo (fl.).

Em assim sendo, houve a fixação da competência das futuras ações afetas a esse caso perante a comarca de Corbélia.

Ainda que se entenda possível a alteração da guarda fixada judicialmente pela guarda de fato, não se pode reconhecer que meros dois meses (de julho, quando as crianças foram entregues ao genitor, a setembro, quando ajuizada a primeira das ações) teriam o condão de inverter a competência determinada pelo Juízo com amparo em dispositivo legal expresso (art. 147 do ECA).

Por todos os argumentos expostos, manifesto-me pelo reconhecimento da incompetência do juízo de Ibaté para processar e julgar a presente causa (art. 337, II, c.c. 277, ambos do CPC/15), reconhecendo-se como nulos os atos decisórios até então proferidos (art. 64, § 4º, CPC/15) e remetendo-se os autos à comarca de Corbélia/PR (art. 64, § 3º, CPC/15).

Ibaté, 21 de junho de 2016

Larissa Buentes Frazão, Promotora de Justiça

INFÂNCIA E JUVENTUDE – ADOLESCENTE INFRATOR PORTADOR DE TRANSTORNO MENTAL – LIBERAÇÃO COMPULSÓRIA AOS 21 (VINTE E UM) ANOS QUE NÃO ATENDE À NECESSIDADE DE TRATAMENTO ADEQUADO E À PROTEÇÃO SOCIAL – PRETENDIDA APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA INCLUSIVE APÓS OS 21 (VINTE E UM) ANOS QUE ESBARRA EM LACUNA INVOLUNTÁRIA DA LEI, A RECOMENDAR O APRIMORAMENTO LEGISLATIVO. NECESSIDADE DE PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM VISTAS À INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA FUNDADA NA LEI Nº 10.216/2001 – PREJUÍZO À EFICIÊNCIA E EFETIVIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA E À TUTELA AOS BENS JURÍDICOS IMPLICADOS – PROPOSTA LEGISLATIVA APRESENTADA PELA EQUIPE DE PROCURADORES DE JUSTIÇA DA CÂMARA ESPECIAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE, EMBASADA EM CONSISTENTE MOTIVAÇÃO, TENDENTE À RESOLUÇÃO DA PROBLEMÁTICA.

Luis Fernando de Moraes Manzano

Promotor de Justiça – Assessor Jurídico – SP _____

PROTOCOLADO Nº 55.797/15 (nº CAO 1474/15)

Nº MP 65.0689.0001474/15-0

Representantes: equipe de Procuradores de Justiça que oficia perante a Câmara Especial da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Objeto: proposta de alteração do ECA (Lei nº 8.069/1990) que assegura a internação psiquiátrica ou o tratamento ambulatorial ao adolescente infrator portador de transtorno mental inclusive após os 21 (vinte e um) anos, sem necessidade de propositura de ação civil pública com vistas à internação compulsória baseada na Lei nº 10.216/2001

Excelentíssimo Senhor Subprocurador-Geral de Justiça,

Trata-se de proposta de alteração legislativa elaborada pela equipe de Procuradores de Justiça em exercício na Câmara Especial da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo, visando à regulamentação da proteção aos adolescentes infratores portadores de transtorno mental.

A preocupação externada pelos dignos Membros do Ministério Público do Estado de São Paulo circunscreve-se à liberação compulsória aos 21 (vinte e um) anos de adolescentes infratores portadores de transtornos mentais, autores de atos infracionais graves, determinada pelo art. 121, § 5º, da Lei nº 8.069/1990, que impõe a necessidade de ajuizamento de ação civil pública com vistas à internação compulsória do portador de transtorno mental fun-

dada no art. 9º da Lei nº 10.216/2001, por falta de previsão legal para o enfrentamento mais eficiente e efetivo da questão, que envolve a dispensa de um tratamento de saúde adequado, a proteção do adolescente portador de transtorno mental, a tutela social, a eficiência e a efetividade do sistema de justiça enfim.

A proposta consiste em alteração do art. 104 do ECA, para lhe acrescentar parágrafos, com a seguinte redação (fls. 08/10):

“Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeitos às medidas previstas nesta lei. (redação atual – sem modificação)

§ 1º É isento de medida socioeducativa o adolescente que, acometido de transtorno mental (termo técnico previsto na Lei nº 10.216/2001), ao tempo da ação ou da omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Neste caso, o juiz determinará sua internação para tratamento psiquiátrico.

§ 2º A medida socioeducativa poderá ser substituída por internação hospitalar ou regime ambulatorial se o adolescente, em virtude de transtorno mental, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento (idem, adaptado ao parágrafo único do art. 26).

§ 3º Se o fato previsto como ato infracional não for praticado mediante violência ou grave ameaça, poderá o juiz substituir a medida de internação por tratamento ambulatorial (texto adaptado ao do art. 26, “caput”, c.c. o art. 97, “caput”, do CP).

§ 4º A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da causa determinante da medida, mediante perícia médica a ser realizada periodicamente a cada 06 (seis) meses.

§ 5º A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior se o adolescente praticar fato indicativo de persistência da causa determinante da medida.

§ 6º Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do adolescente, se essa providência for necessária a fim de garantir e proteger sua saúde mental (idem, § 4º, do art. 97 do CP).

§ 7º O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento obedecendo rigorosamente aos princípios estabelecidos na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais.

- § 8º A internação será compulsória, determinada mediante decisão judicial fundamentada, mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários, e só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes (art. 4º c.c. o art. 6º, “caput” e parágrafo único, inciso III, c.c. o art 9º, todos da Lei nº 10.216/01).
- § 9º Se o adolescente completar 21 (vinte e um) anos sem que tenha sido declarada a cessação dos motivos que determinaram a sua internação psiquiátrica ou tratamento ambulatorial, passará à jurisdição do Juízo Cível competente, nos termos da Lei nº 10.216/2001.
- § 10. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato (redação atual do parágrafo único do art. 104 do ECA).”

Ao opinar pelo acolhimento integral da proposta, a DDª Promotora de Justiça Coordenadora do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude assim se pronunciou (fls. 16/17):

“(...) verifica-se que a sugestão apresentada objetiva suprir lacuna legal, de forma que as hipóteses de inimputabilidade de adolescentes sejam descritas, com expressa previsão dos encaminhamentos possíveis, com ou sem a aplicação de medida socioeducativa, mas mediante acompanhamento pela Vara da Infância e Juventude, durante o período de tratamento de saúde mental.

Verifica-se, ainda, que a proposta apresentada é completa ao enfrentar o advento dos 21 anos de idade, em caso de prática de ato infracional praticado mediante violência e grave ameaça, cuja periculosidade não cessou após o advento dos 21 anos de idade, já que esta hipótese ensejará a necessidade de acompanhamento do Juízo Cível competente (sugestão prevista no parágrafo 9º), nos termos do disposto no art. 65 da Lei nº 12.594/12.

Tendo em vista que o que importa é a proteção integral do adolescente e considerando que o sistema de justiça busca cercar-se de capacidade técnica, protetiva e sociopedagógica para o atendimento do adolescente, é certo que o atendimento médico adequado busca adotar, sempre que possível, o rompimento do ciclo de violência, atendendo-se às necessidades básicas e individualizadas daqueles em conflito com a lei, através da elaboração de Plano Individual de Atendimento (art. 52 da Lei nº 12.594/12), que lhe possibilite atendimento multidisciplinar e multissetorial (art. 64 da Lei nº 12.592/12).”

No apenso, o DD. Promotor de Justiça Coordenador do Centro de Apoio Operacional Cível e da Tutela Coletiva à época diligenciou a juntada dos projetos de lei em tramitação pelo Congresso Nacional atinentes à matéria.

O PL 1052/2011, de autoria do Deputado Dr. Ubiali, do PSB/SP contém a seguinte redação.

“Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – para ampliar o prazo de internação do adolescente infrator, estabelecer a possibilidade de aplicação de medidas de segurança, e dá outras providências.

Art. 1º Esta Lei altera os arts. 104, 112, 121 e 122, e acrescenta o art. 125-A, todos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 2º O art. 104 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido do § 1º, transformando-se o parágrafo único em § 2º, com a seguinte redação:

“Art. 104.

§ 1º O adolescente que praticar ato infracional será obrigatoriamente submetido a exame psiquiátrico e a testes projetivos de personalidade, a serem realizados por equipe interprofissional composta por médicos psiquiatras e psicólogos.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.” (NR).

Art. 3º O art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido do inciso VIII, e dos parágrafos 4º e 5º, com a seguinte redação:

Art. 112.

I – (...)

II – (...)

III – (...)

IV – (...)

V – (...)

VI – (...)

VII – (...)

VIII – medida de segurança. (NR).

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º (...)

§ 4º Verifica-se a reincidência quando o adolescente comete novo ato infracional, depois de transitar em julgado a sentença que aplicar medida de internação.

§ 5º Para efeito de reincidência não prevalece a sentença anterior, que impôs medida de internação, se entre a data do cumprimento da medida e o ato infracional posterior tiver transcorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos.” (NR).

Art. 4º O art. 114, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos I, II, III, IV, V, VI e VIII do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes de autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.” (NR)

Art. 5º Os parágrafos 3º, 5º e 6º do art. 121 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 121.

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a quatro anos.

§ 4º (...)

§ 5º Em caso de reincidência, o período máximo de internação a que alude o § 3º deste artigo será duplicado.

§ 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, após a oitiva do representante do Ministério Público e de junta específica de avaliação da Infância e da Juventude, composta por assistente social, psicólogo e psiquiatra.” (NR).

Art. 6º O art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1999, Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar acrescido do § 3º com a seguinte redação:

“Art. 122.

I – (...)

II – (...)

III – (...)

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º Na hipótese do inciso I deste artigo, se o resultado for a morte da vítima ou a ocorrência de lesão corporal de natureza grave, o prazo máximo

de internação previsto no art. 121, § 3º desta Lei, será aumentado de 1 (um) a 2/3 (dois terços).” (NR).

Art. 7º A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida da Seção VIII, intitulada “Das Medidas de Segurança”, ao Capítulo IV, do Título III, do Livro II (Parte Especial), com a seguinte redação:

Seção VIII **Das Medidas de Segurança**

“Art. 125-A. O adolescente que ao cometer ato infracional demonstre, mediante perícia psiquiátrica realizada por junta médica, especificamente designada para esse fim, ser portador de doença mental grave, poderá ser submetido às seguintes medidas de segurança:

I – internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II – sujeição a tratamento ambulatorial.

§ 1º A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, subsistindo enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo de duração será de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 2º A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar a autoridade judicial.

§ 3º A desinternação, ou liberação do adolescente, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo da persistência de sua periculosidade.

§ 4º Poderá o juiz, em qualquer fase do tratamento ambulatorial, determinar a internação do adolescente, se essa providência for necessária para fins curativos.

§ 5º É direito do adolescente, submetido a medida de segurança de internação, ser obrigatoriamente recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares, onde receberá tratamento adequado ao seu transtorno psíquico.

§ 6º A medida de segurança só poderá ser aplicada quando tratar-se de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa.” (NR).

Art. 8º Revoga-se o parágrafo 5º, do art. 121, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

“Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

O PL 348/2011, de autoria do Deputado Hugo Leal, do PSC-RJ, por sua vez, contempla a seguinte redação (fls. 24/26 do apenso):

“Cria dispositivos na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para dispor sobre antecedentes, tratamento ambulatorial, internação em estabelecimento de tratamento psiquiátrico e responsabilidade do Estado para adequar as entidades de atendimento, públicas ou privadas, às diretrizes e normas deste Estatuto.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei tem por finalidade criar dispositivos na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para dispor sobre antecedentes, tratamento ambulatorial, internação em estabelecimento de tratamento psiquiátrico e responsabilidade do Estado para adequar as entidades de atendimento, públicas ou privadas, às diretrizes e normas deste Estatuto.

Art. 2º A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – passa a vigorar acrescida de um art. 103-A, de uma Seção V-A, de um art. 119-A, de uma Seção VIII, de um art. 125-A e de um art. 259-A, com as redações a seguir:

“Art. 103-A. A prática de ato infracional pelo adolescente, com 16 (dezeses) anos ou mais, será considerada como antecedentes, para fins de fixação da pena base de ilícitos por ele praticados quando maior de 18 (dezoito) anos.”

“Seção V-A Do Tratamento Ambulatorial

Art. 119-A. O tratamento ambulatorial será aplicado ao adolescente portador de transtorno mental não perigoso, assim entendido aquele que não expõe a sociedade e o próprio adolescente a situação de risco.

Parágrafo único. O tratamento ambulatorial subsistirá o tempo necessário à plena formação psíquica do adolescente.”

“Seção VIII – Da Internação em Estabelecimento de Tratamento Psiquiátrico

Art. 125-A. A internação em estabelecimento de tratamento psiquiátrico será destinada aos adolescentes com transtorno mental grave, que coloquem em risco a sociedade ou a si próprio e subsistirá enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade.

§ 1º A perícia médica para constatação da cessação da periculosidade será realizada a qualquer tempo por determinação da autoridade judicial, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do defensor do adolescente infrator.

§ 2º A desinternação será sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior se o adolescente, antes do decurso de um ano, praticar fato indicativo da persistência de sua periculosidade e, mediante perícia médica, for constatado o retorno do transtorno mental grave e perigoso.

§ 3º Toda perícia médica realizada para os fins previstos neste artigo deverá ser subscrita por, no mínimo, dois peritos.”

“Art. 259-A. Os Estados, no prazo de 5 (cinco) anos a contar da data de vigência desta lei, ressalvado o disposto no § 4º abaixo, deverão, obrigatoriamente, adequar as entidades de atendimento, públicas ou privadas, às diretrizes e normas deste Estatuto.

§ 1º Aplica-se as disposições constantes do *caput* aos Municípios que possuam entidades de atendimento próprias, públicas ou privadas.

§ 2º O não atendimento às determinações deste artigo caracterizará improbidade administrativa por parte do responsável pelo ato omissivo, cujos fatos serão apurados nos moldes previstos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

§ 3º Caberá ao Ministério Público da Infância e da Juventude a fiscalização quanto ao cumprimento do prazo estabelecido neste artigo, com auxílio dos Conselhos da Criança e do Adolescente e do Conselho Tutelar de cada Município.

§ 4º Aplica-se as disposições deste artigo às entidades de atendimento em construção ou que vierem a ser construídas após o início de vigência desta lei.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Os dois projetos de lei foram apensados ao PL 7.197/2002, do Senado Federal, que *“acrescenta §§ aos arts. 104 e 105 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, para permitir a aplicação de medidas sócio-educativas aos infratores que atingirem a maioridade penal”* e se encontram na Comissão Especial desde 13/06/2013 (fls. 57/62).

É a síntese do necessário.

A Exposição de Motivos à proposta apresentada bem justificou a premente necessidade do aprimoramento legislativo, nos seguintes termos (fls. 07/08):

“EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Considerando que o ato infracional pode ser praticado por adolescente acometido de transtorno mental de que trata a Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, que, ao tempo da ação ou da omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

Considerando que o ECA não dispôs sobre a proteção das pessoas portadoras de transtornos mentais nem especificou o modelo assistencial em saúde mental.

Considerando que os Juízes da Infância e Juventude aplicam medidas socioeducativas aos adolescentes portadores de transtornos mentais nas condições acima mencionadas, quando deveriam submetê-los tão somente a tratamento médico psiquiátrico em regime de internação hospitalar ou de atendimento ambulatorial.

Considerando que nos casos referentes a atos infracionais praticados mediante violência e grave ameaça com imposição da medida de internação, os Promotores de Justiça com atribuição no Departamento de Execuções da Infância e Juventude – DEIJ (devido à falta de previsão no ECA do instituto da medida de segurança), têm promovido ação e obtido a interdição de adolescentes que, ao completarem 21 anos de idade, não têm cessada a periculosidade, mediante comprovação através de laudo psiquiátrico, conseguindo, assim, mantê-los custodiados para o devido tratamento através de decisão judicial, mas que eventualmente pode ser cassada pela Instância Superior em virtude do disposto no art. 121, § 5º, do ECA: “A liberação será compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade.”

Considerando que nestes casos, os magistrados têm se utilizado do sistema do duplo binário, ou seja, impõe aos adolescentes o cumprimento inicial da medida socioeducativa de internação e, após seu término, os mantêm custodiados, por decisão judicial, para que se submetam a tratamento psiquiátrico, por tempo indeterminado, em afronta ao sistema vicariante consagrado na reforma da parte geral do Código Penal (1984). Vale dizer que a situação jurídica impingida aos adolescentes nesses casos é mais severa do que aquela conferida aos imputáveis nas mesmas circunstâncias pelo Código Penal.

Considerando que há necessidade de regulamentar legalmente a situação fática apresentada, visando a garantir a prevalência do melhor interesse dos adolescentes autores de atos infracionais.”

Às percucientes razões apresentadas pela equipe de Procuradores de Justiça adere a justificação do PL 1052/2011, de autoria do Deputado Dr. Ubiali, do PSB-SP, da qual se extrai o seguinte trecho, pertinente à matéria ora tratada (fls. 16/19 do apenso):

“(...) existem adolescentes infratores que não dispõem de recursos internos aptos à assimilação eficaz do processo socializador e, por isso, a estes adolescentes estão vocacionadas as medidas de segurança. São os infratores com retardo mental (de alta periculosidade), de alguns casos graves de psicóticos (que não respondem satisfatoriamente à medicação) e, especialmente, os psicopatas portadores de transtorno da personalidade antissocial, dentre outros casos de moléstias mentais que impeçam a assimilação do processo socializador.

Os casos de retardo mental e psicose grave, por serem mais óbvios ao conhecimento científico e até aos leigos, são identificados com maior facilidade. De outro lado, os psicopatas apenas são identificados, de forma inequívoca, mediante perícias médico-psiquiátricas e testes projetivos de personalidade realizados por profissionais especializados e devidamente habilitados. Por esta razão, são mais perigosos e preocupantes, pois são pessoas dotadas de inteligência normal ou até elevada e que, na maioria dos casos, também são articuladas, sedutoras, dissimuladas etc., entretanto, são desprovidas de afetividade, remorso, ou sentimento de culpa. São indivíduos que não possuem empatia ou sensibilidade ao sofrimento alheio, com a característica essencial de um padrão invasivo de desrespeito e violação dos direitos alheios, que se inicia na infância ou começo da adolescência e persiste na idade adulta.

Deixando de lado os termos técnicos e as explicações científicas, próprios dos profissionais da área, pois o que pretendemos aqui é apenas dar uma clara noção do problema, propomos a inserção de medidas de segurança no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, para que sejam aplicadas aos indivíduos que não disponham de mecanismo interno de freios inibitórios, que possibilitem a contenção da própria vontade no cometimento de atos infracionais, pois é certo que a capacidade de discernimento e assimilação do adolescente infrator é pressuposto lógico para a aplicação da medida socioeducativa.

Por fim, propomos a extinção do limite de 21 (vinte e um) anos para a liberação compulsória do adolescente infrator submetido a medida socioeducativa de internação. De fato, não assiste razão ao limite de idade imposto pelo § 5º do art. 121 do Estatuto, pois a medida deve perdurar en-

quanto necessária for à educação e socialização do adolescente, de modo que ele apenas deverá ser liberado compulsoriamente quando demonstrar aptidão ao convívio social, observado, é claro, o prazo limite de internação de cinco anos.”

A justificação do PL 348/2011, de autoria do Deputado Hugo Leal, do PSC-RJ, também enfatiza a importância do aperfeiçoamento do Estatuto, para disciplinar o tratamento adequado ao adolescente portador de transtorno mental que comete ato infracional grave que coloque em risco a sociedade e a si próprio, pelo período necessário à cessação e sua periculosidade, aferida por perícia médica (fls. 26/27 do apenso).

Às irretorquíveis justificações da proposta e dos projetos de lei acrescentam-se as que seguem.

A necessidade de propositura de duas ações (a representação e a ação civil pública), com vistas à obtenção do mesmo resultado (internação compulsória), perante juízos distintos (Vara da Infância e da Juventude e Vara Cível), pelo mesmo fundamento de fato – adolescente infrator portador de transtorno mental que pratica ato infracional com violência ou grave ameaça à pessoa – evidencia a ineficiência do atual modelo.

Ademais, o sistema vigente abre ensanchas à solução de descontinuidade entre a liberação compulsória (ECA, art. 121, § 5º) e a internação compulsória (art. 9º da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001), deixando a descoberto os bens jurídicos implicados, no interstício entre uma medida e outra.

Vários são os bens jurídicos implicados, notadamente a efetividade e a eficiência do sistema de justiça e da assistência e proteção integral ao adolescente infrator; a tutela social a bens jurídicos penalmente tutelados; a saúde do adolescente portador de transtorno mental que pratica ato infracional grave, a recomendar o premente aperfeiçoamento legislativo, de que cuida a presente representação.

A Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, que instituiu o SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo), não resolveu a problemática, na medida em que os arts. 64 e 65 que tratam do atendimento a adolescente com transtorno mental e com dependência de álcool e de substância psicoativa limitaram-se a dispor que o tratamento a que se submeterá o adolescente deverá observar o previsto na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, prescrevendo que, nessas hipóteses, enquanto não cessada a jurisdição da Infância e juventude, a autoridade judiciária poderá remeter cópia dos autos ao Ministério

Público para eventual propositura de interdição e outras providências pertinentes, como já vem ocorrendo.

Portanto, não resta dúvida quanto à imperiosa necessidade do aprimoramento legislativo, de molde a propiciar ao adolescente infrator portador de transtornos mentais um tratamento de saúde adequado e, por outro lado, proteção à sociedade, tudo a revelar a extrema pertinência da iniciativa da equipe de Procuradores de Justiça da Câmara Especial.

Resta saber se a proposta apresentada, no cotejo com os projetos de lei em tramitação, se mostra mais adequada e, por outro lado, a estratégia política mais acertada (apresentação de um novo projeto de lei ou adesão aos projetos de lei que já se encontram em tramitação no Congresso Nacional).

No dia 14/07/2015 o Plenário do Senado Federal aprovou o PLS 333/2015, de autoria do senador José Serra (PSDB-SP), aumentando para até 10 (dez) anos o prazo máximo da medida socioeducativa de internação de adolescentes que pratiquem, mediante violência ou grave ameaça, conduta prevista na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), e também, prescrevendo a excepcional possibilidade de, diagnosticada doença mental, o juiz extinguir a medida socioeducativa, ouvidos o defensor e o Ministério Público, e determinar o tratamento ambulatorial ou internação compulsória, nos termos da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, por prazo indeterminado, sujeito a reavaliação a cada 06 (seis) meses, que poderá ser determinada de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou defensor (art. 2º).

Talvez seja pertinente ainda lembrar que a Câmara dos Deputados aprovou em 1º turno a PEC 171-A/1993, que altera a redação do art. 228 da Constituição Federal, para prescrever a maioria penal aos 16 (dezesesseis) anos, embora o tema, relacionado à infância e juventude, não diga respeito à questão ora versada, do portador de transtorno mental.

Os três projetos de lei depõem contra a compulsoriedade da liberação aos 21 (vinte e um) anos na hipótese de aplicação de medidas de segurança.

A adoção analógica do modelo penal se revela adequada, pois, a despeito de alguma flutuação doutrinária e jurisprudencial, as medidas de segurança previstas no CP têm caráter inegavelmente terapêutico ou curativo, e não sancionatório ou afliitivo, pelo que sua aplicação ao adolescente infrator se harmoniza aos princípios da assistência e da proteção integral.

Sem embargo, a triste realidade nos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico e a inexistência de unidades hospitalares adequadas a receber adolescentes infratores portadores de transtornos mentais e dependentes têm levado a questionar a necessidade de se estabelecer, em lei, um prazo máximo de internação, a fim de evitar que a distorção entre o dever-ser e o

ser, isto é, entre a ideia concebida pelo legislador e sua implementação prática possa acarretar um mal ainda maior que o do paradigma atual.

Tanto as iniciativas legislativas da Câmara dos Deputados quanto a proposta do Senado Federal (PLS 333/2015, de autoria do Senador José Serra, remetido à Câmara dos Deputados) atendem a contento a legítima preocupação da equipe de Procuradores de Justiça, na medida em que todas elas prescrevem a possibilidade de aplicação, pelo juiz da infância e juventude, de medidas de segurança ao adolescente infrator portador de transtorno mental, por prazo indeterminado, não limitado à liberação compulsória aos 21 (vinte e um anos) do art. 121, § 5º, do ECA.

O PLS 333/2015, do Senado Federal, é mais atual, porque se propõe a harmonizar a questão às diretrizes instituídas pela Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, acrescentando ao art. 64 os §§ 9º e 10, de seguinte teor:

“Art. 2º O art. 64 da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 9º e 10:

“Art. 64.

§ 9º Excepcionalmente, se diagnosticada doença mental, o juiz poderá extinguir a medida socioeducativa, ouvidos o defensor e o Ministério Público, e determinar o tratamento ambulatorial ou a internação compulsória, nos termos da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001.

§ 10. A internação compulsória será por prazo indeterminado, sujeito a reavaliação a cada seis meses, que poderá ser determinada de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou defensor.” (NR).

As três proposições legislativas, embora já estejam em estágio relativamente avançado do processo legislativo, tendo sido apensadas as duas primeiras, não tratam exclusivamente da questão do adolescente infrator portador de transtornos mentais, da aplicação de medidas de segurança e da revogação da liberação compulsória aos 21 (vinte e um) anos nessas hipóteses, o que pode causar algum embaraço em sua tramitação, a recomendar a apresentação de um novo projeto de lei específico sobre a matéria, nos moldes do que foi exposto pela Equipe.

Expostas a proposta e os projetos de lei em andamento, somadas as respectivas justificações e feitas as considerações anteriores, a este trabalho resta apenas unir todos esses esforços, e formatá-los, nos moldes seguintes.

“Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – para estabelecer a possibilidade de aplicação de medidas

de segurança a adolescentes infratores portadores de transtornos mentais, e dá outras providências.

Art. 1º Esta Lei altera os arts. 104 e 112, e acrescenta o art. 259-A, todos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 2º O art. 104 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

“Art. 104.

§ 1º Aplica-se a medida de segurança de internação ao adolescente que, em razão de transtorno mental, ao tempo da ação ou da omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, se o ato infracional for praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

§ 2º Aplica-se a medida de segurança de tratamento ambulatorial ao adolescente que, em razão de transtorno mental, ao tempo da ação ou da omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, se o ato infracional for praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa.

§ 3º A medida socioeducativa aplicada poderá ser substituída, conforme a gravidade do ato infracional, por internação ou tratamento ambulatorial se o adolescente, em virtude de transtorno mental, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

§ 4º As medidas de segurança serão cumpridas em hospital de custódia e internação psiquiátrica ou estabelecimento hospitalar congênere, destinados a adolescentes infratores, observando-se os princípios estabelecidos na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001.

§ 5º A internação e o tratamento ambulatorial serão fixados pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses, por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da causa determinante da medida, mediante perícia médica a ser realizada periodicamente a cada 6 (seis) meses, ouvidos o Ministério Público e a Defensoria Pública.

§ 6º A desinternação e a liberação serão sempre condicionais, devendo ser restabelecidas se o adolescente praticar ato infracional indicativo de persistência da causa determinante da medida.

§ 7º Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, deter-

minar a internação do adolescente, se essa providência for necessária a fim de garantir e proteger sua saúde mental.

§ 8º A internação será compulsória, determinada mediante decisão judicial fundamentada, mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários, e só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes (art. 4º c.c. o art. 6º, “caput” e parágrafo único, inciso III, c.c. o art. 9º, todos da Lei nº 10.216/01).

§ 9º Se o adolescente completar 21 (vinte e um) anos sem que tenha sido declarada a cessação dos motivos que determinaram a internação psiquiátrica ou o tratamento ambulatorial, ordenar-se-á a extração de cópia dos autos e a remessa ao Juízo Cível competente, para que o prosseguimento da internação compulsória nos termos da Lei nº 10.216/01, sem necessidade de propositura de nova ação judicial.

§ 10. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

Art. 3º. O art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido do inciso VIII, com a seguinte redação:

Art. 112.

I – (...)

II – (...)

III – (...)

IV – (...)

V – (...)

VI - (...)

VII – (...)

VIII – medidas de segurança. (NR).

Art. 4º O art. 259 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido da seguinte letra e dos seguintes parágrafos:

“Art. 259-A. Os Estados, no prazo de 5 (cinco) anos a contar da data de vigência desta lei, ressalvado o disposto no § 4º abaixo, deverão, obrigatoriamente, adequar as entidades de atendimento, públicas ou privadas, às diretrizes e normas deste Estatuto.

§ 1º Aplica-se as disposições constantes do *caput* aos Municípios que possuam entidades de atendimento próprias, públicas ou privadas.

§ 2º O não atendimento às determinações deste artigo caracterizará improbidade administrativa por parte do responsável pelo ato omissivo,

cujos fatos serão apurados nos moldes previstos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

§ 3º Caberá ao Ministério Público a fiscalização quanto ao cumprimento do prazo estabelecido neste artigo, com auxílio dos Conselhos da Criança e do Adolescente e do Conselho Tutelar de cada Município.

§ 4º Aplica-se as disposições deste artigo às entidades de atendimento em construção ou que vierem a ser construídas após o início de vigência desta lei.”.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Por fim, registrem-se os melhores encômios à iniciativa, bem como à tão elogiosa e quanto legítima preocupação da equipe de Procuradores de Justiça da Câmara Especial da Infância e Juventude, na expectativa de que o presente trabalho contribua para catapultá-la, em lugar de lhe criar obstáculos.

Posto isso, submeto a presente proposta, com as justificações feitas alhures – geradas a partir da iniciativa da equipe de Procuradores de Justiça da Câmara Especial – à apreciação de Vossa Excelência, inclusive para que aprecie a conveniência de sua apresentação diante dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional.

São Paulo, 27 de julho de 2015

Luis Fernando de Moraes Manzano, Promotor de Justiça – Assessor Jurídico

PROTOCOLADO Nº 55.797/15 (nº CAO 1474/15)

nº MP 65.0689.0001474/15-0

Representantes: equipe de Procuradores de Justiça que oficia perante a Câmara Especial da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Objeto: proposta de alteração do ECA (Lei nº 8.069/90) que assegura a internação psiquiátrica ou o tratamento ambulatorial ao adolescente infrator portador de transtorno mental inclusive após os 21 (vinte e um) anos, sem necessidade de propositura de ação civil pública com vistas à internação compulsória baseada na Lei nº 10.216/2001

1. Acolho o parecer do Corpo Técnico, por seus próprios e jurídicos fundamentos.
2. Propõe-se, em consequência, a expedição de ofício oferecendo proposta de projeto de lei.
3. Submetam-se os autos à elevada apreciação do eminente Procurador-Geral de Justiça.

São Paulo, 29 de julho de 2015

Wallace Paiva Martins Junior, Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico – em exercício

PROTOCOLADO Nº 55.797/15 (nº CAO 1474/15)

nº MP 65.0689.0001474/15-0

Representantes: equipe de Procuradores de Justiça que oficia perante a Câmara Especial da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Objeto: proposta de alteração do ECA (Lei nº 8.069/90) que assegura a internação psiquiátrica ou o tratamento ambulatorial ao adolescente infrator portador de transtorno mental inclusive após os 21 (vinte e um) anos, sem necessidade de propositura de ação civil pública com vistas à internação compulsória baseada na Lei nº 10.216/2001

Acolhendo a manifestação da douta Subprocuradoria-Geral de Justiça Jurídica, determino o encaminhamento de anteprojeto de lei para alteração do artigo 104 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Infância e Juventude).

São Paulo, 29 de julho de 2015

Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça

ÍNDICE DE ASSUNTOS

Arbitragem

Cláusula arbitral, p. 110

Cláusula compromissória, p. 110

Direito, p. 110

Ação Civil Pública Ambiental

Averbação de reserva legal com cômputo de APP, p. 301

Inconstitucionalidade do artigo 15 da Constituição Federal com a demonstração da perda ambiental no caso concreto, p. 301

Ação Civil Pública Ambiental c.c Ação de Improbidade Administrativa

Destruição de floresta em app pela extração irregular de areia, p. 355

Empresa extratora de areia e Cetesb, p. 355

Termo de ajustamento de conduta (TAC) firmado pelo MP, p. 355

Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão

Ausência de edição de lei específica, p. 411

Câmara Municipal de Itobi, p. 411

Estrutura administrativa do Município de Itobi, p. 411

Percentual mínimo dos cargos de provimento em comissão, p. 411

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Administrativo, p. 445

Constitucional, p. 445

Exigibilidade de provimento efetivo para postos inerentes à advocacia pública, p. 445

Lei nº 308, de 1º de julho de 1996, do Município de Paranapanema, p. 445

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Administrativo, p. 431

Constitucional, p. 431

Imposição de restrição à realização de contratos, p. 431

Agravo de Instrumento

Adoção póstuma, p. 421

Direito Civil, p. 421

Demonstração de início de processo de adoção plena em vida, p. 421

Guarda judicial em vida, p. 421

Inequívoca manifestação de vontade do adotante, p. 421

Apelação – Direito Civil e Processual Civil

Ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva, p. 427

Extinção do processo sem julgamento de mérito, p. 427

Violação à garantia constitucional de acesso à Justiça, p. 427

Cirurgia transexual

Biodireito, p. 142

Bioética, p. 142

Conflito negativo de atribuição

Direção de veículo automotor agravada (em concurso formal), p. 283

Eventual cabimento de transação penal, p. 283

Juizado Especial Criminal, p. 283

Lesões corporais culposas, p. 283

Pena máxima que supera o limite de competência ratione materiae do juizado especial criminal, p. 283

Conflito negativo de atribuição

Atuação de policiais militares, p. 289

Crime doloso contra a vida, p. 289

Desempenho da função, p. 289

Constituição

Assembleia Nacional Constituinte, p. 257

Ministério Público, p. 257

Origens, p. 257

Crueldade

Animais, p. 218

Leis municipais, p. 218

Leis municipais inconstitucionais, p. 218

CPP, art. 28

Coleta de declarações de uma das vítimas, p. 297

Eventual reconhecimento pessoal ou fotográfico do indiciado, p. 297

Oitiva sob o crivo do contraditório, p. 297

Requerimento de retorno do inquérito policial à origem, p. 297

Direito de autor

Contrafação, p. 159

Direito ao reconhecimento da autoria, p. 159

Direito moral de autor, p. 159

Direitos da personalidade, p. 159

Direitos intelectuais, p. 159

Plágio, p. 159

Direito Processual Civil

Ação de guarda, p. 451

Declínio de competência, p. 451

Direito da criança e do adolescente, p. 451

Direito intertemporal, p. 451

Infância e juventude

Adolescente infrator portador de transtorno mental, p. 457

Liberação compulsória aos 21 anos, p. 457

Não atende à necessidade de tratamento adequado e à proteção social, p. 457

Juiz

Ação ambiental, p. 241

Prerrogativas processuais, p. 241

Júri

Impronúncia, p. 89

Tréplica e documentos em plenário, p. 89

Ministério Público

Crime de desobediência, p. 63

Inquérito civil, p. 63

Poder de requisição, p. 63

Prefeito Municipal, p. 63

Regulação

Lavagem de dinheiro, p. 180

Sistema financeiro, p. 180

Telecomunicações

Dignidade penal, p. 18

Princípio da insignificância, p. 18

Teoria geral do crime

Imputação ao tipo objetivo, p. 37

Nexo de causalidade, p. 37

Nexo normativo, p. 37

Tipo objetivo e tipo subjetivo, p. 37

SUBJECT INDEX

Arbitration

- Arbitration clause, p. 138
- Arbitration commitment, p. 138
- Law, p. 138

Constitution

- Brazilian Public Prosecution Office, p. 278
- National Constituent Assembly (NCA), p. 278
- Origins, p. 278

Copyright

- Counterfeiting, p. 176
- Intellectual rights, p. 176
- Moral rights of the author, p. 176
- Plagiarism, p. 176
- Right of paternity, p. 176
- Rights of personality, p. 176

Cruelty

- Animals, p. 239
- Municipal laws, p. 239
- Unconstitutional municipal laws, p. 239

General theory of crime

- Causal link, p. 59
- Imputation to the target type, p. 59
- Objective type and subjective type, p. 59
- Regulatory framework, p. 59

Judge

- Environmental action, p. 252
- Procedural prerogatives, p. 252

Jury

- Acquittal, p. 104
- Rejoinder and documents in plenary, p. 104

Public Prosecution Office

Civil survey, p. 86

Disobedience, p. 86

Mayor, p. 86

Request power, p. 86

Regulation

Financial system, p. 210

Money laundering, p. 210

Telecommunications

Criminal dignity, p. 33

Principle of insignificance, p. 33

Transsexual surgery

Bioethics, p. 156

Biolaw, p. 156

ÍNDICE DE AUTORES

AUTHORS INDEX

- ANDRADE, G. B. de O., p. 141
BALIZARDO, E., p. 217
CAGLIARI, J. F., p. 37
COMPLOIER, M., p. 257
CONTE, C. P., p. 17
FERREIRA, L. F. G., p. 217
FRAZÃO, L. B., p. 451
IORI NETO, R., p. 301
LENZ, L. A. T. F., p. 241
LEVAI, L. F., p. 355
MANZANO, L. F. de M., p. 457
MARQUES, K. P. R., p. 179
NASCIMENTO JUNIOR, J. M. do,
p. 301, 355
OLIVEIRA, D. Y. R. de, p. 17
OLIVEIRA, P. B. Q. de, p. 141
OLIVEIRA JÚNIOR, E. Q. de, p. 141
PINTO, R. B., p. 89
PORTUGAL, F. L. S., p. 109
ROMÃO, C. E. L., p. 17
ROSA, M. F. E., p. 283, 289, 297,
411, 445
SALGADO FILHO, N. S., p. 431
SALVADORI, M., p. 63
SALVINI, P. R., p. 421, 427
TEBET, M. A. de C., p. 63
TURESSI, F. E., p. 63
ZANINI, L. E. de A., p. 159

Projeto Gráfico



Nosso agradecimento especial à “Agência Futura!dcr Propaganda”
e ao Sr. Augusto Diegues, pelo apoio nesta empreitada.



**PROCURADORIA
GERAL DE JUSTIÇA**



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

ISSN 0101-949X



9 770 10 1 949 003