

Revista Jurídica do Ministério Público
do Estado do Amazonas



Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas

RJMPAM	Manaus	v. 11	n. 1	2010	jan/jun	p. 1 à 284
--------	--------	-------	------	------	---------	------------

©2010 Ministério Público do Estado do Amazonas

Coordenador Geral: Edgard Maia de Albuquerque Rocha

Comissão Editorial: João Gaspar Rodrigues, Maria José Silva de Aquino, Aguielo Balbi Júnior

Revisor-Geral: João Gaspar Rodrigues

Revisão e normalização: Lourinéia Reis de Sant'Anna e Wanderléia Lima da Silva

Apoio Operacional: Ed Taylor Meneses de Sousa

Diagramação: Juliano Gonçalves de Vasconcellos

2010

Procuradoria-Geral de Justiça

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF

Avenida Coronel Teixeira, n. 7995 – Nova Esperança

CEP: 69030-480 Manaus – AM

Fone: (92) 3655 0753 / 3655 0754 / 3655 0755

e-mail: ceaf@mp.am.gov.br

<http://www.mp.am.gov.br>

As ideias e opiniões nos trabalhos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas./ Publicação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF. v. 11. (Janeiro/Junho – 2010). Manaus: PGJ/CEAF, 2010.

284p.

Semestral

ISSN 1982-6982

Continuação de: Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas (2000-2005) – ISSN 1679-6233

1.Ministério Público 2. Direito - Periódico I. Título

CDD 340.5

CDU 34 (05)

Pede-se permuta

We ask for exchange

On demande exchange



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Otávio de Souza Gomes

**SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
PARA ASSUNTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONAIS**

Pedro Bezerra Filho

**SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS**

Edilson Queiroz Martins

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Nicolau Libório dos Santos Filho

OUVIDOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Evandro Paes de Farias

SECRETÁRIO-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Reinaldo Alberto Nery de Lima

**CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**

Edgard Maia de Albuquerque Rocha

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA: José Jorge Souza de Carvalho - Leôncio Salignac e Souza - Amadeu Soares Botelho - Elphego Jorge de Souza - José Augusto Teles de Borborema - Adriano Alves de Queiroz - Domingos Alves Pereira de Queiroz - Vicente de Mendonça Júnior - Geraldo de Macedo Pinheiro - João Ricardo de Araújo Lima - Newton de Menezes Vieira Alves - José Catanhede de Mattos Filho - David Alves de Mello - Mário Jorge do Couto Lopes - Carlos Alberto Bandeira de Araújo - João dos Santos Pereira Braga - Moacir de Souza Alves - Adalberto Andrade de Menezes - Aderson Pereira Dutra - Pedro da Silva Costa - Gebes de Mello Medeiros - Aguielo Balbi - Orlando dos Santos Santiago - Luiz Felipe Cordeiro de Verçosa - Aristarcho de Araújo Jorge de Mello - Evandro Paes de Farias - Mauro Luiz Campbell Marques - Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura - Cristóvão de Albuquerque Alencar Filho - Vicente Augusto Cruz Oliveira - Otávio de Souza Gomes.

PROCURADORES DE JUSTIÇA: Adalberto Ribeiro de Souza - Alberto Nunes Lopes - Antonina Maria de Castro do Couto Valle - Carlos Antônio Ferreira Coelho - Cristóvão de Albuquerque Alencar Filho - Evandro Paes de Farias - Flávio Ferreira Lopes - Francisco das Chagas Santiago Cruz - João Bosco Sá Valente - José Roque Nunes Marques - Jussara Maria Pordeus e Silva - Maria José da Silva Nazaré - Maria José Silva de Aquino - Nicolau Libório dos Santos Filho - Noeme Tobias de Souza - Pedro Bezerra Filho - Públio Caio Bessa Cyrino - Rita Augusta de Vasconcelos Dias - Sandra Cal Oliveira - Silvana Maria Mendonça Pereira dos Santos - Suzete Maria dos Santos -.

PROCURADORES DE JUSTIÇA INATIVOS: Aguielo Balbi - Ana Maria Duarte Esteves - Antonio Guedes da Silva - Aristarcho de Araújo Jorge de Mello - Áurea Márcia Bittencourt Karan - Carlos Alberto Barbosa da Silva - Edilson dos Santos Oliveira - Fernando Florêncio da Silva - Flávio de Azevedo Tribuzy - Francisco Assis Nogueira - Frederico Monteiro Barroso - Jaime Tourinho Fernandez - Jorge Abdon Karim - José Agostinho Nunes Balbi - José Maria Lopes - Luiz Félix Conceição Santos - Lupercino de Sá Nogueira Filho - Manuel Braga dos Santos - Maria Helena Monassa Abinader - Merita Azulay - Mithridates Corrêa Filho - Nestor da Costa Ferreira - Orlando dos Santos Santiago - Orlando Moreira de Souza - Pedro da Silva Costa - Salvador Conte - Telma Martins Maciel - Vicente Augusto Cruz Oliveira (em disponibilidade) - Yano René Pinheiro Monteiro.

PROMOTORES DE JUSTIÇA DE ENTRÂNCIA ESPECIAL: Adelson Albuquerque Matos - Aguinaldo Concy de Souza - Aguielo Balbi Júnior - Alberto Rodrigues do Nascimento Júnior - Ana Cláudia Abboud Daou - Anabel Vitória Pereira Mendonça de Souza - Antônio José Mancilha - Cândido Honório Ferreira Filho - Carlos Fábio Braga Monteiro - Carlos Lélío Lauria Ferreira - Cláudia Maria Raposo da Câmara Coelho - Cleucy Maria de Souza - David Evandro Costa Carramanho - Delisa Olívia Vieira Alves Ferreira - Edgard Maia de Albuquerque Rocha - Edilson Queiroz Martins - Edna Lima de Souza - Elvys de Paula Freitas - Francilene Barroso da Silva - Francisco de Assis Aires Argüelles - Francisco Lázaro de Moraes Campos - Guiomar Felícia dos Santos Castro - Izabel Cristina Chrisóstomo - Jéferson Neves de Carvalho - João de Holanda Farias - João Lúcio de Almeida Ferreira - Jorge Alberto Gomes Damasceno - Jorge Alberto Veloso Pereira - Jorge Michel Ayres Martins - Jorge Wilson Lopes Cavalcante - José Bernardo Ferreira Júnior - José Hamilton Saraiva dos Santos - José Herivelto Pereira de Oliveira - Karla Fregapani Leite - Kátia Maria Araújo de Oliveira - Leda Mara Nascimento Albuquerque - Liani Mônica Guedes de Freitas Rodrigues - Lílian Maria Pires Stone - Lorena de Verçosa Oliva - Luciana Toledo Martinho - Lucíola Honório de Valois Coêlho da Silva - Luíssa Sandra Cháxaro de Menezes - Mara Nóbila Albuquerque da Cunha - Marco Aurélio Lisciotto - Maria Cristina Vieira da Rocha - Maria da Conceição Silva Santiago - Maria das Graças Gaspar de Melo - Maria Eunice Lopes de Lucena Bitencourt - Maria Piedade Queiroz Nogueira Belasque - Marlene Franco da Silva - Marlianda Maria Cunha Dutra - Mauro Roberto Veras Bezerra - Mirtil Fernandes do Vale - Nasser Abraham Nasser Neto - Neyde Regina Demósthene Trindade - Nilda Silva de Sousa - Paulo Stélio Sabbá Guimarães - Raimundo David Jerônimo - Rogeanne Oliveira Gomes da Silva - Rogério Marques Santos - Ronaldo Andrade - Ruy Malveira Guimarães - Sarah Pirangy de Souza - Sheila Andrade dos Santos - Silvana Nobre de Lima Cabral - Silvana Ramos Cavalcanti - Sílvia Abdala Tuma - Simone Braga Lunière da Costa - Solange da Silva Guedes Moura - Tereza Cristina Coêlho da Silva - Vicente Augusto Borges Oliveira - Walber Luiz Silva do Nascimento - Wandete de Oliveira Netto.

PROMOTORES DE JUSTIÇA DE 1ª ENTRÂNCIA: Adriano Alecrim Marinho - Álvaro Granja Pereira de Souza - André Alecrim Marinho - André Luiz Medeiros Figueira - André Virgílio Belota Sefair - Aurely Pereira de Freitas - Carla Santos Guedes - Carlos José Alves de Araújo - Carlos Sérgio Edwards

de Freitas - Christianne Corrêa Bento da Silva - Clarissa Moraes Brito - Cláudio Sergio Tanajura Sampaio - Daniel Leite Brito - Darlan Benevides de Queiroz - Davi Santana da Câmara - Edinaldo Aquino Medeiros - Elis Helena de Souza Nóbile - Elizandra Leite Guedes de Lira - Evandro da Silva Isolino - Géber Mafra Rocha - George Pestana Vieira - Gerson de Castro Coelho - Hilton Serra Vianna - Ítalo Klínger Rodrigues do Nascimento - João Gaspar Rodrigues - João Ribeiro Guimarães Netto - Laís Rejane de Carvalho Freitas - Lauro Tavares da Silva - Leonardo Abinader Nobre - Lincoln Alencar Queiroz - Marcelo Pinto Ribeiro - Márcio Fernando Nogueira Borges de Campos - Maria Betusa da Silva Araújo - Mário Ypiranga Monteiro Neto - Raimundo do Nascimento Oliveira - Reinaldo Alberto Nery de Lima - Renata Cintrão Simões de Oliveira - Renilce Helen Queiroz de Sousa - Rodrigo Miranda Leão Júnior Romina Carmem Brito Carvalho - Sandra Maria Cabral Miranda - Sheyla Dantas Frota de Carvalho - Simone Martins Lima - Válber Diniz da Silva - Valderclei Martins Castilho - Vânia Maria do Perpétuo Socorro Marques Marinho - Vivaldo Castro de Souza.

PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS: Alessandro Samartin de Gouveia - Carolina Monteiro Chagas Maia - Cláudio Roberto Barbosa de Araújo - Daniel Silva Chaves Amazonas de Menezes - Edmara de Abreu Leão - Igor Starling Peixoto - José Felipe da Cunha Fish - Luiz Alberto Dantas de Vasconcelos - Marcelo Augusto Silva de Almeida - Márcio André Lopes Cavalcante - Roberto Nogueira - Sissi Marlene Dietrich Schwantes - Vítor Moreira Fonseca - Yara Rebeca Albuquerque Marinho

PROMOTORES DE JUSTIÇA INATIVOS: Alfredo da Silva Santana - Aloísio Rodrigues de Oliveira - Aluísio Pereira de Lima - Antônio Alves Santana - Antônio Raimundo Barros de Carvalho - Bernardo José Antunes - Carlos Alberto de Moraes Ramos - Carlos Alberto Loureiro Pinagê - Clodualdo de Souza Pinheiro - Colmar Rabelo de Medeiros - Dário Alves da Cruz - Edilson Freire - Elias de Oliveira Chaves - Felipe Antônio de Carvalho - Fernando Antônio Ferreira Lopes - Flávio Queiroz de Paula - Francisco Gomes da Silva - Francisco José de Menezes - Gilberto Ramos da Silva - Jessé Soares Ferreira - João Batista dos Santos - João Valente de Azevedo - João Florêncio de Menezes - Jonas Neto Camêlo - Jones Karrer de Castro Monteiro - Joquebede de Oliveira Souza - José Bento Cosme - Léa Regina Pereira Mattos - Luiz Tadeu Calderoni - Manuel Edmundo Mariano da Silva - Maria Nazareth da Penha Vasque Mota - Maria Neide de Andrade Bezerra - Nicolau Silva de Oliveira - Nilza Rodrigues de Almeida - Paulo Cardoso de Carvalho - Raimundo Andrade Bentes - Teófilo Narciso de Mesquita Neto - Waldir Rosas dos Santos.

PROMOTORES-ADJUNTOS INATIVOS: Carlos Augusto de A. Marques - Eutichio Haidem Vieira.

PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS INATIVOS: José Cruz da Silva - Mário Diogo de Melo.

In memoriam:

PROCURADORES DE JUSTIÇA: Tabira Rodrigues Fortes - Roberto de Aquino Valle - Luiz Felipe Cordeiro de Verçosa - Ivan Coelho Cintra - Marflia Marques de Oliveira - Marcus Vinícius Guedes de Lima - Geraldo de Macedo Pinheiro - Antonio Alexandre Pereira Trindade - Osmar Rodrigues Bento - Pedro de Souza Lira - Silis Campello Moslay - Mário de Mello Bittencourt - Raimundo Nonato Coelho - Gebes de Mello Medeiros - José Ribamar Prazeres Coelho - Carlos Alberto Bandeira de Araújo.

PROMOTORES DE JUSTIÇA: Altair Ferreira Thury - Amadeu Soares Botelho - América Amorim Antony - Arary Campos C. Lima - Ariosto Lopes Braga - Ary Tapajós Cahn - Blás Torres Filho - Danilo do Silvan - Eduardo Bentes Guerreiro - Fernando B. V. Gonçalves - Francisco Jorge Noronha - Frederico A. R. da Câmara - Giovanni Figliuolo - Hugo Coelho Cintra - José Lúcio Paiva - Juarez Tavares Bandeira - Lúcia Cistina C. Barros - Rafael Barbosa Amorim - Raimundo Carlos Sampaio - Renato Ribeiro da Rocha - Roger Oliveira Gama da Silva - Sebastião José M. de Paiva - Afonso Acampora - Francisco Sá P. Passos - Isaac Marcus Pinto - José de Araújo Mendes - Lauro Barbosa da Costa - Luiz Cartas Cáffaro - Sebastião Norões - Cássio de Gouvêa D. Cavalcante.

Sumário

Apresentação	11
Doutrina	
A Aplicação do Princípio da Insignificância no Direito Penal Ambiental	16
<i>Fernanda Miranda Ferreira de Mattos</i>	
<i>Diogo de Oliveira Lins</i>	
A Competência da Justiça Federal nos Crimes Ambientais	49
<i>João Gaspar Rodrigues</i>	
Análise do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos – CBPC	77
<i>Daniel Antonio de Aquino Neto</i>	
Costumes Tradicionais em Conflito com Direitos da Pessoa Humana	97
<i>Daniel Antonio de Aquino Neto</i>	
<i>Roger Almeida</i>	
Estado, Gestão Pública e Participação social no Brasil: Reflexões sobre eficiência, qualidade, efetividade e satisfação do interesse público	115
<i>Raimundo do Nascimento Oliveira</i>	
<i>Raiana Cunha Oliveira</i>	
<i>Rainer Cunha Oliveira</i>	
<i>Ana Maria da Cunha Oliveira</i>	
Estudo de Impacto de Vizinhança e a Busca pela Sustentabilidade dos Espaços Urbanos	135
<i>Fernanda Miranda Ferreira de Mattos</i>	
O Procedimento de Restauração de Autos no Processo Penal	163
<i>João Gaspar Rodrigues</i>	
O uso indiscriminado de algemas: Aspectos polêmicos da súmula vinculante n.º 11	177
<i>Nayara Magalhães Neves</i>	
Origem e evolução histórica do Direito Ambiental	197
<i>Luciana Toledo Martinho</i>	

Tribunal de contas no controle dos gastos públicos 215

Ivana Mussi Gabriel

Trabalho Forense

**Parecer em Apelação – Falta de cobertura do tratamento médico indicado
ao paciente 249**

Maria José da Silva Nazaré

**Parecer em Apelação – Rescisão contratual em indenização decorrente
de atraso na entrega de imóvel 261**

Maria José da Silva Nazaré

Possibilidade de restituição de dinheiro na falência 269

Kátia Maria Araújo de Oliveira

Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta nº 030/2009 277

Aguinelo Balbi Júnior

Apresentação

Ao cabo de dez (10) anos de existência, a Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas aparece, atualmente, no cenário nacional, como um dos cadernos procurados como fonte de informação jurídica, fato que enobrece o quadro dos operadores do direito de nossa instituição, que conta com a participação de briosos colaboradores, cujas ações resultaram num conteúdo técnico e científico atualizado.

O reconhecimento da qualidade do trabalho deve-se, em grande parte, ao comprometimento do seu Conselho Editorial, pela qualidade e honestidade dos trabalhos publicados, como se tivesse observando a

chamada feita pelo saudoso Roberto Lyra aos jurados, em sua memorável obra *Como Julgar, como Defender, Como Acusar: "Confio em vós, jurados! Não faltareis ao compromisso afiançado pela honra, policiado pela consciência, preso à verdade e à justiça. Para homens de*

bem, acima das injunções e contingências, estão os imperativos da dignidade...". A prática da justiça, em qualquer de suas formas, exige de quem promove ou de quem julga, a observância desses elementos essenciais.

Construir um conceito de qualidade exige dos autores um ingrediente a mais, principalmente quando recai sobre eles uma demanda pesada, como é o caso dos membros do nosso Ministério Público, que necessitam dividir o tempo disponível com as atribuições concernentes à defesa do interesse público e às necessárias atividades de qualificação funcional que, dentre

A Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas aparece, atualmente, no cenário nacional como um dos cadernos procurados como fonte de informação jurídica.

os instrumentos utilizados, encontra-se a publicação desse importante informativo técnico-científico. Tudo fica mais árduo quando o objeto da operacionalidade é a interpretação do direito que, por ser uma ciência eminentemente crítica, dá margem a vários caminhos de entendimento jurídico.

Foi importante não desistir, perseverança essa que redundou na consolidação desta conceituada Revista de publicação seriada, fruto da qualidade de seus autores e de sua insistência.

O Conselho Editorial

Doutrina

A Aplicação do Princípio da Insignificância no Direito Penal Ambiental

Fernanda Miranda Ferreira de Mattos^{1*}

Diogo de Oliveira Lins^{2**}

Sumário: 1 Introdução. 2 A evolução do pensamento ecológico e a consagração do meio ambiente como direito constitucional. 3 Tutela penal do meio ambiente. 4 Base principiológica do direito penal moderno. 4.1 O garantismo no direito penal. 5 Princípio da Insignificância ou Bagatela. 5.1 Delito ambiental insignificante. 5.2 A interpretação do princípio da insignificância no direito penal ambiental. 5.3 A jurisprudência e o princípio da insignificância no direito penal ambiental. 6 Conclusão. Notas explicativas. Referências.

Resumo: A relevância jurídica na tutela do bem ambiental levou o legislador a criminalizar condutas ofensivas ao meio ambiente, independente de sua responsabilidade administrativa ou civil. A Lei n. 9.605/98 surge como importante diploma normativo na proteção do meio ambiente. No entanto, a aplicação do Direito Penal ao Direito Ambiental tem sido bastante questionada, vez que já previstas para os ilícitos penais sanções administrativas e civis. Nessa linha, problematiza-se o tema com a seguinte indagação: O Princípio da Insignificância é aplicado aos delitos ambientais? Após uma análise preliminar da evolução do pensamento ecológico e da constitucionalização do direito ao meio ambiente, bem como das transformações que vêm ocorrendo dentro do Direito Penal, sintetizadas na tendência da Intervenção Mínima, o artigo instaura a discussão sobre o tema, demonstrando a divergência na doutrina e jurisprudência. A relevância do estudo está no confronto jurídico que se estabelece entre a necessária proteção do meio ambiente e a sanção penal como *ultima ratio*.

Palavras-chave: Direito Penal Ambiental. Crimes Ambientais. Princípio da Insignificância.

1 * Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas e em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Procuradora do Município de Manaus/AM.

2 ** Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas. Diretor de Secretaria da 2ª. Vara da Comarca de Iranduba/AM.

1 Introdução

O Direito Ambiental construiu princípios, normas e criou os instrumentos processuais para garantir a preservação do meio ambiente. A atual Constituição consagra essa preocupação, quando em seu artigo 225 preceitua que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. Ainda neste artigo, constitucionalizou a responsabilidade penal em seu § 3º, sujeitando o agente poluidor às sanções penais, independente da obrigação de reparar os danos causados.

Surge a Lei n. 9.605/98, Lei de Crimes Ambientais, como importante instrumento normativo de repressão às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. A relevância do bem ambiental, como realização do próprio direito à vida, justifica a intervenção do Direito Penal como *ultima ratio*.

No entanto, o panorama atual do Direito Penal é de profunda crise, surgindo a necessidade de reavaliação de seus institutos, retomando-se a discussão da legitimidade e limites do poder punitivo do Estado. A punição penal não deve ser tida como ferramenta para correção de disfuncionalidades no sistema social, mas uma verdadeira exceção, reservando-se ao critério de extrema medida.

A discussão alcança, portanto, o Direito Ambiental, principalmente no que consiste à criminalização de condutas lesivas ao meio ambiente. Com base na corrente teórica e jurisprudencial da Intervenção Mínima do Direito Penal, parte da doutrina vem admitindo a aplicação do Princípio da Insignificância ou Bagatela aos delitos ambientais.

Por outro lado, o fato do Direito Ambiental estar relacionado ao resguardo do próprio direito à vida e à realização da dignidade humana leva a maior parte dos teóricos do Direito a defender a aplicação do Direito Penal, não só como instrumento

repressivo, mas como necessário à própria prevenção da mutilação ecológica. Ademais, em matéria de meio ambiente, grandes são as dificuldades em se distinguir entre o significativo e socialmente relevante, a fim de justificar a aplicação do Princípio da Insignificância.

O presente artigo traça um panorama entre as preocupações com a proteção ao meio ambiente, que levaram à criminalização de determinadas condutas, e a tendência atual de descriminalização e de intervenção mínima do Direito Penal. Confrontam-se os argumentos acerca da admissibilidade da aplicação do Princípio da Insignificância nos crimes ambientais e o reflexo da divergência nos tribunais, através de análise jurisprudencial acerca do assunto.

2 A evolução do pensamento ecológico e a consagração do meio ambiente como direito constitucional

Em seu artigo 225, *caput*, a Carta Constitucional de 1988 erigiu ao patamar de direito humano fundamental¹² o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

Reconhecendo-o como direito fundamental do indivíduo, a Constituição Federal busca realizar fundamento da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana. Inequívoca, portanto, a intrínseca relação que se estabelece entre o artigo 225 e o próprio direito à vida, como descrito por Harb (*apud* MELO, 2004, p. 235):

Não é sem-razão, portanto, o reconhecimento da estreita ligação entre os direitos humanos e o meio ambiente, na medida em que, indubitavelmente, existe uma relação indissociável entre Direitos Humanos e Meio Ambiente. Em síntese, o respeito ao direito do meio ambiente equilibrado implica, necessariamente, na defesa do direito à vida, que é o mais básico dos direitos fundamentais, nele se inserindo por visar diretamente

à qualidade de vida (Art. 225, *caput*, CF/88) como meio de atingir a finalidade de preservação e proteção à existência, em qualquer forma que esta se manifeste, bem como condições dignas de existência à presente e às futuras gerações.

A ação predatória do homem sobre a terra é tão antiga quanto a sua existência. É possível verificar já nas sociedades primitivas atividades prejudiciais ao meio ambiente. O homem sempre recorreu à natureza para atender as suas necessidades.

Segundo Spinola (2001, p. 210), na segunda metade do século XVIII, em plena Revolução Industrial, as transformações econômicas advindas não só deram base ao sistema de produção capitalista, mas também alavancaram a substituição do artesanato pela manufatura e conseqüente agressão e desrespeito ao meio ambiente.

No final da década de 60 e início dos anos 70, as preocupações com a degradação e poluição do meio ambiente ganharam força. Movimentos pró-meio ambiente surgiram na Europa e Estados Unidos. Dentre estes movimentos, o que primeiro repercutiu mundialmente foi o chamado Clube de Roma.

Em 16 de junho de 1972, reuniu-se em Estocolmo a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, onde foram discutidos os problemas do crescimento populacional e a degradação causada pelo avanço econômico e esgotamento dos recursos naturais. Fundada em vinte e seis Princípios, a Declaração de Estocolmo construiu um novo entendimento político-social e jurídico do meio ambiente e da corresponsabilidade mundial na sua proteção.

As discussões de 72 explicitaram os conflitos entre os países desenvolvidos e os não desenvolvidos. Consoante Soares (2003, p.35), o Brasil defendeu à época o desenvolvimento a qualquer custo, não reconhecendo a gravidade dos problemas ambientais.

Freitas (2006, p. 06) destaca o ano de 1975, quando foi realizado o XII Congresso Internacional de Direito Penal em Varsóvia e aprovada a resolução que trata como delitos contra a humanidade os crimes ambientais, devendo ser submetidos à grave repressão.

A ECO/92 (Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento) realizada no Rio de Janeiro, 20 anos depois de Estocolmo, constatou que os avanços, em matéria de meio ambiente não haviam sido tão significativos, que muitos problemas estavam ainda presentes e que as agressões contra a natureza acentuaram-se em alguns países, devido a processos industriais, agrícolas ou urbanos desordenados.

Sem dúvida, a importância da Declaração do Rio encontra-se na divulgação do conceito de desenvolvimento sustentável. Consagrou a proteção dos interesses das presentes e futuras gerações, fixou os princípios básicos de uma política ambiental global e de um direito ao desenvolvimento e reconheceu a responsabilidade dos países industrializados como causadores dos danos provocados ao patrimônio ecológico mundial.

A Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano (Estocolmo, 1972) e as conclusões da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (Rio de Janeiro, 1992) traçaram os princípios ético-ambientais, norteadores das políticas e ações dos Estados, na busca de uma relação harmônica e equilibrada a ser estabelecida entre a atividade econômica, meio ambiente e bem-estar da sociedade.

Considerado, portanto, o meio ambiente como bem jurídico de extrema importância, relacionado com a própria garantia do direito à vida, o Direito Penal, independente da responsabilidade civil e administrativa, assume sua proteção, reprimindo com sanções penais, nos termos do artigo 225, §3º da Constituição Federal, as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, praticadas por pessoas físicas ou jurídicas.

3 Tutela penal do meio ambiente

Para Toledo (2002, p.17), “bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extras - penais”. Inegável, pois, que o meio ambiente exige tal proteção especial.

A Lei n. 6.938/81, ao definir o meio ambiente em seu artigo 3º, o caracteriza como sendo o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. A lesão a algum desses elementos repercute nos demais, haja vista a cadeia ecológica por eles formada.

É imperioso considerar que uma mesma ação pode causar diferentes danos: pessoais, patrimoniais ou ecológicos. Cruz (1997, p.07) exemplifica esse caráter tridimensional trazendo a seguinte situação:

A poluição de um rio pode causar danos na saúde dos banhistas desprevenidos, das pessoas que bebam água contaminada ou daquelas que consumam o peixe aí pescado ou os produtos agrícolas cultivados nas suas margens; pode provocar danos patrimoniais aos proprietários e aos agricultores ribeirinhos, aos pescadores cuja subsistência dependa do rio inquinado ou aos operadores turísticos na região; como causará igualmente danos ecológicos traduzidos na destruição da fauna e da flora do rio, assim como na perda da qualidade da água, necessários ao normal equilíbrio ecológico do ecossistema danificado.

De acordo com Mirra (2002, p. 89), a lesão inclui a degradação dos aspectos naturais, culturais e artificiais e dos bens corpóreos e incorpóreos que compõem o meio ambiente, importando em verdadeira ruptura do equilíbrio ecológico,

subsumindo-se na violação do direito difuso e fundamental de todos ao meio ambiente são e ecologicamente equilibrado. Ao Direito Penal incumbe a tutela do meio ambiente em todas as suas características e manifestações.

Não obstante as preocupações ambientais tenham adquirido força após a década de 70 e, no âmbito penal brasileiro apenas com a edição da Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, algumas legislações dispersas já traziam a previsão de crimes e contravenções relacionados direta e indiretamente à proteção do meio ambiente.

Segundo Freitas (2006, p. 08), data de 1934 a primeira previsão de crimes e contravenções ambientais, no Decreto n. 23.793/34. Em 1940, o Código Penal consignou como típicas algumas condutas atentatórias à proteção da saúde e mediatamente protetoras do meio ambiente, como a corrupção e poluição de água potável do artigo 271. Destaca, ainda, que o Código Florestal (Lei n. 4.771/65) e a Lei de Proteção à Fauna (Lei n. 5.167/67) estabeleceram alguns tipos contravencionais. Pós Constituição de 1988, alguns crimes específicos foram introduzidos pela Lei n. 7.802/82, Lei dos Agrotóxicos e na Lei n. 7.804/89, que dispõe sobre o crime de poluição sob qualquer forma.

A Lei n. 9.605/98, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais, buscou centralizar em um único diploma legislativo os comportamentos lesivos ao meio ambiente, em todas as suas dimensões, dispondo sobre as sanções penais e administrativas a eles aplicáveis.

A responsabilidade penal recai sobre aquele que concorre para a prática dos crimes, na medida de sua culpabilidade, prevendo tipos punidos a título de dolo e de culpa. Admite o artigo 2º da lei, ainda, a responsabilidade do diretor, administrador, membro do conselho e de órgão técnico, do auditor, gerente, preposto ou mandatário da pessoa jurídica, que por conduta

omissiva deixar de impedir a prática do crime, dele conhecendo e podendo agir para evitá-lo.

Definindo as condutas sujeitas à sanção penal, a Lei de Crimes Ambientais encontra-se estruturada da seguinte forma: os crimes contra a fauna estão previstos entre os artigos 29 e 35; os contra a flora dos artigos 38 a 52; crimes de poluição e outros entre os artigos 54 a 61; crimes contra o patrimônio urbano e o patrimônio cultural entre os artigos 62 e 65 e os contra a administração ambiental entre os artigos 66 e 69.

Para os crimes punidos com detenção, a Lei n. 9.605/98 prevê penas que variam entre o mínimo de três meses e o máximo de três anos. Para reclusão o mínimo entre as penas será de seis meses e o máximo de cinco anos. Assim, para os crimes ambientais, a maior pena cominada *in abstracto* será de 05 anos. Os artigos 14 e 15 da lei trazem as circunstâncias agravantes e atenuantes a serem consideradas pelo juiz na sentença penal condenatória, a qual deverá, sempre que possível, fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração.

Nos crimes ambientais cuja pena máxima não seja superior a dois anos, cumulada ou não com multa, admite-se a transação penal prevista na Lei n. 9.099/95. No entanto, para efetivação da proposta de transação e aplicação imediata de pena restritiva de direito, o artigo 27 da Lei n. 9.605/98 exige a prévia composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

As excludentes de ilicitude estão previstas no artigo 37 da Lei de Crimes Ambientais, contemplando o estado de necessidade e a legítima defesa, nos crimes contra a fauna.

4 Base principiológica do direito penal moderno

A Lei de Crimes Ambientais foi criada em um momento de questionamento acerca da necessidade de uma intervenção mais reduzida do Direito Penal, a qual se funda em bases

constitucionais e garantistas e defende a incidência da norma penal apenas como a última alternativa legítima de controle social.

Nesse cenário, tem sido discutida a relevância social de alguns comportamentos incriminados pela Lei de Crimes Ambientais, que suscitariam a aplicação de princípios interpretativos como o da Insignificância.

Por este princípio, as normas incriminadoras devem se ocupar das ofensas aos bens jurídicos fundamentais, delegando para os outros ramos jurídicos as demais ilicitudes. Significa dizer que o Estado não deve utilizar-se do Direito Penal e da imposição de sua drástica sanção se houver a possibilidade de composição dos conflitos sociais com instrumentos não penais.

Nucci (2007, p.70) assevera que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito e, conseqüentemente, à ineficiência de seus dispositivos, em decorrência de sua inaplicabilidade pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública.

Se o Direito Penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal. (FERRAJOLI, 2006, p. 427).

Pelo Princípio da Fragmentariedade, o Direito Penal não encerra um sistema exaustivo de proteção a bens jurídicos, recaindo apenas sobre as condutas de maior gravidade, lesivas aos valores mais elevados do convívio social, como o direito à vida, ao patrimônio e à honra.

Muñoz Conde (*apud* BARROS, 2008, p.4) sintetiza o caráter fragmentário do Direito Penal em três aspectos:

a) a lei deve incriminar as condutas que atacam o bem jurídico de forma mais grave, exigindo determinadas intenções e tendências, abstendo-se de punir a forma culposa; b) nem todas as condutas ilícitas à luz dos outros ramos do direito devem ser tipificadas como crime; c) a lei não deve incriminar as ações meramente imorais.

Corolário da Fragmentariedade, segundo o Princípio da Subsidiariedade, o Direito Penal só deve intervir quando os outros ramos do Direito apresentarem-se insuficientes ou fracassarem na prevenção ou punição da conduta reprovada socialmente, revelando a subsidiariedade do ramo.

De acordo com o Princípio da Lesividade ou Ofensividade, o Direito Penal ocupa-se da conduta do indivíduo com relação ao outro que teve seu bem jurídico ofendido. Cuida apenas dos elementos externos da ação e de seus efeitos maléficos na sociedade, afastando de qualquer incidência de intervenção as condutas internas ou individuais que não afetem bens jurídicos tutelados e que, portanto, sejam apenas moralmente ou religiosamente reprováveis. A conduta deve atingir bem jurídico alheio, saindo do âmbito do autor.

Nas palavras de Roxin (*apud* BATISTA, 2007, p 91), “só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral”.

O tipo penal incriminador deve apresentar ofensividade sob pena de contrariar não só este princípio, mas também os da Fragmentariedade e Subsidiariedade.

O Direito Penal deve cuidar tão somente da prevenção de atitudes que onerem gravemente os bens fundamentais de um corpo social. Só assim estará legitimada a via draconiana da intervenção punitiva, ante sua essência violenta, tolerando-se sua ação no mínimo possível.

4.1 O Garantismo no direito penal

As novas formas de violações aos bens jurídico-penais tonificaram um processo de inflação legislativa, com a consequente ampliação das possibilidades de incriminação dos comportamentos humanos. O legislador penal tem ampliado sobremaneira os seus limites, criminalizando ações não geradoras de lesão ou perigo concreto de lesão, no afã de dar à sociedade um falso sentimento de segurança.

É comum o funcionamento do aparelho estatal brasileiro com toda a sua força para perseguir e punir o indivíduo, sob o discurso da obediência à legalidade prescrita na organização do Estado. Mas, ao mesmo tempo, revela-se este mesmo Estado permissivo quando o fato social se refere à preservação de algum direito social. O Estado que se funda no imperativo da legalidade para impor o sistema punitivo ao cidadão, não respeita esse mesmo conceito para proteção e garantia dos direitos individuais.

No Estado de Direito, qualquer ação que tenha como resultado o cerceamento de direitos deve atender à estrita autorização, bem como ser legítima e adequada. O Direito Penal é, atualmente, antropológicamente fundado, devendo ter como centro de preocupação a pessoa e sua dignidade, que deve permear todos os seus âmbitos, preenchendo-os de conteúdo material. (COSTA, 2001, p. 59)

O poder de punir do Estado, para ser considerado como legítimo, deve limitar-se a intervenções que não violem a ordem constitucional vigente o que só ocorre quando propõe regramentos que observem a preservação e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, destacam-se as reflexões trazidas pela Teoria do Garantismo creditada a Ferrajoli (2006, p.412), que busca uma proposta minimizadora da intervenção penal, através

do uso deflacionado dos bens jurídicos penais e das proibições legais, como premissa para sua legitimação.

A Carta Constitucional Brasileira consigna princípios que buscam atender a essa característica garantista que deve orientar o *jus puniendi* estatal: princípio da jurisdição; princípio do contraditório e da ampla defesa; princípio da presunção de inocência; princípio do devido processo legal; princípio da individualização da pena; princípio da legalidade; princípio da anterioridade da lei penal; princípio do respeito à dignidade da pessoa humana.

Verifica-se uma grande resistência por parte dos operadores do direito na adoção prioritária de tais princípios a fim de corrigir as injustiças das normas infraconstitucionais.

A Teoria Garantista sugere ainda a efetiva aplicabilidade do Princípio da Lesividade, cujas características foram traçadas acima, segundo o qual só se admite a intervenção penal quando afetados bens jurídicos fundamentais.

5 Princípio da Insignificância ou Bagatela

Não obstante a doutrina atribua ao Direito Romano a origem histórica do Princípio da Insignificância, com base na máxima constante do brocardo jurídico de *minimis non curat praetor* (o pretor não cuida de ninharias), foi a partir do século XX que o mesmo surgiu de forma significativa, quando o desemprego e a escassez de alimentos na Europa, decorrentes das duas guerras mundiais, estimularam a prática de pequenos delitos - como a subtração de bens de mínima relevância econômica - que recebiam a denominação pelos juristas alemães de criminalidade de bagatela (*bagatelledelikte*).

O considerado crime de bagatela tem por característica a repercussão patrimonial mínima e, justamente por não dar causa a prejuízo relevante a terceiro, não deve sujeitar-se aos

efeitos rigorosos do Direito Penal, excluindo, desde logo, danos de pouca monta, partindo-se da asserção de que uma conduta somente pode ser proibida com uma pena quando resulta de todo incompatível com os pressupostos de uma vida pacífica, livre e materialmente assegurada. O moderno Direito Penal não se vincula a uma imoralidade da conduta, senão ao seu potencial de dano social.

O princípio atinge o tipo em seu aspecto material, descriminalizando a conduta que sob o ângulo da política criminal não merece nenhuma reprimenda.

Embora haja uma ampla aceitação jurisprudencial do Princípio da Bagatela, muitas críticas ainda recaem sobre a sua aplicação como causa supralegal de exclusão da tipicidade. É certo que referida oposição provém de uma corrente bastante conservadora, que ainda resiste às mudanças do Direito Penal Moderno.

Entre as críticas, sustentam alguns que o Princípio da Insignificância possui elevada carga subjetiva, em razão de sua indeterminação conceitual no que tange à quantidade de lesão necessária para configurar-se um delito, o que levaria à insegurança jurídica.

Ora, a própria jurisprudência vem fixando critérios para aplicação do princípio. A resistência se dá em razão da tradição demasiadamente positivista no sistema brasileiro, que ainda se apegava à lei como fonte exclusiva do Direito, o que não mais se coaduna com os tempos atuais.

Há os que defendem que o Princípio da Insignificância não possui mais aplicabilidade em razão da edição da Lei n. 9.099/95, por entender que no referido diploma o legislador definiu quais delitos merecem uma repressão mais branda do Direito Penal. No entanto, não há que se confundir as infrações de menor potencial ofensivo com o crime de bagatela, pois em relação às primeiras há a reprovação social da conduta diante

da lesão ao bem jurídico protegido, submetendo-se o autor a um procedimento diferenciado, com alternativas à segregação do indivíduo como sanção. Nos crimes de bagatela, configura-se a falta de reprovação social, que acarreta a atipicidade da conduta, legitimada esta pelos princípios explícitos que consagram o Estado Democrático de Direito, entre eles a Legalidade e a Dignidade Humana.

Embora se trate de uma regra de aplicação fática e, como tal, deva considerar todas as nuances do caso concreto, alguns critérios foram sendo construídos para aplicação do Princípio da Bagatela. Para Nucci (2007, p. 217), há três regras, que devem ser seguidas, para aplicação do princípio da insignificância:

- 1) O bem jurídico afetado não pode ser de grande valor para a vítima;
- 2) Não pode haver excessiva quantidade de um produto unitariamente considerado insignificante;
- 3) Não pode envolver crimes contra a administração pública, de modo a afetar a moralidade administrativa.

Alguns elementos para aplicação do princípio também vêm sendo considerados pelo Supremo Tribunal Federal que, em suas decisões, considera como pressupostos para a configuração da infração bagatelar os seguintes:

- (a) a mínima ofensividade da conduta do agente,
- (b) a nenhuma periculosidade social da ação,
- (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e
- (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Tais requisitos devem ser tidos como verdadeiros balizadores das decisões dos magistrados e tribunais brasileiros.

Cabe ao Poder Judiciário velar pela coesão dos valores contidos na norma constitucional, evitando que distorções possam ocorrer no funcionamento do sistema punitivo, a ponto

de comprometer um dos pilares de maior sustentabilidade do Estado Democrático de Direito, que é a preservação da dignidade da pessoa humana.

5.1 Delito ambiental insignificante

Conquanto o Princípio da Bagatela não esteja consignado expressamente na legislação brasileira, conforme exposto *supra*, o mesmo é amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência, como instrumento da tendência da intervenção mínima que assumiu o Direito Penal moderno. Diante da subsidiariedade da legislação penal comum, questiona-se a aplicabilidade do referido princípio no Direito Penal Ambiental.

O problema, *in casu*, centra-se na definição de lesão ambiental insignificante, diante da tutela do meio ambiente como bem jurídico relacionado à própria vida humana e das múltiplas dimensões e repercussões que caracterizam o ilícito ao meio ambiente. Afinal, a aplicação do Princípio da Insignificância somente se justifica quando o aplicador da norma se vê diante de uma conduta que embora esteja tipificada como crime, não possui a relevância social que lhe imponha uma condenação. Freitas (2006, p. 07) destaca:

No entanto, em matéria de meio ambiente, nem sempre é fácil distinguir o que é e o que não é significativo. Por exemplo, a morte de uma arara azul não pode ser considerada irrelevante, pois se trata de espécie em extinção. Assim, o magistrado para rejeitar uma denúncia ou absolver o acusado, deverá explicitar por que a infração não tem importância.

Diante dessa dificuldade em se estabelecer critérios para aplicação do Princípio da Insignificância, a doutrina tem divergido quanto a sua admissão nos delitos ambientais, conforme será tratado.

5.2 A interpretação do princípio da insignificância no direito penal ambiental

O artigo 6º da Lei n. 9.605/98, ao dispor sobre a aplicação da pena nos crimes contra o meio ambiente, consigna:

Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:

I – a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente;

II – os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;

III – a situação econômica do infrator, no caso de multa.

Os que admitem a utilização pelo julgador do Princípio da Insignificância nos tipos penais descritos pela Lei n. 9.605/98 partem da interpretação do referido dispositivo, especificamente do teor de seu inciso I, que impõe a necessidade de que o fato seja grave e tenha repercussões negativas no meio ambiente. Inexistindo a gravidade, o ilícito não ensejará a responsabilização penal, embora autorize as sanções de natureza civil e administrativa (WILLEMANN, 2005). Essas últimas serão suficientes para tutelar o bem jurídico atingido (meio ambiente), resguardando-se a fragmentariedade e subsidiariedade características da norma penal.

Costa Neto (2001, p. 163/164) ao tratar do Princípio da Insignificância em obra específica acerca dos crimes ambientais assevera:

... a formação do juízo de tipicidade não pode prescindir hodiernamente da observância de dois importantes princípios, os quais sejam: o princípio da adequação social e o princípio da insignificância. Pelo primeiro, impõe-se aferir se a conduta tipificada configura ou não um comportamento socialmente permitido,

considerando-se como parâmetro os padrões médios de ética e moralidade vigentes na sociedade. Quanto ao segundo, sob a perspectiva de um Direito Penal de intervenção mínima, recomenda-se verificar se o fato penalmente tipificado não constitui uma bagatela, em face da diminuta repercussão da conduta sobre o bem jurídico protegido.

Insta salientar que o princípio não possui aplicação no plano abstrato. A ação delituosa deve ser avaliada levando em conta o resultado e o grau de lesividade ou ofensividade ao bem ambiental tutelado (fauna, flora, patrimônio urbano e cultural, administração ambiental) e a necessidade de imposição de pena. O princípio reconhece a atipicidade do crime (atinge a tipicidade material), absolvendo o acusado.

Não se confunde, ainda, o Princípio da Insignificância com os delitos de menor potencial ofensivo, cuja reprimenda menos severa foi explicitamente determinada pelo artigo 27 da Lei de Crimes Ambientais, ao autorizar a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, como já salientado, vez que contêm uma carga de reprovação social, mínima que seja. O delito insignificante, ao não possuir sequer tipicidade material, não se sujeita a tal reprovação social, em nenhum grau, diante da irrelevância de seu resultado.

O que se constata, no entanto, é que o âmbito de aplicação do Princípio da Insignificância no Direito Penal Ambiental é muito restrito, justificado pelo caráter tridimensional do ilícito ambiental, hábil a provocar reflexos não só ecológicos, mas pessoais e patrimoniais. A dificuldade está em poder se afirmar até que ponto uma conduta é inócua ao equilíbrio ecológico e à sadia qualidade de vida, consagrados constitucionalmente.

Explicitando o conflito, Côrrea (2002, p. 12) narra a seguinte situação:

Imaginemos, por exemplo, o transeunte que joga uma embalagem de refrigerante 'pet' em uma reserva

ecológica. Da mesma forma, o fazendeiro que lança uma pilha à margem de um riacho que corta sua propriedade. E por fim o turista que mesmo tendo conhecimento que uma determinada espécie encontra-se em extinção captura-a.

Estas condutas são, aparentemente, irrelevantes para o Direito Penal, portanto, adequadas para a aplicação do princípio da insignificância.

Entretanto, o Direito Penal Ambiental tem como fito maior, a tutela a um meio ambiente harmônico, e os três casos acima relatados mostram-se danosos à este equilíbrio.

A interpretação do princípio da insignificância nestes casos apresenta-se inaceitável. Vejamos porque: Nas duas primeiras condutas, os agentes praticaram o delito do artigo 54 da Lei n.º 9605/98. Apesar de parecerem irrelevantes, sabemos que uma embalagem *pet* leva mais de cem anos para se decompor. No segundo exemplo, além do longo período que a pilha levará para se decompor, existe o grande risco de contaminação da água, peixes e naturalmente do Homem. No último caso, o indivíduo que captura uma espécie em extinção contribui decisivamente para a instabilidade de uma determinada cadeia alimentar e o desequilíbrio ambiental.

A resolução destes problemas parecem ser óbvias. Mas na prática, uma decisão condenando o réu por matar uma espécie de libélula em extinção causaria perplexidade e indignação no mundo jurídico e alguns minutos de sova no Judiciário pelos sensacionalistas jornais noturnos.

Os critérios objetivos que vêm sendo consagrados na doutrina e jurisprudência não possuem, portanto, aplicação nos crimes ambientais. Tal objetividade é característica de crimes contra o patrimônio. São os critérios qualitativos que devem orientar a decisão do aplicador do Direito, socorrendo-se ainda de critérios técnico-ambientais, como a composição da coisa que causou a poluição e o grau de extinção da espécie. (CÔRREA, 2002, p. 13). Não se olvide, ainda, a necessária integração entre

o Princípio da Bagatela e os princípios específicos do Direito Ambiental³.

Sob o argumento de que inexistente lesão insignificante na esfera da proteção ambiental e que as condutas atentatórias ao meio ambiente produzem não só consequências imediatas, mas resultados mediatos a longo prazo, muitas vezes irreversíveis, tem se considerado inviável a aplicação do princípio da insignificância em matéria ambiental.

Outras duas justificativas balizam os argumentos contrários à aplicação do princípio: as excludentes de ilicitude do artigo 37 da Lei de Crimes Ambientais, que indica as três hipóteses em que não se configura crime o abate de animal⁴ e o fato de serem as penas previstas na Lei n. 9605/98 leves, podendo ser o réu beneficiado, nos casos de crime de menor potencial ofensivo, pela transação penal ou pela suspensão condicional do processo (FREITAS, 2006, p. 07).

Para Abreu (2001, p. 34), “o reconhecimento do princípio da insignificância deve ser reservado para as hipóteses excepcionais, principalmente pelo fato de que as penas previstas na Lei n.º 9605/98 são leves e admitem a transação ou suspensão do processo”.

Não existiriam, portanto, para essa corrente, lesões insignificantes no direito ambiental, vez que a Lei n. 9605/98 consigna expressamente as condutas que, embora atentem contra o bem ambiental, não são tidas como crime. Ademais, as penas nela previstas são moderadas.

5.3 A jurisprudência e o princípio da insignificância no direito penal ambiental

A matéria objeto do presente trabalho é bastante controvertida. O dilema resta ainda mais evidente quando são examinados alguns julgados das diversas instâncias do Poder

Judiciário e a interpretação dos argumentos que orientam uma ou outra corrente. As discussões dão-se principalmente nos crimes contra a fauna e, em sua maioria, não examinam critérios técnico-ambientais.

O Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Penal n. 439, julgada em 12/06/2008, decidiu pela improcedência da denúncia formulada pelo Ministério Público Federal contra o então deputado Clodovil Hernandes, pela prática do delito previsto no artigo 40 da Lei n. 9.605/98⁵. Reconheceu o STF como insignificante a supressão de vegetação capoeira em estágio inicial e aterro no local por meio de terraplanagem, em área de 0,0652 hectares no interior do Parque Estadual da Serra do Mar. Os prejuízos, convertidos em pecúnia, somavam R\$ 130,40. Assim restou ementada a decisão: “CRIME - INSIGNIFICÂNCIA - MEIO AMBIENTE. Surgindo a insignificância do ato em razão do bem protegido, impõe-se a absolvição do acusado”⁶. Ficou ressalvada, no entanto, a responsabilidade civil e administrativa pelo ilícito ambiental praticado.

O Superior Tribunal de Justiça também admite a aplicação do Princípio da Insignificância:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. A apanha de apenas quatro minhocaços não desloca a competência para a Justiça Federal, pois não constitui crime contra a fauna, previsto na Lei nº 5.197/67, em face da aplicação do princípio da insignificância, uma vez que a conduta não tem força para atingir o bem jurídico tutelado. 2. Conflito conhecido. Declarada a competência da Justiça Estadual para o julgamento dos demais delitos. Concedido, porém, habeas corpus de ofício trancando, em face do princípio da insignificância, a ação penal referente ao crime previsto na Lei nº 5.197/67, exclusivamente.⁷

Outros tribunais também se manifestaram acerca do assunto:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. PESCA EM LOCAL PROIBIDO. ARTIGO 34, DA LEI N.º 9.605/98. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECURSO MINISTERIAL PUGNANDO PELO RECEBIMENTO DA INICIAL ACUSATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO EXCEPCIONAL DA BAGATELA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Em regra, não cabe a aplicação do princípio da insignificância jurídica em delitos ambientais, porquanto a ofensa ao bem jurídico tutelado não pode ser mensurada por critérios quantitativos, pois a potencialidade do ato atinge diretamente a higidez do meio ambiente, cuja preservação é salvaguardada pelo poder público para a presente e futuras gerações. Quando muito, sua acolhida deve ser feita com cautela e em cotejo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, diante do assim compreendido caráter instrumental do direito penal. *In casu*, a adoção da tese de bagatela atende aos parâmetros de razoabilidade sem atentar contra o caráter preventivo ínsito à proteção ambiental, posto que a conduta do recorrido não colocou em risco o equilíbrio ecológico, revelando-se insignificante no âmbito jurídico-penal. Recurso a que se nega provimento.⁸

Há decisões, outrossim, que afastam a incidência do princípio da insignificância no Direito Penal Ambiental, sendo esta corrente encampada pela jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Esta Corte já inadmitiu, em algumas decisões, o mandamento de otimização em estudo, flutuando, por exemplo, sobre a ocorrência ou não de insignificância entre 1 quilo ou 2,8 quilos de camarão. Para ambas as condutas, a tipificação é do art. 34 da Lei n. 9.605/98⁹.

PENAL. MEIO AMBIENTE. LESÃO INSIGNIFICANTE.
1. A posse de um quilo de camarão mesmo quando pescado em local interdito por órgão competente, não constitui conduta lesiva ao meio ambiente. 2. Aplicação do princípio da insignificância penal.¹⁰

DELITO CONTRA A FAUNA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

A pesca de 2,8 kg de camarão “sete barbas”, em período defeso, amolda-se à figura típica descrita no artigo 34 da Lei n. 9605/98. Hipótese em que a relatividade dos valores em jogo torna inaplicável o princípio da insignificância, pois o bem jurídico agredido é o ecossistema, cuja relevância não pode ser considerada bagatela.¹¹

Outros julgados corroboram a inaplicabilidade do princípio:

CRIME AMBIENTAL. PESCA EM LUGAR INTERDITADO POR ÓRGÃO COMPETENTE. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. Não cabe a aplicação do princípio da insignificância porquanto o bem jurídico tutelado é bem maior e mais relevante do que o valor econômico de aproximadamente 3 kg de peixes. 2. Tendo em vista que as provas produzidas em juízo deixaram claro que os réus foram flagrados no barco, em águas do rio Iguaçu e para cuja margem brasileira se dirigiam, tanto há crime como é federal a tutela penal. 3. Se a pesca é proibida em Parque Nacional, incide o tipo penal previsto no art. 34, “caput”, da Lei n. 9.605/98. 4. Recurso improvido.¹²

PENAL. DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. LEI 9605/98. PRESCRIÇÃO. 1 – Não é insignificante o crime contra o meio ambiente, pois ele produz efeitos a longo prazo e que são, muitas vezes, irreversíveis. 2 – A Lei 9605/98 reduziu a pena anteriormente prevista para os crimes de caça de animais silvestres, o que ocasionou, no caso concreto, a prescrição da pretensão punitiva, devido ao lapso temporal transcorrido entre o recebimento da denúncia e esta decisão.¹³

PENAL. CRIME AMBIENTAL CONTRA A FAUNA MARINHA. PESCA EM LOCAL DE DEFESO. UTILIZAÇÃO DE PETRECHOS PROIBIDOS. BAÍA SUL. SANTA CATARINA. PORTARIA 51/1983 DO IBAMA E ART. 34, CAPUT, DA LEI Nº 9.605/98. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADOS. ESTADO DE NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO NA FASE DE EXECUÇÃO.

1. O delito de pesca em local vedado ou com petrechos proibidos perfectibiliza-se com qualquer ato tendente à captura de espécimes ictiológicos (Lei nº 9.605/98, art. 34), ou seja, com a simples conduta capaz de produzir materialmente o prejuízo. O crime é formal, prescindindo de dano concreto (pesca efetiva), e o perigo, presumido. Eventual obtenção do resultado material consiste em mero exaurimento do tipo.

2. Hipótese em que o agente, contrariando as disposições contidas na Portaria nº 51/1983, do IBAMA, efetuou pesca de camarão com rede de “malha de arrasto e duas portas”, em local proibido.

3. A situação de dificuldade financeira, comum nos dias de hoje, não justifica a prática de atos ilícitos.

4. O bem jurídico agredido, nas infrações penais ambientais, é o ecossistema (constitucionalmente tutelado: art. 225 da CF/88), cuja relevância não pode ser mensurada, o que resulta na impossibilidade de aplicação da tese do crime de bagatela e, por conseqüência, dos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade do Direito Penal.

5. A isenção de custas processuais somente poderá ser concedida ao agente por ocasião da execução do julgado, na esteira do posicionamento adotado pelo Egrégio STJ.¹⁴

PENAL. CRIME AMBIENTAL CONTRA A FAUNA MARINHA. CAPTURA E BENEFICIAMENTO DE CARANGUEJO-UÇÁ. PERÍODO DE DEFESO. PROVA TESTEMUNHAL. DEPOIMENTO DE FISCAL DO IBAMA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATOS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

1. A captura e o beneficiamento de caranguejo-uçá em período de defeso caracteriza a prática do delito previsto no art. 34, parágrafo único, III, da Lei nº 9.605/98. Hipótese em que o agente, contrariando as disposições contidas nas Portarias nº 70/2000 do IBAMA e nº 026/99/IAP/GP, esta do Estado do Paraná, determinou a captura e o beneficiamento de caranguejo em local proibido (Ilha Rasa/Guaraqueçaba).
2. O testemunho de agente policial só não terá valor probatório quando evidenciado que ele tem algum interesse particular na investigação, presumindo-se, em princípio, que diz a verdade, como qualquer testemunha.
3. A potencial consciência da ilicitude do fato é elemento da culpabilidade, que não necessita ser efetiva, bastando que, com algum esforço ou cuidado, o agente possa posicionar-se sobre a ilicitude do fato.
4. O bem jurídico agredido, nas infrações penais ambientais, é o ecossistema (constitucionalmente tutelado: art. 225 da CF/88), cuja relevância não pode ser mensurada, o que resulta na impossibilidade de aplicação da tese do crime de bagatela e, por conseqüência, dos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade do Direito Penal.¹⁵

PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. FLORESTA NACIONAL DE BRASÍLIA. ANÁLISE DA INEXISTÊNCIA DE NORMA LEGAL TRANSFORMANDO A ÁREA INVADIDA EM UNIDADE DE CONSERVAÇÃO SUBMETIDA AO JUÍZO A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. A ocupação ainda que de pequena área da Floresta Nacional de Brasília não pode ser considerada isoladamente, mas sim no contexto geral, pois a soma de pequenas áreas pode ter uma repercussão prejudicial ao meio ambiente. 2. Inviável a aplicação do princípio da insignificância em matéria ambiental, pois a biota, conjunto de seres animais e vegetais de uma região, pode se revelar extremamente diversificada, ainda que em nível local. 3. Limitando-se a decisão recorrida a rejeitar a denúncia com base no princípio da insignificância, sem tratar das normas legais que transformaram a área invadida em unidade de conservação, configura-se supressão

de instância a análise do referido tema por ocasião do julgamento deste recurso em sentido estrito. 4. Recurso em sentido estrito provido.¹⁶

PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIME AMBIENTAL. LEI 9.605/98, ART. 40. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A preservação ambiental deve ser feita de forma preventiva e repressiva, em benefício de próximas gerações, sendo intolerável a prática reiterada de pequenas ações contra o meio ambiente, que, se consentida, pode resultar na sua inteira destruição e em danos irreversíveis. Rejeita-se, assim, a aplicação do princípio da insignificância.

2. “A complacência no trato de questões ambientais constitui incentivo aos infratores das normas que cuidam da proteção do meio ambiente a persistirem em suas condutas delituosas, gerando, como conseqüência, a impunidade e desestimulando os Agentes de Fiscalização a cumprirem com suas obrigações.” (TRF da 1ª Região, RCCR 2001.43.00.001447-0/TO).

3. Recurso do Ministério Público Federal provido
17

6 Conclusão

Desde a formação mais primordial da ideia de Estado, tem-se como finalidade de sua existência a paz social e a conformidade da vida em sociedade. Por atingir os mais importantes bens e valores individuais do homem, muitos questionamentos, desde que se passou ao modelo de Estado de Direito, passaram a cercar a legitimidade da intervenção penal do Estado.

A crise do Direito Penal, no Brasil e no mundo, fundamenta-se na necessidade de se reverem as práticas punitivas em sentido amplo e de se estabelecer mecanismos despenalizadores ou descriminalizantes.

O Princípio da Insignificância é um instrumento de interpretação restritiva no Direito Penal. O princípio alcança condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de maneira relevante os bens jurídicos protegidos. Constitui um relevantíssimo instrumento que possibilita ao operador do direito avaliar se determinada ação prevista como crime revestiu-se, no caso concreto, de conteúdo ontológico que a possa caracterizar como tal.

Com a valorização do meio ambiente como direito fundamental e a formação de uma consciência ecológica, o legislador sentiu a necessidade de reprimir penalmente determinadas condutas, que atualmente encontram-se previstas na Lei n. 9605/08, Lei dos Crimes Ambientais.

No entanto, no que se refere à aplicação do Princípio da Insignificância ou Bagatela nos delitos contra o meio ambiente, os posicionamentos são bastante adversos, na doutrina e jurisprudência.

A doutrina é cautelosa quanto à aceitação do princípio nas infrações penais ambientais. A restrição na aplicação justifica-se pela dificuldade em se estabelecer o limite entre uma lesão ambiental inócua e aquela que efetivamente resultará em consequências desastrosas ao meio ambiente. A princípio, toda intervenção humana gera impacto ao meio ambiente, sendo, assim, relevante.

A jurisprudência é ainda bastante incipiente no tratamento da questão, bem assim tormentosa, com julgados que ora aceitam a insignificância, ora descartam-na.

Não obstante a evidente divergência, fato inconteste é que o Poder Legislativo não pode prever todas as transformações materiais e éticas da sociedade. Nesse contexto é que o Princípio da Insignificância deve ser interpretado, evitando-se transformar o homem simples em delinquente, punindo os verdadeiros predadores do meio ambiente.

Seja em matéria ambiental ou no direito penal comum, a norma penal em um Estado Democrático de Direito não é somente a que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição Federal, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, apenas aqueles que realmente possuam lesividade social.

Não se nega a proteção ao meio ambiente, mas esta deve conciliar-se com a coibição dos exageros do Estado no exercício de seu poder punitivo. O Princípio da Insignificância é um grande instrumento na correção de tais extravagâncias. O julgador na aplicação do princípio deve encontrar um ponto de equilíbrio no que tange à busca da efetividade da tutela penal do meio ambiente.

The Principle of Insignificance and its Application in the Environmental Criminal Law

Abstract: The juridical relevance of the protection of the environment has led the legislator to criminalize offensive conducts to the environment, apart from the administrative or civil responsibility. The Law n. 9605, from 1998, appears as an important document for the protection of the environment. However, the use of Criminal Law concerning Environment is a polemic issue, once there are already other administrative and civil penalties. In this context, the problem is whether the Criminal Law Principle of Insignificance is applied to environmental crimes or not. After preliminary analysis of the evolution of the ecological thinking and the constitutionalization of the Environmental Law, as well as the transformations that have been occurring in Criminal Law, especially the minimum intervention, the present paper starts a discussion of the theme, showing the divergences in the doctrine and jurisprudence. The relevance of this study is the juridical confrontation which is established between the necessary protection to the environment and the criminal punishment as the last option.

Keywords: Environmental Criminal Law. Environmental Crimes. Principle of Insignificance.

(Endnotes)

2 Adota-se aqui o conceito esposado por Álvaro Luiz Valery Mirra, que entende o meio ambiente como direito fundamental por ser *a sua proteção indispensável à vida e à dignidade das pessoas*. (MIRRA, 2002, p. 53-54). Nesse sentido, José Afonso da Silva, ao comentar que: *A proteção ambiental [...] visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana*. (SILVA, 1997, p. 58).

3 Do estudo das normas protetoras do direito à qualidade do meio ambiente, extraem-se os princípios norteadores da formação do Direito Ambiental, cujo conhecimento torna-se imprescindível à compreensão do sistema jurídico positivo. Os princípios da política ambiental abrangem a proteção global, bem como a proteção nacional. Os de proteção global emergiram na Declaração de Estocolmo e tornaram-se, em 1992, mais precisos e concretos. Alguns deles foram adaptados à realidade cultural, social e econômica brasileira, incorporados ao ordenamento jurídico e consagrados em princípios constitucionais. Contemplados na Carta de 88, permeiam toda legislação ambiental, vinculando as demais normas ao seu comando. (PIVA, 2000, p. 50-51).

4 Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado:
I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família;
II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente;
III - (VETADO)
IV - por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.

5 Art. 40. Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização:
Pena - reclusão, de um a cinco anos.

6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AP 439. Relator Min. Marco Aurélio. In: Revista Trimestral de Jurisprudência [Brasília], v. 98, p. 503-508, 2009.

7 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Conflito de competência 20312. Relator: Min. Fernando Gonçalves. [Brasília], julgado em: 18 set. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 29 maio 2009.

8 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Segunda Câmara Criminal. RESE 28060026326. Rel. Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama. In: Diário da Justiça Eletrônico [Vitória], 16 jan. 2008.

9 Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:
Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente

10 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. QUARTA REGIÃO. Apelação criminal 6596. Relatora: Juíza Tânia Te Rezinha Cardoso Escobar. [Porto Alegre], julgado em: 06 jun. 2001. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 29 maio 2009.

11 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. QUARTA REGIÃO. Recurso em Sentido Estrito 3164. Relator: Juiz Volkmer de Castilho. [Porto Alegre], julgado em: 21 ago. 2002. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 29 maio 2009.

12 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. QUARTA REGIÃO. Apelação Criminal 8413. Relator: Juiz Volkmer de Castilho. [Porto Alegre], julgado em: 16 out. 2002. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 29 maio 2009.

13 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. QUARTA REGIÃO. Apelação Criminal 97.04.72902-2/RS. Relator Desembargador Federal Vladimir Passos de Freitas, [Porto Alegre] In: DJU, 22 jul. 1998.

14 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. QUARTA REGIÃO. Apelação Criminal 2005.72.00.004759-8-SC. Relator Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. [Porto Alegre] julgado em: 12 set. 2007. In: DEJF, 19 set. 2007, p. 882

15 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. QUARTA REGIÃO. Apelação Criminal 2002.70.08.000015-0 PR. Rela-

tor Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. [Porto Alegre] julgado em: 11 jul. 2007. In: DEJF, 18 jul. 2007, p.563

16 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. PRIMEIRA REGIÃO. RCCR n. 2004.34.00.021930-6/DF. Relator Des. Federal Tourinho Neto, julgado em: 17 maio 2005. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 29 maio 2009.

17 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. PRIMEIRA REGIÃO. ACR 2003.34.00.019634-0/DF. Relator Des. Federal Olindo Menezes. [Brasília]. In: DJ, 24 fev. 2006, p. 46.

Referências

ABREU, Alexandre Herculano. Lei dos crimes ambientais: aspectos destacados. *Atuação Jurídica*. Florianópolis, n. 6, 29-37, ago. 2001.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal. parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Presidência da República, 1988.

_____. Decreto n. 23793, de 23 de janeiro de 1934. *Aprova o Código Florestal*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

_____. Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965. *Institui o novo Código Florestal*. RT: Coletânea de Legislação de Direito Ambiental, São Paulo, p. 330-335, 2009.

_____. Lei n.º 5197, de 3 de janeiro de 1967. *Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências*. RT: Coletânea de Legislação de Direito Ambiental, São Paulo, p. 280-282, 2009.

_____. Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências*. RT: Coletânea de Legislação de Direito Ambiental, São Paulo, p. 705-714, 2009.

_____. Lei n.º 7.802, de 10 de julho de 1989. *Dispõe sobre a pesquisa, experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins e dá outras providências*. RT: Coletânea de Legislação de Direito Ambiental, São

Paulo, p. 263-270, 2009.

_____. Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. *Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências*. RT: Coletânea de Legislação de Direito Ambiental, São Paulo, p. 441-465, 2004

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de competência 20312*. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, julgado em: 18 set. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 29 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. AP 439. Relator Min. Marco Aurélio. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 98, p. 503-508, 2009.

BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. *RCCR n. 2004.34.00.021930-6/DF*. Relator Des. Federal Tourinho Neto, julgado em: 17 maio 2005. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>> Acesso em: 29 maio 2009.

_____. ACR 2003.34.00.019634-0/DF, Relator Des. Federal Olindo Menezes. Brasília. *DJ*, 24 fev. 2006, p. 46.

CORRÊA, Leonardo Alves. A interpretação do princípio da insignificância no Direito Ambiental. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2909>>. Acesso em: 13 jun. 2009.

COSTA, Helena Regina Lobo. *A Dignidade Humana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro; BELLO FILHO, Ney de Barros; COSTA, Flavio Dino de Castro. Crimes e infrações administrativas ambientais: comentários à Lei n. 9605/98, 2ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

CRUZ, Branca Martins. Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 05, p. 5-41, jan./mar. 1997.

ESPÍRITO SANTO (estado). Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Criminal. RESE 28060026326. Rel. Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama. *Diário da Justiça Eletrônico*, Vitória, 16 jan. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2006.

FREITAS, Vladimir Passos. A contribuição da Lei de Crimes Ambientais na Defesa do meio ambiente. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, p. 5-15, abr./jun. 2006.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NAHMIA MELO, Sandro. Meio ambiente equilibrado e a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. Manaus, v. 2, n.2, p. 231-250, jan./jun. 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PARANÁ, RIO GRANDE DO SUL E SANTA CATARINA (estados). Tribunal Regional Federal- Quarta Região. *Apelação criminal 6596*. Relatora: Juíza Tânia Terezinha Cardoso Escobar, Porto Alegre, julgado em: 06 jun.2001. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 29 maio 2009.

_____. *Recurso em Sentido Estrito 3164*. Relator: Juiz Volkmer de Castilho, Porto Alegre, julgado em: 21 ago. 2002. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 29 maio 2009.

_____. *Apelação Criminal 8413*. Relator: Juiz Volkmer de Castilho. Porto Alegre, julgado em: 16 out. 2002. <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 29 maio 2009.

_____. *Apelação Criminal 97.04.72902-2/RS*. Relator Desembargador Federal Vladimir Passos de Freitas, Porto Alegre, DJU, 22 jul. 1998.

_____. *Apelação Criminal 2005.72.00.004759-8-SC*. Relator Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, julgado em: 12 set. 2007. DEJF, 19 set. 2007, p. 882.

_____. *Apelação Criminal 2002.70.08.000015-0 PR*. Relator Des Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, julgado em: 11 jul. 2007. DEJF, 18 jul. 2007, p.563.

PIVA, Rui Carvalho. *Bem Ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RAMOS, Edson Pereira. *Crimes contra o meio ambiente*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1708>>. Acesso em: 13 jun. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003

SPINOLA, Ana Luiza S. Consumo sustentável: o alto custo ambiental dos produtos que consumimos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo,

n. 24, p. 209-216, out./dez. 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: [s.l.], 2002.

WILLEMANN, Zeli José. *O princípio da insignificância no Direito Ambiental*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6753>>. Acesso em: 13 jun. 2009.

A Competência da Justiça Federal nos Crimes Ambientais

João Gaspar Rodrigues ¹*

Sumário: 1 Introdução. 2 Competência: noção conceitual. 3 Entendimento predominante atualmente. 4 Requisitos que atraem a competência da Justiça Federal nos crimes ambientais. 4.1 Ofensa a bem da União (ou de entidades autárquicas e empresas públicas). 4.2 Serviços da União (ou de entidades autárquicas e empresas públicas). 4.3 Interesses da União (ou de entidades autárquicas e empresas públicas). 5 Demonstração objetiva de interesse direto e específico. 6 Crimes conexos. 7 Casuística. 7.1 Extração irregular de areia e outros minerais. 7.2 Manutenção em cativeiro de animais silvestres. 7.3 Uso de motosserra. 7.4 A atividade fiscalizatória do IBAMA. 7.5 Desmatamento. 7.6 Delito envolvendo espécies animais ameaçadas de extinção. 7.7 Pesca proibida. 8 Conclusões. Referências.

Resumo: O estudo tem como objetivo enfrentar a problemática teórica sobre a competência da Justiça Federal e Estadual na tutela penal ambiental. Desenvolve-se a partir da constatação, na prática diária, de conflitos de atribuição e de jurisdição. Neste propósito, a investigação tenta sintetizar regras e princípios balizadores da atuação da Justiça Federal na tutela penal ambiental, e por consequência, da Justiça Estadual. Além disso, foi empreendida a tentativa, a cada passo, de colacionar o entendimento mais atual dos tribunais a respeito da matéria.

Palavras-chave: Crimes ambientais. Competência. Justiça Federal. Justiça Estadual. Conflitos.

¹ * Promotor de Justiça. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica do Ministério Público do Amazonas. Autor dos livros: "O Ministério Público e um novo modelo de Estado", Manaus:Valer, 1999; "Tóxicos...", Campinas:Bookseller, 2001; "O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro", Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2007; "Segurança pública e comunidade: alternativas à crise", Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2009.

1 Introdução

O meio ambiente e as questões ambientais atraem cada vez mais a atenção do mundo. Nesta perspectiva, assume importância o estudo de assuntos ligados à temática, com especial destaque para os aspectos jurídicos de proteção e responsabilização, cujo ponto tangencial é a delimitação precisa dos órgãos jurisdicionais competentes para tal tarefa.

A Constituição Federal brasileira, movida pelo desejo de proteção integral e universal, atribuiu à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência comum para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, bem como preservar as florestas, a fauna e a flora (art. 23, VI e VII). E também atribuiu competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar 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). Essa descentralização da proteção ambiental gerou e gera ainda certa perplexidade no momento de definir de quem é a competência para julgar crimes ambientais.

Embora exista um caudal de jurisprudência em torno da matéria, infindáveis artigos e múltiplos apanhados doutrinários sobre o tema, na prática, a polêmica persiste. Isso porque, dada a porosidade das normas constitucionais, não há uma definição precisa da órbita de ação da justiça comum estadual e federal (e, em consequência, das atribuições dos Ministérios Públicos Estaduais e Federal). Os limites que separam a competência criminal geral da Justiça Federal da competência criminal da Justiça Estadual são constituídos por linhas tênues, quase invisíveis ou imperceptíveis, sendo, muitas vezes, traçados por um detalhe, um fato, um pormenor (CARVALHO, 2000, p. 319).

Além disso, a superposição de tarefas pode levar à omissão,

seja pela ausência de consequências e responsabilização de quem faltou com seu dever; seja pela participação simultânea de vários agentes, induzindo não só à falta de coordenação entre os agentes (para economizar esforços e concentrá-los onde necessário), como também à falta de segurança jurídica para a sociedade, que já não sabe a quem prestar contas e nem se licenças administrativas concedidas por um ente valerão perante outros (BOLLMANN, 2008).

Tais zonas nebulosas de nosso pacto federativo com sua carga de desnorteamento e confusão interpretativa sugerem que a situação flui no caos e no extremismo retratados nas palavras desalentadoras de Carlos Maximiliano ([s/d], p. 71): “Em regra, os latinos desconhecem o meio termo, vão logo aos extremos; por isso, entre nós, ou se exagera a competência e transpõem as raias legais, ou se atém cada um à letra fria dos dispositivos”.

O constituinte de 1988, no afã de proteger o meio ambiente, imaginou que irmanando todos os entes federativos na tarefa comum de zelar por esse bem, estaria traçando um amplo círculo de proteção. Todavia, o legislador esqueceu de uma importante lição teórica de que não se pode estabelecer um sistema de cooperação extremamente complexo entre as diferentes esferas de Poder sem uma clara distribuição de funções e, sobretudo, respeito às áreas privativas de competência. Competência concorrente é convite às disfunções administrativas (e, no caso, judiciais). Competência distribuída por esferas, dentro de um princípio de coordenação para fins comuns é o caminho para grandes resultados (MELLO, 1978 p. 63).

Como é sabido, um dos problemas mais sérios na prática do sistema federal é, sem dúvida, o de estabelecer as relações dos entes federativos, bem como a medida de suas competências (SILVA, 1994, p. 45). E ainda, disponibilizar meios específicos que permitam a influência dos poderes regionais nos rumos da Federação.

A discriminação de competência entre a Justiça Federal e a Estadual atende a razões relativas ao regime federativo brasileiro. A competência da Justiça Federal, em princípio, é traçada de modo que os juízes das entidades federadas possam decidir sobre direitos e interesses da própria Federação, arredando eventual sobreposição de interesses. Mas esse modelo, moldado sobre os clássicos poderes enumerados da União e poderes remanescentes (ou residuais) dos Estados (e ainda poderes indicativos dos Municípios), revela-se extremamente complexo e de difícil operacionalização na prática. São inúmeros os conflitos de atribuição (negativos e positivos) entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público dos Estados, e conflitos de jurisdição entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual. As constantes preliminares de incompetência da Justiça Federal e de ilegitimidade ativa do MPF dão a tônica do dia-a-dia forense.

Essa preocupação, eminentemente prática, nos levou a tentar sintetizar, neste estudo, regras e princípios balizadores da atuação da Justiça Federal na tutela penal ambiental, e por consequência, da Justiça Estadual. Além disso, em atenção ao caráter pragmático da análise, tentamos, a cada passo, colacionar o entendimento mais atual dos nossos tribunais a respeito da matéria.

2 Competência: noção conceitual

Só se pode falar em competência se há jurisdição. A jurisdição penal é o dever-poder atribuído ao Estado para aplicar o direito ao caso concreto, substituindo a vontade das partes e resolvendo a causa com força definitiva (MIRABETE, 2007, p. 152).

Razões de ordem prática obrigam o Estado a distribuir o poder de julgar entre vários juízes e tribunais, pois não é

² A falta de clareza da distribuição de competência entre Justiça Federal e Justiça Estadual é potencializada pela nebulosa repartição de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual.

possível, materialmente falando, que um só órgão judiciário conheça de todos os litígios e decida todas as causas (MARQUES, 2000, p. 39). As massivas sociedades modernas com seus problemas cada vez mais complexos tornam inconcebível o exercício da jurisdição por órgãos solitários, ao invés, há a necessidade de órgãos múltiplos e especializados. O exercício da jurisdição é, desse modo, descentralizado, pois não há um só Tribunal competente. Ao invés, o sistema judiciário brasileiro é amplo e ramificado, integrado por múltiplos órgãos da Justiça Especializada (Eleitoral, Trabalho e Militar) e da Justiça Comum (Estadual, Federal e local do Distrito Federal).

A função jurisdicional é, essencialmente, una, embora seja distribuída, abstratamente, a todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário. Nesta distribuição, a jurisdição passa por um processo gradativo de concretização até chegar à determinação do juiz competente para um processo específico. Através de diversas normas jurídicas³ que atribuem a cada órgão o exercício da jurisdição com relação a dada categoria de causas (normas de competência), excluem-se os demais órgãos jurisdicionais para que só aquele, indicado pela lei ou norma, possa exercê-la em concreto (GRINOVER *et al.*, 2003, p. 230). A esse exercício concreto, a essa medida da jurisdição⁴ é dado o nome de competência.

O respeito e a observância da competência atribuída a cada magistrado são guindados pela Constituição Federal brasileira como direito fundamental do cidadão: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, inc. LIII).

É preciso não confundir distribuição abstrata de competência com sua especificação ou concretização, chamada

3 Série de disposições que vão desde as constantes na Constituição Federal até as previstas em Constituições estaduais, no Código de Processo Penal e nas Leis de Organização Judiciária. À luz do princípio constitucional do juiz natural, a distribuição de competências deve ser anterior à causa.

4 Liebman (*apud* GRINOVER *et al.*, 2003, p. 230) definia a competência como a “quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos” (Cf. também CARNEIRO, 1993, p. 45; CÂMARA, 2004, p. 96; THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 137).

de *fixação de competência*, conforme esclarece o art. 87 do Código de Processo Civil: “Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.”

Este princípio, embora não previsto expressamente no Código Processual Penal, aplica-se sem contestação, em virtude do comando do art. 3º do CPP: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”⁵.

A Constituição Federal brasileira distribui a competência em cinco níveis: I- competência internacional; II- competência originária dos Tribunais; III- competência das justiças especiais ou especializadas (justiça do trabalho, eleitoral e militar – arts. 111, 118 e 122 ss.); IV- competência da Justiça Federal (art. 108 – TRF’s e art. 109 – juízes federais); V- competência residual ou remanescente.

A competência da Justiça Federal tem assento constitucional, é taxativa e absoluta, só admitindo prorrogação nos casos de competência territorial. Já a competência estadual é residual, ou seja, não existindo qualquer disposição constitucional atribuindo competência expressa a outro ramo de justiça, cabe à Justiça Estadual (juízes e tribunais) conhecer e julgar a causa (TÁVORA/ANTONNI, 2009, p. 195; KARAM, 2002, p. 16).

3 Entendimento predominante atualmente

Antes da edição da Lei n. 9.605/98 predominava o entendimento sintetizado na súmula 91 do STJ: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna”. Entendia-se, à época, que os animais silvestres incluíam-se entre os bens da União, atraindo a competência da

5 STJ, 5ª T, RHC 4.796/SP, DJU, 20 nov. 1995, p. 39611.

Justiça Federal. Editada a referida lei, o STJ cancelou a súmula valendo-se do argumento de que a atribuição de competência concorrente aos entes federativos para legislar e comum para proteger o meio ambiente retirou da União a propriedade da fauna silvestre.

A partir da edição da Lei nº 9.605/98, os delitos contra o meio ambiente passaram a ter disciplina própria, não se definindo, contudo, a Justiça competente para conhecer das respectivas ações penais, certamente em decorrência do contido nos artigos 23 e 24 da Constituição Federal, que estabelecem ser da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios proteger o meio ambiente, preservando a fauna, bem como legislar concorrentemente sobre essa matéria. Impõe-se a verificação de ser o delito praticado em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, a teor do disposto no artigo 109, IV, da Carta Magna, de forma a firmar ou não a competência da Justiça Federal⁶.

De fato, em sendo a proteção do meio ambiente matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e inexistindo, quanto aos crimes ambientais, dispositivo constitucional ou legal expresso sobre qual a Justiça competente para o seu julgamento, tem-se que, em regra, o processo e o julgamento dos crimes contra o meio ambiente é de competência da Justiça Comum Estadual⁷.

Essa linha de raciocínio ainda mais se fortalece quando se tem em conta que o proposto no parágrafo único do artigo 26 da Lei 9.605/98, que previa a competência privativa da Justiça Federal, foi vetado e o veto mantido.

O dispositivo vetado continha a seguinte redação (parágrafo único do art. 26):

6 STJ, 6ª. T., HC 38649-SC, Rel. Min. Paulo Gallotti, julgado em: 25 abr. 2006, DJ, 26 jun. 2006, p. 203.

7 STJ, 3ª. S., Conflito de Competência 27.848-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ, 19 fev. 2001.

O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei caberão à Justiça Estadual, com a interveniência do Ministério Público respectivo, quando tiverem sido praticados no território de Município que não seja sede de vara da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Regional Federal correspondente.

As razões do veto foram as seguintes:

A formulação equivocada contida no presente dispositivo enseja entendimento segundo o qual todos os crimes ambientais estariam submetidos à competência da Justiça Federal. Em verdade, são de competência da Justiça Federal os crimes praticados em detrimento de bens e serviços ou interesse da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Assim sendo, há crimes ambientais de competência da Justiça Estadual e da Justiça Federal. A intenção do legislador de permitir que o processo-crime de competência da Justiça Federal seja instaurado na Justiça Estadual, quando a localidade não for sede de Juízo Federal (CF, art. 109, §3º.), deverá, pois, ser perseguida em projeto de lei autônomo⁸.

A competência da Justiça Federal, no caso específico dos crimes ambientais, só se faz presente quando existir qualquer lesão direta e imediata a bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas⁹ ou empresas públicas (artigo 109, IV, da CF).

4 Requisitos que atraem a competência da Justiça Federal nos crimes ambientais

A *vis atrativa* da Justiça Federal, como já dito, exerce-se a partir dos três elementos contidos no inc. IV, do art. 109, da CF:

8 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/1998/Vep181-98.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2009.

9 São três as entidades autárquicas federais: as autarquias (exemplo de autarquias federais: DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte, INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, BACEN – Banco Central do Brasil etc.), as fundações e os conselhos de fiscalização profissional (CREA, CREMEC, OAB etc.). Excluem-se do alcance do inc. IV do art. 109: as sociedades de economia mista (*vide* Súmula 42 do STJ), concessionárias de serviço público e sindicatos.

em detrimento de bem, serviço ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas. Não é necessário para atrair a competência federal que os três elementos estejam presentes na mesma infração. Basta que só um seja tocado pelo crime para a configuração da norma de fixação da competência criminal geral da Justiça Federal.

Essa tricotomia é de significado simples, definindo-se por si só, dada a força que cada termo encerra, embora, às vezes, entrelacem-se, visto se confundirem ou serem sinônimos uns dos outros. A infração, atingindo um desses requisitos, vulnera os outros, já que é difícil delimitar a esfera do bem, do serviço e do interesse, de forma que uma não interfira na outra. O bem é serviço e se constitui em interesse. O serviço é bem e pode tornar-se interesse. O interesse é bem e é serviço (CARVALHO, 2000, p. 299).

Para a incidência da norma constitucional (art. 109, IV), basta a ofensa direta a bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, não sendo necessária a ocorrência de efetivo prejuízo¹⁰.

Abaixo analisamos cada um detidamente.

4.1 Ofensa a bem da União (ou de entidades autárquicas e empresas públicas)

Os bens da União estão elencados no art. 20, da Constituição Federal:

I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado,

sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI - o mar territorial;

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

VIII - os potenciais de energia hidráulica;

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Pode-se conceituar dano ou ofensa a bem como o prejuízo (uma alteração negativa da situação jurídica, material ou moral) causado a alguém por um terceiro (ANTUNES, 2000, pp. 156/157). O dano ambiental, portanto, é a ofensa jurídica, material ou moral ao titular de um meio ambiente sadio e de qualidade. Na verdade, o conceito de dano ambiental, assim como o de meio ambiente, é aberto, ou seja, sujeito a ser preenchido causuisticamente, de acordo com cada realidade concreta que se apresente ao intérprete (MILARÉ, 2001, pp. 427/428).

A ofensa a bem da União ou de entidades autárquicas e empresas públicas deve ser direta¹¹, e não apenas indireta ou de forma secundária. Tem-se, por exemplo, dano direto a bem da União quando são cometidos crimes ambientais no interior de Unidades de Conservação criadas e administradas pelo Poder Público Federal (Reservas Biológicas, Reservas Ecológicas, Estações Ecológicas, Parques Nacionais, Florestas Nacionais,

11

TRF2, 7ª. T., - AC 433167 RJ, Rel. Reis Friede, julgado em: 18 fev. 2009, DJU, 05 mar. 2009, p. 133.

Áreas de Proteção Ambiental, Áreas de Relevante Interesse Ecológico e Reservas Extrativistas).

O conceito de bens de um ente federal transcende a noção privatística de patrimônio, no sentido do conjunto de relações de créditos e débitos de uma determinada pessoa. Patrimônio de um ente federal será, por conseguinte, o conjunto de todos os bens, sejam eles de qualquer natureza, sob domínio público ou privado, afetados a seu próprio uso ou ao uso direto ou indireto da coletividade. Na prática, pode ser atingido um número incomensurável de objetos (SOUZA, [s/d], p. 19). É irrelevante, portanto, para a configuração do dano a bem da União, se este é material ou imaterial, se causa ou não efetivo prejuízo.

Não se pode confundir patrimônio nacional com bem (ou patrimônio) da União. O patrimônio nacional é algo que pertence à população de determinado país indistintamente, de forma que todos os nacionais se identificam, querem cuidar e preservar, enquanto o patrimônio federal é aquele atribuído à União, que assume a titularidade do bem, tendo o dever e a responsabilidade de proteger¹².

Veja-se o exemplo previsto no §4º, do art. 225, da CF:

A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Tais biomas não foram alçados à categoria de bens da União e, portanto, o interesse federal na sua preservação é genérico ou mediato, não despertando a competência da Justiça Federal para julgar eventual crime¹³.

12 TRF 2R., 6ª. T., Ag 153841-RJ, Rel. Frederico Gueiros, julgado em: 14 jul. 2008, DJU, 30 jul. 2008, p. 102.

13 "Entende-se que a Mata Atlântica é de propriedade nacional e cada ente federativo deve ter a incumbência/dever de requerer ou coadjuvar no requerimento de sua proteção judicialmente se a citada vegetação estiver em local de sua circunscrição e atribuição. Dessa forma, o simples fato de a Mata Atlântica ser patrimônio nacional, porque não federal, não faz surgir o interesse jurídico para a União de intervir no feito e fixar a competência deste feito na Justiça Federal" (TRF 2R., 6ª. T., Ag 153841-RJ, Rel. Frederico Gueiros, julgado em: 14 jul. 2008, DJU, 30 jul. 2008, p. 102).

4.2 Serviços da União (ou de entidades autárquicas e empresas públicas)

Serviço é trabalho na sua acepção ampla e fundamental, podendo ser realizado não só através dos recursos humanos (trabalho humano) como também através das máquinas e equipamentos (trabalho mecânico) (MEIRELLES, 2006, p. 130).

Os serviços da União são as atribuições determinadas pela Constituição Federal, nos arts. 21 e 22. Serviço, tal como aparece no inc. IV, do art. 109, refere-se aos encargos, às atribuições e às finalidades conferidas à União e aos demais entes. Como os serviços prestados pela União e os outros entes (entidades autárquicas e empresas públicas) são enormes e variados, inúmeros são os crimes que podem ser cometidos. O dano ou prejuízo pode ser econômico ou moral.

4.3 Interesses da União (ou de entidades autárquicas e empresas públicas)

Os interesses da União (e das entidades autárquicas e empresas públicas) decorrem da preservação de seus bens (dever constitucional), da realização dos seus serviços e do exercício de suas atribuições. O dano pode ser econômico ou moral.

Não é qualquer interesse que atrai a competência da Justiça Federal. Deve ser um *interesse federal qualificado*, ou seja, direto, específico e imediato (*vide* tópico 5). É esse interesse jurídico qualificado, direto ou imediato, a medida verdadeira que torna competente a Justiça Federal para prestar a tutela penal ambiental.

5 Demonstração objetiva de interesse direto e específico

Se, como já dito, a proteção do meio ambiente é matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e

dos Municípios, implica em dizer que todos, constitucionalmente falando, têm **interesse** em protegê-lo (o que reforça o caráter de bem jurídico de titularidade difusa). Se assim o é, fica difícil apontar o interesse da União como preponderante para firmar a competência da Justiça Federal para conhecer e julgar eventual crime ambiental.

A competência comum (tal como fixada na Constituição) caracteriza-se por ser exercida de forma igualitária por todos os membros da Federação. Não há complementariedade ou sobreposição, sendo, no caso concreto, plena a competência de cada um dos níveis da Federação.

A simples atuação de autarquia federal, como o Ibama, por exemplo, é suficiente para a demonstração do interesse federal e para atrair a competência da Justiça Federal em sede penal ambiental?

A lavratura de autoinfracional pelo Ibama, por exemplo, em transporte irregular de toras de madeira não implica, por si só, a competência da Justiça Federal, pois essa atividade de fiscalização, ainda que relativa ao cumprimento de preceito da Lei de Crimes Ambientais, configura apenas interesse genérico ou indireto da União (*vide* tópico 7.4)¹⁴.

O interesse da União na preservação do meio ambiente é genérico e não tem a capacidade de, por si só, nos crimes ambientais, atrair a competência da Justiça Federal. O entendimento predominante na jurisprudência, inclusive do STF e do STJ, é de que o interesse da União para atrair a competência da Justiça Federal deve ser direto e específico¹⁵, aferido caso a caso, pontualmente. E isso não apenas na tutela penal ambiental. Verifica-se, por exemplo, no caso de verba federal repassada a Município: “A verba federal, posta à disposição do Município, para a realização de obra determinada, mas sem ter ingressado

14 STF, 2ª. T, HC 81.916-PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em: 17 set. 2002, DJU, 11 out. 2002; Inf. STF n. 282 (16 a 20 set. 2002).

15 STF, RE 300244, 1ª. T, Rel. Min. Moreira alves, julgado em: 20 nov. 2001, DJ, 19 dez. 2002, p. 27; RE 349191-TO, 1ª. T, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em: 17 dez. 2002, DJ, 07 mar. 2002, p. 42.

na receita deste, quando desviada, atinge a União de forma direta, violando seu patrimônio, levando o feito para a Justiça Federal”¹⁶.

Outro exemplo de interesse indireto ou genérico da União é o crime de porte ilegal de arma. Esta espécie de crime (previsto nos arts. 14 e 16, da Lei 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento), embora o porte seja fiscalizado pelo Ministério da Justiça, via Sistema Nacional de Armas – SINARM, não enseja, só por isso, a competência da Justiça Federal, pois ausente interesse direto e específico da União, sendo de competência da Justiça Estadual comum, ainda que se trate de arma de uso privativo das Forças Armadas ou de origem estrangeira.

São exemplos de crimes que afetam interesse direto e específico:

- Utilização de documento falso para abertura de conta-corrente junto à Caixa Econômica Federal¹⁷;
- Falsificação de carteira da Ordem dos Advogados do Brasil¹⁸;
- Delito envolvendo espécies ameaçadas de extinção¹⁹;
- Ato de contrabando de animais silvestres, peles e couros de anfíbios ou répteis para o exterior;
- Introdução ilegal de espécie exótica no país;
- Pesca predatória no mar territorial²⁰.

6 Crimes conexos

A Súmula 122, do STJ, diz que “compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art.

16 STF, Min. Décio Miranda, ACr. 1.742-SC, DJU, 25 out. 1971, p. 5.898.

17 TRF 4ª. R., Apel. Crim. n. 2002.72.00.008459-4, Rel. Luiz Fernando Wowk Penteado, julgado em: 05 nov. 2003. Disponível em: < <http://br.vlex.com/vid/41309316>>.

18 STJ, 3ª Seção, CC 33198, Re. Min. Félix Fischer, DJ, 25 mar. 2002.

19 STJ, 3ª Seção, CC 37.137, Rel. Min. Felix Fischer, DJ, 14 abr. 2003; TJRS, RSE, Rel. Des. Constantino Lisboa de Azevedo, julgado em: 19 mar. 2009. Disponível em: < <http://br.vlex.com/vid/57379312>>.

20 STJ, 3ª. Seção, CC 33333 SC, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em: 17 fev. 2002, DJ, 25 mar. 2002, p. 175; JBC v. 44, p. 160.

78, II, “a”, do Código de Processo Penal”. A competência especial fixada na Constituição para a Justiça Federal dá-lhe a condição especial sobre a competência geral (estadual) no julgamento de crimes conexos, ou seja, infração penal em detrimento de bens, serviços ou interesse da União e crime comum de competência da Justiça Estadual.

Habeas Corpus. Crime previsto no art. 2º, I, do Dec.-Lei n. 201/67. Prefeito Municipal. Fraude em licitações. Desvio de verbas provenientes do FUNDEF, do FNDE e do FPM. Art. 71, VI, CF. Sujeição de quaisquer recursos repassados pela União a Estados, Distrito Federal e Municípios à fiscalização pelo Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal de Contas da União. Presença de interesse da União a ser preservado, evidenciando a Competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra esse interesse (art. 109, IV, da CF). **Havendo concurso de infrações, essa competência também alcança os outros crimes**²¹.

Se não existir conexão probatória entre os crimes de competência da Justiça Federal e os crimes de competência da Justiça Estadual, apurados nos mesmos autos, deve o juiz determinar a separação dos processos, para julgamento em separado pela Justiça Estadual e pela Justiça Federal, de acordo com suas respectivas competências.

7 Casuística

7.1 Extração irregular de areia e outros minerais

Os minerais são substâncias de origem inorgânica que se encontram no interior ou na superfície da Terra, ou ainda dissolvidas na água, podendo dividir-se em sólidos, líquidos ou

21 STF, HC 80867, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em: 18 dez. 2001, DJU, 12 abr. 2002. Inf. STF n. 524. No mesmo sentido: STJ, Terceira Seção, CC 49330/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em: 13 set. 2006, DJ, 05 fev. 2007, p. 199, LEXSTJ 211:276.

gasosos (como, por exemplo, o carvão, o petróleo e o gás natural, também designados de *minerais energéticos*), em puros (ouro, prata, carvão, etc.) e compostos (sal, pirites de ferro, quartzo). Muitos minerais têm importância econômica, seja como matéria-prima na obtenção de metais ou no uso *in natura* na indústria da construção civil ou da moda, como ornamentos e joias.

Antes de abordar os aspectos jurídicos sobre a competência, é importante ressaltar que a atividade de exploração mineral, como a extração de areia, seixo e pedra, de profunda aplicação na construção civil, é considerada profundamente impactante ao meio ambiente, pois sempre é acompanhada da remoção da camada vegetal, do solo e das rochas que ficam acima dos depósitos minerais.

No caso da extração de areia e de seixo nos leitos de rios, por dragagem, os efeitos verificados sobre o meio ambiente são: instabilidade das encostas nas margens dos rios, alterações dos cursos d'água, destruição do fundo dos rios, alteração do pH, aumento do teor do material sedimentado em suspensão, promovendo assoreamento etc. Na extração por desmonte ocorre: desmatamento, formação de cavas, descaracterização do relevo e erosão acelerada.

Os recursos minerais, nos quais se incluem a areia (assim como o seixo, o cascalho, a argila, a pedra etc.), fazem parte do acervo de bens da União²² (art. 20, IX, CF: “São bens da União: IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo”). A extração de areia sem licença do órgão ambiental é, portanto, crime da alçada da Justiça Federal, pois em detrimento direto a bem da União (CF, art. 109, IV)²³. Não importa onde se dê a extração: em leito de rio, em terrenos marginais ou praias fluviais (art. 20, III, CF), em terras públicas ou particulares, em faixa litorânea, no

22 STF, MS 24.312, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 19 fev. 2003, DJ, 19 dez. 2003.

23 TRF 1ªR, 3ª T, RCrim n. 20014300001874-1/TO, Rel. Ricardo Machado Rabelo, julgado em: 01 abr. 2003, DJ, 25 abr. 2003, p. 76, Disonível em: <www.br.vlex/vid/44772670>; TRF 1ªR, 3ª T, Rec. Crim: 7218 MG, Rel. Cândido Ribeiro, julgado em: 04 set. 2007, DJ, 21 set. 2007, p.33.

subsolo ou a céu aberto, em florestas (art. 44, da Lei n. 9.605/98), matas, montanhas ou planícies etc.²⁴.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXTRAÇÃO ILEGAL DE RECURSOS MINERAIS (AREIA). ARTIGO 21 DA LEI Nº 7.805/89. RIO DE DOMÍNIO DA UNIÃO. ARTIGO 20, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O artigo 20, IX, da Constituição Federal, dispõe que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União.

2. Conflito conhecido para ser declarado competente o Juízo Federal²⁵.

Incumbe aos Estados, Municípios e Distrito Federal registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos minerais em seus territórios (art. 23, inc. XI, CF).

Se o local da extração for de domínio da União há concurso de crimes²⁶: o previsto no art. 55, da Lei n. 9.605/98 (extração irregular de areia) conexo com o de usuração, previsto na Lei n. 8.176, de 08.02.1991:

Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usuração, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no caput deste artigo.

24 Neste sentido: STJ, CC 7673/RJ. Rel. Min. Adhemar Maciel. DJ de 13 jun. 1994, p. 15.085; STJ, CC 4167/RJ. Rel. Min. José Dantas. DJ de 22 nov. 1993, p. 24.874; STJ, T5, HC 23286/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ, 19 dez. 2003 p. 513; STJ, Terceira Seção, CC 49330/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em: 12.09.2006, DJ 05.02.2007, p. 199, LEXSTJ 211:276.

25 STJ, S3, CC 33377 RJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, julgado em: 10 set. 2002, DJ, 24 fev. 2003, p. 182.

26 TRF da 1ª Região, 4ª Turma, Habeas-Corpus Nº 2007.01.00.026124-9/AM, Rel. Italo Fioravanti Sabo Mendes, 18 set. 2007. Disponível em: <<http://brvlex.com/vid/51901892>>. STJ, 5ª. T, REsp 506180 TO 2003/0011187-5, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em: 16 jun. 2003, DJ, 12 ago. 2003, p. 256.

O aproveitamento das substâncias minerais dá-se através de concessão, de autorização, de licenciamento, de permissão e de monopolização. Tais regimes, entretanto, não se aplicam aos órgãos da administração direta e autárquica da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo-lhes permitida a extração de substâncias minerais de emprego imediato na construção civil, definidas em Portaria do Ministério de Minas e Energia, para uso exclusivo em obras públicas por eles executadas diretamente, respeitados os direitos minerários em vigor nas áreas onde devam ser executadas as obras e vedada a comercialização (art. 2º, do Decreto-Lei n. 227, 28.02.1967 – Código de Minas).

Também não se submetem a tais regimes de aproveitamento, os trabalhos de movimentação de terras e de desmonte de materiais *in natura*, que sejam necessários à abertura de vias de transporte, obras gerais de terraplenagem e de edificações, desde que não haja comercialização das terras e dos materiais resultantes dos referidos trabalhos e ficando o seu aproveitamento restrito à utilização na própria obra.

Sobre a extração mineral irregular (cujos tipos penais estão previstos no arts. 44 e 55, da Lei n. 9.605/98 e art. 21, da Lei n. 7.805/89), convém ressaltar, entretanto, a existência de um punhado de julgados da 3ª. Seção do STJ no sentido de que compete à Justiça Estadual o processo e julgamento de crime ambiental de extração de areia sem a devida autorização do órgão competente, quando perpetrado em propriedade particular (CC 34183), loteamento particular (CC 18840), a céu aberto e de pequena quantidade de areia (CC 34183), pessoa pobre beneficiária (CC 18839), leito de pequeno rio (CC 36225):

Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento de feito que visa à apuração de possível crime de furto consistente na extração de pequena quantidade de

areia, a céu aberto, em propriedade particular; não restando demonstrada a existência de eventual lesão a bens, serviços ou interesses da União, a ensejar a competência da Justiça Federal. Hipótese em que não se verificou a extração de areia de praia em faixa litorânea, nem tampouco do subsolo, até mesmo pelos instrumentos que teriam sido utilizados - 'pás manuais', a céu aberto. Precedentes. Interesse jurídico da União não configurado²⁷.

É penoso sustentar essa linha jurisprudencial adotada pela 3ª. Seção do STJ, pois a dicção do art. 20, inc. IX, da CF, é muito clara: São bens da União - os recursos minerais, inclusive os do subsolo (CRETELLA JÚNIOR, 1991, p. 1253 e 1265). Não há qualquer distinção entre propriedade pública ou privada em que o recurso mineral seja encontrado ou extraído. E de acordo com a hermenêutica é princípio pacífico de que não é lícito ao intérprete distinguir onde a lei (fundamental) não distingue. Assim, mostra-se desnecessária a discussão sobre a titularidade das terras onde se processa a extração irregular de areia, pois, seja particular ou pública a área, o recurso mineral é, em ambos os casos, propriedade da União²⁸.

O Conflito de Competência n. 18840/RJ, julgado pela 3ª. Seção do STJ, Rel. Min. William Patterson (DJ 02 abr. 1997), traz o errôneo argumento de que o tipo do art. 21 da Lei n. 7.805/89 (crime de extração ilegal de substâncias minerais) ao referir-se a “extração de substâncias minerais” estaria a fazer menção, tão somente, aos minerais do subsolo, vez que extrair dá a entender a retirada de dentro do subsolo para o exterior. Tal forma de interpretação afronta diretamente a Constituição, pois o legislador constituinte, para evitar qualquer dúvida, diz que “inclusive os recursos minerais do subsolo” pertencem à União,

27 STJ, 3ª Seção, CC 34183 SP, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em: 12 jun. 2002, DJ, 05 ago. 2002, p. 201. No mesmo sentido: STJ, 3ª. Seção, CC 18839/RJ Rel. Min. Vicente Leal, julgado em: 12 mar. 1997, DJ, 14 abr. 1997 p. 12687, LEXSTJ v. 97, p. 266, RTJE v. 161, p. 189; STJ, 3ª. Seção, CC 36225/SP, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em: 13 nov. 2002, DJ, 09 dez. 2002, p. 282, RSTJ v. 165 p. 436; STJ, 3ª Seção, AgRg no CC 30932/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em: 09 abr. 2003, DJ, 05 maio. 2003, p. 217, RJADCOAS v. 45, p. 526.

28 STJ, S3, CC 33377 RJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, julgado em: 10 set. 2002, DJ, 24 fev. 2003, p. 182.

numa clara alusão aos recursos minerais à superfície (como areia, rochas, seixos, argila etc.).

O mesmo julgado traz ainda outro argumento, igualmente errôneo. Como o art. 21 da Lei n. 7.805/89 só incrimina a extração clandestina de areia do subsolo, quando a exploração é feita a céu aberto (ou seja, à superfície) incide a contravenção penal do art. 26, alínea “o”, da Lei n. 4.771/65 (Código Florestal): “extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer outra espécie de minerais”. E como a Justiça Federal é incompetente para julgar contravenções (CF, art. 109, inc. IV), a competência seria da Justiça Estadual.

Atualmente, o art. 26, “o”, do Código Florestal foi revogado pela Lei n. 9.605/98, art. 44, que criminalizou a mesma conduta e tem idêntica redação: “Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais”. O argumento de então (reproduzido acriticamente nos julgados posteriores e recentes da 3ª. Seção do STJ) cai por terra, primeiro perante a Constituição Federal e, segundo, diante da atual Lei de Crimes Ambientais.

Para concluir, é preciso referir que o constituinte de 1988 foi tão cioso da dominialidade da União sobre os recursos minerais que volta a repetir no art. 176, *caput*: “As jazidas, em lavra ou não, e **demais recursos minerais** e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e **pertencem à União**, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra”.

E pertencem à União, não apenas as massas individualizadas de substâncias minerais, encontradas na superfície ou no interior da terra (jazidas), mas também os agregados (areia, argila, seixo etc) que se acham à superfície.

7.2 Manutenção em cativeiro de animais silvestres

A fauna silvestre não figura entre os bens da União, de acordo com o art. 20 da Constituição Federal. Desse modo, a manutenção em cativeiro de espécimes da fauna silvestre sem a devida autorização do Ibama não fere interesse direto e específico da União. Se, todavia, prova-se que os animais silvestres foram apanhados em área pertencente à União, a competência para processar e julgar o crime é da Justiça Federal (art. 109, IV, CF).

A circunstância de a manutenção em cativeiro de espécimes silvestres depender de prévia autorização do Ibama, em razão de suas atribuições de preservação, conservação, fiscalização e controle dos recursos naturais renováveis, não determina a competência da Justiça Federal para processar e julgar o delito previsto no art. 29, §1º, III, da Lei nº 9.605/98²⁹.

7.3 Uso de motosserra

A utilização de motosserra, sem a devida licença do Ibama (art. 51, da Lei nº 9.605/98), não fere interesse direto e específico da União a ensejar a competência da Justiça Federal³⁰, desde que, obviamente, o acusado não utilize o apetrecho para derrubar árvores em Unidades de Conservação da União, ferindo, assim, bens ou interesses diretos.

7.4 A atividade fiscalizatória do IBAMA

A competência da Justiça Federal para julgar crimes ambientais não se firma pela simples intervenção de um agente administrativo de órgão federal. É necessário que esteja presente um dos requisitos constitucionais: ofensa a bem, serviço ou interesse.

29 TRF 1ª R, 4ª T, Recurso Criminal nº 2001.43.00.000948-8/TO, Rel. Ivani Silva da Luz, 08 out. 2002. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/44732476>>. Também STJ, 3S, CC 33068 SP, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em: 17 fev. 2002, DJ, 25 mar. 2002, p. 175.

30 TRF 1ª. R., Recurso Criminal nº 2003.39.00.006345-6, Rel. Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, julgado em: 10 fev. 2004. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/47026486>>.

A circunstância de o IBAMA, no desempenho de suas atribuições de preservação, conservação, fiscalização e controle dos recursos naturais renováveis, haver autuado o réu pela suposta prática da conduta descrita no art. 51, da Lei nº 9.605/98, não determina a competência da Justiça Federal para processar e julgar a respectiva ação penal. Precedentes dos egs. Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional Federal³¹.

A simples presença de um órgão federal, seja como agente executor ou fiscalizador de normas fixadas para o meio ambiente, seja como agente responsável pelo licenciamento de atividades que, efetiva ou potencialmente, possam causar dano ao meio ambiente, não interfere na competência da Justiça Federal. Isso porque o Ibama, especificamente, fiscaliza da mesma forma que qualquer outro órgão integrante do SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente). O que define a competência não é a intervenção de quaisquer desses órgãos, mas diretrizes outras fixadas na Constituição ou na lei.

A partir da Constituição Federal de 1988, a competência da Justiça Federal, para processar e julgar crimes cometidos contra o meio ambiente, só ocorre quando praticados em terras ou águas pertencentes à União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas ou quando há ofensa a um serviço e/ou interesse específicos e diretos desses órgãos, como, por exemplo, no primeiro caso, quando praticados nos bens da União descritos no artigo 20, da Constituição Federal, ou, no segundo caso, quando cometidos no interior de uma unidade de conservação da União, como estabelecido no artigo 225, III, da Constituição Federal, ou, ainda, claro, quando tratar-se de delito ecológico previsto em tratado ou convenção internacional, ou a bordo de navio ou aeronave (CF, art. 109, V e IX)³².

31 TRF 1ª. R., Recurso Criminal nº 2003.39.00.006345-6, Rel. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, julgado em: 10 fev. 2004. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/47026486>>. Cf. precedente do STF, HC 81.916-8/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, T2, ac. un., DJ, 11 out. 2002.

32 TRF 1ª. R., Recurso Criminal nº 2003.39.00.005375-3/PA, Rel. Plauto Ribeiro, 2004. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/47142188>>.

7.5 Desmatamento

No crime de desmatamento cometido em terras particulares não oneradas, a competência é da Justiça Estadual. Também o crime previsto no artigo 39, da Lei 9.605/98, consistente em cortar árvores de floresta considerada de preservação permanente, perpetrado em terras particulares³³ ou em unidades de conservação não federais, também compete à Justiça Estadual processar e julgar. Em ambos os casos, não se vislumbra, em tese, violação a bens, interesses ou serviços da União.

PENAL E PROCESSO PENAL - CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE - EXTRAÇÃO DE MADEIRA (AROEIRA) SEM AUTORIZAÇÃO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. A proteção e preservação do meio ambiente, para o presente e para o futuro, são responsabilidade e obrigação de todo ser humano, constituindo matéria de condomínio legislativo entre União, Estados e Municípios (CF, art. 23), não se justificando, desde aí, a exclusiva competência da Justiça Federal na repressão aos delitos ambientais. 2. À minguada de previsão legal específica (o proposto parágrafo único do art. 26 da Lei n. 9.605/98, que previa a competência privativa da Justiça Federal, foi vetado e o veto mantido), aplica-se a regra geral da repartição de competência, em que a competência da Justiça Estadual é ampla e residual, reservados à Justiça Federal os crimes em que caracterizada lesão a, ou em detrimento de, bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (CF, art. 109, IV), especificamente pertinentes e objetivamente demonstrados. 3. Se desde a Lei n. 9.605/98, que revogou a Lei n. 5.197/67, os animais silvestres (art. 1º) não mais se consideram propriedade da União, opção legislativa mais coerente com a atual concepção da corresponsabilidade de todos pelo meio ambiente, a fauna e

33 STJ. Quinta Turma. REsp 697585/TO. Recurso Especial 2004/0099400-2. Rel. Min. Gilson Dipp.DJ, 18 abr. 2005, p. 383; STJ. Terceira Seção. CC 30260/MG. Conflito de Competência 2000/0082565-4. Rel. Min. Fontes de Alencar. DJ, 14 jun. 2006, p. 194.

a flora não são reservas federais exclusivas, salvo quando respeitantes a relação direta e substancial com os entes federais, razão pela qual ilegais desmatamentos, transportes de madeira, de carvão etc não se afetam à Justiça Federal pelo só fato de ausência de autorização do órgão federal, por isso que tais atividades se sujeitam à atividade estadual. 4. Não é a Mata Atlântica, que integra o patrimônio nacional a que alude o artigo 225, § 4º, da Constituição Federal, bem da União. Por outro lado, o interesse da União para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no art. 109, IV, da Carta Magna tem de ser direto e específico, e não, como ocorre no caso, interesse genérico da coletividade, embora aí também incluído genericamente o interesse da União. - Conseqüentemente, a competência, no caso, é da Justiça Comum Estadual³⁴

Desmatamentos ocorridos em unidades de conservação não federais ou em áreas particulares, embora localizadas na Floresta Amazônica brasileira, na Mata Atlântica, na Serra do Mar, no Pantanal Mato-Grossense e na Zona Costeira, não ensejam a competência da Justiça Federal para processar e julgar os feitos criminais respectivos. Isso porque tais biomas constituem patrimônio nacional e não patrimônio federal, portanto, o interesse da União em sua conservação é genérico e secundário, incapaz de atrair a competência da Justiça Federal (*vide* tópico 4.1).

7.6 Delito envolvendo espécies animais ameaçadas de extinção

Compete à Justiça Federal processar e julgar ação penal que tenha por objeto crime ambiental envolvendo espécie da fauna em perigo de extinção, tendo em vista o manifesto interesse do Ibama (interesse qualificado: direto e imediato), já que lhe incumbe, além

34

STF, 1ª T., RE 300.244-9/SC, Rel. Min. Moreira Alves, ac. un., DJ, 19 dez. 2001.

de elaborar o levantamento e a listagem dos animais em vias de extermínio, a concessão de autorização prévia para a captura e criação de tais espécimes (art. 54 da Lei nº 9.985/2000)³⁵.

7.7 Pesca proibida

Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente é crime ambiental previsto no art. 34 da Lei n. 9.605/98. Em regra, a competência para julgar tais crimes é da Justiça Estadual, salvo se presentes circunstâncias (ofensa a bens, serviços ou interesses da União) que atraíam a competência federal, como: pesca pedratória em rio interestadual³⁶, no mar territorial³⁷, em unidades de conservação da União (FREITAS/FREITAS, 2000, p. 53) etc.

8 Conclusões

I- À míngua de previsão legal específica, aplica-se a regra geral da repartição de competência, em que a competência da Justiça Estadual é ampla e residual, reservados à Justiça Federal, na tutela penal ambiental, os crimes cometidos em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (art. 109, IV, CF).

II- Tendo em vista que a competência para proteger o meio ambiente – bem como de exercer o poder de polícia com o fim de assegurar o cumprimento das normas – é comum, sendo compartilhada pela União, Estados e Municípios, o interesse da União (ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas) apto a atrair a competência da Justiça Federal deve ser direto,

35 TRF4, 8ª. T, ACR 40396 RS, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, julgado em: 28 mar. 2007. D.E, 11 abr. 2007; STJ, 3ª Seção, CC 37.137, Rel. Min. Felix Fischer, DJ, 14 abr. 2003, p. 178; TJRS, RSE, Rel. Des. Constantino Lisboa de Azevedo, julgado em: 19 mar. 2009. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/57379312>>.

36 STJ, Terceira Seção. CC 33987/MS. Conflito de Competência 2001/0189712-0. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ, 17 dez. 2004, p. 411; STJ, 3ª. Seção, CC Nº 39.055. RS, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em: 23 fev. 2005. DJ, 11 abr. 2005.

37 STJ, 3ª. Seção, CC 33333 SC, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em: 17 fev. 2002. DJ, 25 mar. 2002, p. 175; JBC v. 44, p. 160.

imediatamente, específico e bem delineado. Sem essas características, apresentando-se um interesse genérico ou mediato para o caso específico, compartilhado igualmente pelos demais entes federativos, a competência é da Justiça Estadual.

III- Para a incidência da norma constitucional (art. 109, IV), basta a ofensa direta a bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, não sendo necessária a ocorrência de efetivo prejuízo;

IV- A atividade de fiscalização ambiental exercida pelo Ibama, ainda que relativa ao cumprimento da Lei de Crimes Ambientais, configura interesse genérico, mediato ou indireto da União, para fins do art. 109, IV, da Constituição Federal. E dessa forma, não atrai a competência da Justiça Federal, salvo se estiver presente um dos requisitos constitucionais: ofensa a bem, serviço ou interesse da União (ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas).

The competence of Federal Justice in the environmental crimes

Abstract: The thesis aims to face the theoretical problem about competence of federal justice and of the states in the environmental crimes. The essay arose from the evidence, in daily practice, conflicts of attribution and jurisdiction. In this regard, the research tried to synthesize rules and principles about actuation of Federal Justice in the environmental crimes and, consequently, of the state courts. Also, was undertaken the try, at every turn, of the to collect the present understanding of the courts about subject.

Keywords: Environmental crimes. Competence. Federal Justice. State Courts. Conflicts.

Referências

- ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito Ambiental*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 156 e 157
- BOLLMANN, Vilian. Aspectos da competência da Justiça Federal no Direito Ambiental. A intervenção do Ministério Público Federal ou do IBAMA. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 12, n. 1829, 4 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11424>>. Acesso em: 06 dez. 2009.
- CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da justiça federal*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2000.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. v. 3.
- FREITAS, Vladimir Passos de; e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a Natureza*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini.; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
- MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas: Millenium, 2000.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 14. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1994.
- MEIRELLES, Dimária Silva e. Conceito de serviço. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 26, n. 1 (101), jan./mar. 2006, p. 119-136.
- MELLO, Osvaldo Ferreira de. *Tendências do federalismo no Brasil*. Florianópolis:Lunardelli, 1978.
- MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. *Competência Criminal da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15553/15117>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Análise do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos – CBPC

Daniel Antonio de Aquino Neto¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Anteprojeto. 2.1 Da tutela coletiva. 2.2 Dos pressupostos processuais e das condições da ação. 2.3 Da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta. 2.4 Da postulação. 2.5 Da prova. 2.6 Do julgamento, do recurso e da coisa julgada. 2.7 Das obrigações específicas. 2.8 Da liquidação e da execução. 2.9 Do cadastro nacional de processos coletivos e do Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos. 2.10 Das ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos. 2.11 Da ação coletiva passiva. 2.12 Procedimentos especiais. 2.13 Disposições finais. 3 Conclusão. Referências.

Resumo: Trata-se de um estudo sobre o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, analisando seus fundamentos jurídicos, mudanças mais marcantes e eventuais impactos no caso de aprovação, bem como expondo suas falhas e omissões. O trabalho se dá mediante cotejo do texto com outros diplomas legais e doutrina pátria.

Palavras-chave: Processos coletivos. Anteprojeto.

1 Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro é profundamente marcado pelo Direito francês pós-revolucionário, com sua forte característica de positividade e ênfase individual que ficaram bem impressas nos códigos napoleônicos². Segundo historiadores de calibre³, a tônica dos ideais revolucionários

1 * Professor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) nas disciplinas de Teoria Geral do Direito, Direito Empresarial e Direito do Consumidor. Bacharel em Ciências Jurídicas (UFAM), Especialista em Direito Empresarial (UnifMU) e mestrando em Direito Ambiental pela UEA.

2 Embora seja comum falar-se em “Código de Napoleão” ao se referir ao Código Civil de 1804, também houve outros três “códigos napoleônicos”: O Código de Processo Civil de 1807; o Código Comercial de 1808; o Código Penal e de Instrução Criminal de 1810.

3 Vide HOBBSAWN, Eric J., A Era das Revoluções: 1789-1848. Paz e Terra, p. 325 a 349.

foi forjada em grande parte pela mentalidade da ascendente burguesia comercial e industrial, enfatizando a igualdade formal perante a lei e a liberdade direcionada particularmente para as “liberdades negativas”, ou seja, a liberdade individual de não ser coagido pelo Estado. Neste viés, o direito processual não poderia ser diferente. A tutela pessoal se impõe.

Tendo em vista a imensa influência da cultura francesa, o pensamento jurídico da mesma espalhou-se por boa parte do mundo ocidental. A princípio, tal espraiamento se deu através dos exércitos revolucionários que ocuparam boa parte da Europa ocidental acima dos Pirineus. Contudo houve também um alastramento pacífico, resultado mesmo do magnetismo cultural gaulês.

Segundo o filósofo BENTHAM⁴, cada homem sabe o que é melhor para si e ninguém mais apto que ele mesmo para decidir isto. Cada indivíduo é um ser único, sendo impossível replicá-lo. A busca da satisfação individual seria o melhor meio de se obter a prosperidade coletiva.

Ocorre, contudo, que se cada ser humano difere do outro, o mero fato de deter a condição humana também cria semelhanças. Os interesses das pessoas certamente não são totalmente coincidentes, mas também é impossível que sejam totalmente distintos.

A mudança de ótica viria a partir do final do século XIX para início do século XX mediante uma nova visão do Direito que contemplava as coletividades. O grande reflexo de tal mudança foi o surgimento das constituições dirigentes do México (1917) e de Weimar (1919), consagrando não apenas os direitos e garantias individuais, mas também os direitos sociais, como saúde, educação, trabalho, etc.

Tal reviravolta não deixou de refletir-se no Brasil, onde foi promulgada a primeira carta de cunho social em 1934, embora

4 Introduction to Principles of Moral and Legislation, 1781.

5 Busca esta pautada por padrões éticos e legais. A doutrina do *laissez-faire, laissez-passez* jamais advogou um mundo anárquico. Diga-se de passagem, muito antes de escrever A Riqueza das Nações, Adam Smith já se notabilizara pela obra A Teoria dos Sentimentos Morais, no qual defendia o arcabouço moral como lastro social.

com vida curta, já que foi substituída pela famigerada “polaca” de 1937⁶.

Também em 1934 a ação popular é prevista na Carta Magna da época, contudo, o processo coletivo vai esperar até a década de 80 para aparecer como grande protagonista em nosso ordenamento jurídico, tendo por precedentes intelectuais os estudos italianos: “O estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos 70. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker anteciparam o Congresso de Paiva de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais.”

Os marcos legais da virada foram a Lei 7.347/85 da Ação Civil Pública e a Lei 8.078/90 que é o Código de Defesa do Consumidor⁷. Este último tendo ainda a peculiaridade de ter se tornado uma fonte analógica para interpretação do processo coletivo cível em geral.

Podemos identificar a gênese e estrutura do anteprojeto do CBPC na elaboração do texto que se deu mediante coordenação da Prof^{fa}. Ada Pellegrini Grinover da FDUSP. Ele resulta do reconhecimento dos seguintes fatores:

- Em uma sociedade massificada, a comunhão de interesses sobre diversas situações é coisa comum;
- O aparelho judiciário brasileiro está absolutamente abarrotado, tendo em vista o volume de processos, déficit de magistrados e servidores, bem como um sistema recursal cuja mudança se clama há tempos. Muitas dessas demandas poderiam ser resolvidas em massa⁸ ao invés de serem apreciadas individualmente;
- O processo coletivo seria também um meio de

6 A despeito do cunho autoritário da Constituição de 1937 (cuja criação política foi de Getúlio Vargas, tendo o jurista Francisco Campos sido o autor do texto), não se pode acusá-la como um todo de nefasta, vez que manteve as conquistas principais da Carta de 1934.

7 Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 782.

8 Isto de maneira alguma é um rol exaustivo. A própria exposição de motivos do anteprojeto aponta também os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992; o artigo 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 80, 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

9 Tendo em vista ser o Estado o grande cliente do Poder Judiciário, particularmente útil seria a aplicação de regras processuais em ações referentes a perdas por planos econômicos (Bresser, Verão, Collor I e II, etc.) e questões ligadas a FGTS, administrado pela empresa pública Caixa Econômica Federal.

reduzir a insegurança jurídica, vez que ao invés de uma multiplicidade de decisões (fatalmente com as contradições de praxe, tendo em vista o princípio do livre convencimento motivado).

Objecções também foram feitas no tocante à própria conveniência de se codificar o direito processual coletivo. Tais ressalvas se concentraram basicamente em dois argumentos: o código planejado seria ainda prematuro, devendo-se aguardar que o ordenamento já existente produza mais frutos; a codificação engessaria um direito cujos parâmetros ainda estão sendo largamente discutidos na doutrina e na jurisprudência, correndo-se o risco de “matar no ventre” (outros diriam “resolver no nascedouro”) toda uma problemática processual ainda não resolvida.

A forma da codificação também teria ficado a desejar, segundo muitos. Trata-se de um anteprojeto de apenas 60 artigos, o que conseqüentemente deixa muita coisa a ser interpretada de acordo com o Código de Processo Civil. A respeito da exegese do anteprojeto, retornaremos a esta discussão quando falarmos do art. 48.

2 Anteprojeto

Comentar-se-á o anteprojeto seguindo sua estrutura sequencial.

2.1 Da tutela coletiva

O primeiro capítulo do anteprojeto praticamente copia o disposto no Código de Defesa do Consumidor ao estipular que seu disposto não exclui a admissão de outras ações¹⁰ em demais

10 Art. 1º. Para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são admissíveis, além das previstas neste Código, todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

diplomas legais para a defesa dos direitos coletivos, os quais são conceituados em suas três modalidades (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos)¹¹.

Chama a atenção o parágrafo único do art. 2º¹². Em vista de diversas tentativas de se utilizar a ação coletiva como substituto de ADIN, vedou-se expressamente que a ação coletiva tenha pedido de declaração de inconstitucionalidade, resguardada a arguição prejudicial por controle difuso.

2.2 Dos pressupostos processuais e das condições da ação

O art. 3º¹³ esclarece a questão da competência territorial, o que no Código de Defesa do Consumidor restara ambíguo em função da redação dúbia do art. 93¹⁴ do CDC. Note-se que em matéria de ação coletiva por dano ambiental, o STJ já se pronunciou (Resp 21.8492/2002) no sentido de que o DF e as capitais dos Estados são foros concorrentes para ação de dano ambiental nacional. Ainda a respeito da questão territorial, o art. 57, b, estipulou a possibilidade de foro domiciliar para ações individuais movidas por idosos.

A prioridade da ação coletiva fica resguardada no art. 4º, bem como a previsão de competência da justiça especializada e regra de conexão nos arts. 5º e 6º¹⁵ respectivamente.

11 Art. 2º. A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os direitos subjetivos decorrentes de origem comum.

12 Parágrafo único - Não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

13 Art. 3º. É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

§1º. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

§ 2º. Em caso de dano de âmbito nacional, serão competentes os foros das capitais dos estados e do distrito federal.

14 Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

15 Art. 6º Se houver conexão entre causas coletivas, de qualquer espécie, ficará prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, devendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

O art. 7º¹⁶ trata da litispendência, nada dispondo de novo que não pudesse ter sido extraído analogicamente do próprio Código de Processo Civil.

A seção III que se refere às condições da ação coletiva e seus legitimados merece mais atenção.

A legitimação ativa é ampliada pelo art. 9º (havendo competência concorrente entre todos os legitimados) em comparação com o CDC, cuja redação do art. 82 contempla o Ministério Público, União, Estados, DF e Municípios, entidades e órgãos da Administração Pública e associações. O art. 9º incluiu a Defensoria Pública, pessoa física (para direitos difusos) ou integrante de grupo (para direitos coletivos e individuais homogêneos), partidos políticos e sindicatos. A OAB não é contemplada (como muitos esperariam por conta do Estatuto do Idoso).

Cabe um rápido lembrete: A legitimidade individual para ações coletivas já tem precedente na corte máxima infraconstitucional. Vide o Resp. 33653-7 STJ.

Uma crítica que pode ser feita é referente aos critérios de aferição de legitimação trazidos pelo artigo 8º¹⁷. Enquanto

16 Art. 70. A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados.

§ 1o. Estando o objeto da ação posteriormente proposta contido no da primeira, será extinto o processo ulterior sem o julgamento do mérito.

§ 2o. Sendo o objeto da ação posteriormente proposta mais abrangente, o processo ulterior prosseguirá tão somente para a apreciação do pedido não contido na primeira demanda, devendo haver a reunião dos processos perante o juiz prevento em caso de conexão.

§ 3o. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas neste artigo, as partes poderão requerer a extração ou remessa de peças processuais, com o objetivo de instruir o primeiro processo instaurado.

17 Art. 8o. Requisitos específicos da ação coletiva. São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz:

I – a adequada representatividade do legitimado;
II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

§ 1o. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como:

- a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;
- seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
- sua conduta em outros processos coletivos;
- a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda;
- o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

§ 2o. O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 3o. do artigo seguinte.

o CDC é bastante claro no sentido de que somente associações fundadas há pelo menos um ano podem promover ações coletivas, ressaltando-se o critério do manifesto interesse social que dispensa o lapso mínimo de pré-constituição, o anteprojeto é bem menos preciso, vez que abre consideravelmente a discricionariedade do magistrado para determinar quem pode ser legitimado ou não. Uma tal gama de requisitos pode tornar a legitimação algo bastante variável, podendo um ente em dado momento ser legitimado e em outro momento já não o ser. Por via das dúvidas, o anteprojeto contempla situação permissiva da continuidade da ação coletiva no caso de inexistência ou perda da legitimidade processual¹⁸.

Cabe ainda perguntar: Haverá meios e tempo hábil para o juiz aferir todos estes itens exigidos pelo artigo? Repetimos a pergunta de GRINOVER: “(...) existiria, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de aferição, pelo juiz, de uma condição para o exercício da ação coletiva, denominada “representatividade adequada...?”¹⁹.

Acreditamos que não. Melhor seria manter a regra objetiva do CDC. Por outro lado, não podemos deixar de reconhecer que a responsabilidade por uma ação coletiva é imensa, já que eventual inabilidade da parte ou de seu patrono não prejudicará apenas um interesse isolado, mas sim o de uma coletividade. Certamente por isso que foram colocadas tantas cautelas para se aferir a legitimidade da parte.

No tocante à legitimidade individual, sem dúvida alguma há receio pelo seu mau emprego, particularmente em meio a uma população de baixa instrução e tão manipulável como a nossa. GRINOVER judiciosamente explica que:

18 Art. 90 § 3o. Em caso de inexistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, o juiz notificará o Ministério Público, observado o disposto no inciso III, e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação. Havendo inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 10 deste código.

19 GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 790.

Cabe deixar advertido que é preciso evitar-se que graves erros, dúvidas, principalmente os que possam decorrer da mentalidade incapaz de captar com sensibilidade social as invocações trazidas pelo código e os provocados pelo vedetismo ou espírito político-eleitoreiro, possam comprometer irremediavelmente o pleno êxito de todo esse instrumental, principalmente as ações coletivas, que têm tudo para solucionar adequadamente os inúmeros conflitos de interesses coletivos que marcam a sociedade contemporânea²⁰.

Por fim, acresça-se que o controle jurisdicional da representatividade processual pode ser considerado algo conflituoso com a Constituição Federal, conforme o art. 5º, LXX a LXXIII.

A respeito do Ministério Público, sua legitimidade fica condicionada ao relevante valor social da demanda, conforme o art. 9º, § 2º²¹. Cabe lembrar que o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor coloca o *parquet* como co-legitimado para ações coletivas referentes a direitos difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos, sem fazer qualquer ressalva. Todavia desde o início foi bastante criticada a interpretação literal do CDC neste aspecto (destacando-se a opinião de MAZZILLI²²). GRINOVER explica que: “Não se pode ir ao extremo de permitir que o Ministério Público tutele interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social²³.”

Dá a relevância do § 2º ao estipular o interesse social como pré-requisito para intervenção ministerial em ações coletivas. Note-se, contudo, que tal entendimento pode conflitar com o art. 127 da CF/88, cujo *caput* fala exclusivamente em “interesse social” a respeito da atuação do MP, nada dispondo sobre sua relevância.

20 GRINOVER; MENDES; WATANABE, op. cit., p. 815.

21 Art. 9º § 2o. Em caso de interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

22 MAZZILLI, Hugo Nigro, A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 47.

23 GRINOVER; MENDES; WATANABE, op. cit., p. 817.

2.3 Da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta.

Como já dito, uma das finalidades do anteprojeto é reduzir o volume de processos judiciais. O art. 10 visa auxiliar este escopo, colocando o magistrado no papel ativo de comunicar aos legitimados da existência de várias ações individuais para que algum deles interponha ação coletiva.

O art. 11²⁴, contudo, ao tratar do inquérito civil, sem dúvida interfere na autonomia funcional do Ministério Público, que é regido por uma lei orgânica nacional subordinada à Constituição Federal. É bastante questionável que o anteprojeto de um código processual estipule penalidades e procedimentos internos ao MP e é isto o que vemos nos §§ 2º e 4º. Aliás, também vemos isto no parágrafo único do art. 10.

O § 3º traz alguns problemas: Uma vez que o inquérito é procedimento inquisitorial, não cabendo defesa ou instrução por parte do investigado²⁵. Todavia ao determinar que os interessados poderão apresentar argumentos e documentos, o dispositivo legal abre possibilidade de o investigado intervir no procedimento. Tal interpretação pode conflitar com o art. 129, III da CF.

O art. 12 nada de novo traz a respeito do termo de ajustamento de conduta (chamado de “compromisso de

24 Art.11. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica.

§ 1o. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 2o. Os autos do inquérito civil ou das peças informativas arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 10 (dez) dias, ao órgão com atribuição para homologação, na forma da Lei Orgânica.

§ 3o. Até que, em sessão do órgão com atribuição para homologação, seja homologada ou rejeitada a promoção, poderão os interessados apresentar razões escritas e documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças e informação.

§ 4o. Deixando o órgão com atribuição de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

25 Embora haja sérias controvérsias sobre a natureza do inquérito, na teoria e na prática prevalece a corrente inquisitorial.

ajustamento de conduta” no anteprojeto), exceto pelo parágrafo único²⁶ que coloca o MP como fiscal de TACs nos quais ele não tenha tomado parte.

2.4 Da postulação

A respeito de custas, emolumentos e honorários, o art. 13 em grande parte reproduz o art. 87 do CDC, determinando isenção inicial para os autores da ação coletiva, embora determinando a punição por lide temerária e litigância de má-fé de maneira draconiana²⁷. Os §§ 1º e 2º não discrepam do disposto no Código de Processo Civil. A inovação está no § 4º que estipula uma espécie de *pro labore* a pessoa física, sindicato ou associação que tenha tido importância participativa para o desfecho da ação.

O art. 14 não traz nada que já não esteja nas prerrogativas do Ministério Público a respeito do poder requisitório de certidões. Já o art. 15²⁸ prevê hipóteses de aditamento da inicial que transcendem ao que prevê o CPC, embora ressalve que o magistrado deve sempre atentar para o contraditório.

Embora o art. 16 não seja um dispositivo inovador, ao assinalar o prazo de 72 horas para a parte contrária se manifestar, no caso de tutela liminar, cria um bom-meio termo entre os perigos da tutela inaudita e a espera (usualmente de 10 a 15 dias) para manifestação da outra parte, que pode gerar perecimento de direito. Muitas vezes a concessão de liminares inauditas é dificultada pelo receio (justificado ou não) do magistrado em criar uma de *periculum in mora* inverso na qual a outra parte

26 Parágrafo único - Quando o compromisso de ajustamento for tomado por legitimado que não seja o Ministério Público, este deverá ser cientificado para que funcione como fiscal.

27 Deixe-se claro que o autor é totalmente favorável a um tratamento mais severo para litigância de má-fé e lide temerária, todavia tal tratamento deve ser generalizado e não apenas aplicar-se a uma ou outra categoria, como comumente tenta se fazer, por exemplo, com o Ministério Público.

28 Art. 15. Pedido O juiz permitirá, até a decisão saneadora, a ampliação ou adaptação do objeto do processo, desde que, realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado à parte contrária, à celeridade e ao bom andamento do processo e o contraditório seja preservado.

seja posta em xeque sem ao menos ser ouvida. Ao assinalar um prazo especial de três dias, a lei dá mais tranquilidade ao magistrado para conceder a medida acautelatória sem ouvir a outra parte, vez que não tardará para mesma se manifestar e assim poderá revogar-se a decisão sem grandes prejuízos que poderiam ocorrer no prazo processual normal.

2.5 Da prova

O art. 19, em seu *caput*, é absolutamente inócuo, vez que apenas reafirma aquilo que a teoria das provas sempre estipulou, repudiando *the fruits of the poisoned tree*. É em seus parágrafos que encontramos pontos de fulcral importância.

O § 1º²⁹ estipula que o ônus caberá ao hiperssuficiente do ponto de vista técnico. Cabe lembrar que o CDC em seu art. 6º, VIII estipula como requisitos para inversão do ônus da prova a verossimilhança ou a hipossuficiência. O anteprojeto do CBPC nada contempla sobre a verossimilhança (excluindo-a, portanto) e deixa claro que a hipossuficiência a que se refere não é a socioeconômica, mas sim a técnica. Note-se que embora o CDC não determine o tipo de hipossuficiência a que se refere, grande parte da doutrina já se filiará à corrente de que a hipossuficiência em relações de consumo deveria ser aferida tecnicamente. Diga-se de passagem, o próprio anteprojeto adequa o CDC à nova regra no art. 57³⁰.

O § 2º³¹ é de importância fundamental para ajudar a corrigir uma injustiça decorrente de uma interpretação

29 Art. 19, 1o. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora.

30 Art. 57. Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

a) o inciso VIII do artigo 6o. da lei 8078/90 passa a ter a seguinte redação:

Art. 6o. inciso VIII – a facilitação da defesa dos seus direitos, incumbindo o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

31 § 2o. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

totalmente inconstitucional do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. O mesmo faculta ao julgador a inversão do ônus da prova, porém é lacunoso no sentido de não explicitar em que momento a inversão deverá ocorrer. Ora, a interpretação deve seguir os patamares constitucionais da ampla defesa e contraditório. Assim sendo, o mais correto seria o magistrado determinar a inversão no despacho saneador ou então, caso só se convencesse desta quando da instrução, que dilatasse o prazo da mesma para a parte incumbida encarregar-se de produzir a prova de que necessitasse.

Todavia vários doutrinadores resolveram adotar a polêmica tese de que a inversão é critério *ope iudice*, ou seja, de julgamento, podendo ser realizada mesmo após o encerramento da instrução probatória **sem qualquer dilação probatória concedida à parte**, o que atinge os princípios do contraditório e da ampla defesa. Vejamos tal posicionamento:

Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, mantemos o mesmo entendimento...: é o do julgamento da causa. É que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, e orientam o juiz, quando há um non liquet em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa.³²

Em reforço a sua ideia, GRINOVER recorre ao raciocínio esposado por Cecília Mattos em sua dissertação de mestrado:

(...) no instante de sentenciar, apreciará o julgador a necessidade de utilizar-se das regras do ônus da prova, invertidas ou não... A partir destes argumentos, discorda-se da posição dos autores que sustentam que a inversão deve se dar no recebimento da petição inicial, no despacho saneador ou, ainda, durante a instrução, justificando essa posição com o argumento de que, do contrário, haveria ofensa à ampla defesa do fornecedor³³.

32 GRINOVER, Ada Pellegrini. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto, p. 796.

33 Ibid., p. 796

Felizmente o art. 19 do CBPC prevê o ônus da prova a ser deliberado no despacho saneador e podendo ser reconsiderado durante a instrução, abrindo-se prazo razoável à parte contrária a que produza novas provas.

Embora, a princípio, tal disposto refira-se ao processo coletivo, ele sem dúvida – uma vez aprovado o anteprojeto – servirá para integrar a lacuna do CDC mediante analogia.

O § 3º³⁴ não contém qualquer inovação, vez que a regra do *ne procedat iudex ex officio* há muito tornou-se letra morta em grande parte do processo civil.

2.6 Do julgamento, do recurso e da coisa julgada

O art. 20, a princípio, nada traz de novo. O princípio da motivação evidentemente jamais albergou decisões fundamentadas genericamente³⁵. O art. 21 reafirma o efeito natural de cada recurso (devolutivo), embora albergando o efeito suspensivo no caso de lesão grave ou de difícil reparação. O art. 22 reafirma algumas das regras já sedimentadas pelo CDC: Efeito *erga omnes* para a decisão condenatória (independente da competência territorial); não prejuízo às ações individuais, ressalvados os detentores de direitos individuais homogêneos vinculados à ação coletiva.

2.7 Das obrigações específicas

Tal capítulo não traz qualquer novidade que já não estivesse prescrita no CDC, exceto por um maior detalhamento do poder judicial para determinar providências sobre a destinação de indenizações derivadas de condenações.

34 § 3º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

35 Embora seja impressionante o número de decisões (particularmente interlocutórias) que simplesmente reproduzem o clichê *denego o pedido por não vislumbrar os requisitos necessários* e nada mais dizem.

2.8 Da liquidação e da execução

As disposições deste capítulo estipulam a atribuição subsidiária do Ministério Público para execução de sentença em ação coletiva no caso de inércia do titular, bem como diferencia a execução permanente da provisória.

2.9 Do cadastro nacional de processos coletivos e do Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

A regulamentação de tal cadastro é fundamental para a operacionalização das disposições sobre litispendência e continência. Em relação ao fundo³⁶, cuida-se de seu controle e transparência.

2.10 Das ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos

O art. 30 elenca mais dois elementos a serem aferidos para admissibilidade de uma ação coletiva, quais sejam: Predominância do interesse comum e utilidade concreta da tutela. Valem os questionamentos já feitos: Isto não é genérico

36 Art. 28. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o cadastro nacional de processos coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, facilitando a sua publicidade e o exercício do direito de exclusão.

§ 1º. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídas ações coletivas remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial ao cadastro nacional de processos coletivos.

§ 2º. O Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do cadastro nacional de processos coletivos, em especial a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência das ações coletivas e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado; disciplinará, ainda, sobre os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e o acompanhamento daquelas por qualquer interessado.

Art. 29. O fundo será administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 1o. Além da indenização oriunda de sentença condenatória, nos termos do disposto no caput do art. 25, constituem também receitas do Fundo o produto da arrecadação de multas judiciais e da indenização devida quando não for possível o cumprimento da obrigação pactuada em termo de ajustamento de conduta.

§ 2o. O representante legal do Fundo, considerado servidor público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

§ 3o. O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e da decisão final do processo.

§ 4o. O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional.

§ 5o. Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvidas.

demais? Não dá ao magistrado um poder que deveria ser do legislador?

No tocante aos legitimamente interessados, cujos interesses são tutelados pela ação coletiva, muitas vezes não são imediatamente identificáveis (como no caso de direitos difusos), daí o art. 31 estipular o elenco dos mesmos pode se dar em fase processual posterior. Puro bom senso.

Evidentemente que os próprios interessados podem habilitar-se, intervir como assistentes ou excluir-se (caso o interessado ache mais vantajosa a tutela individual), conforme o art. 33, daí a total publicidade processual (no sentido real e não apenas formal, como ocorre com todos os processos, ressalvadas as exceções de praxe). O sistema de citação no processo coletivo segue tal dinâmica, conforme o art. 32 prevê.

No tocante aos efeitos do processo, o anteprojeto teve o bom senso de diferenciar os efeitos da transação dos da sentença. No primeiro caso, a transação conterà um prazo de desvinculamento para os interessados que com ela não concordarem, conforme o art. 35³⁷. Todavia uma pergunta permanece: Os insatisfeitos com a transação prosseguiriam de que modo com a ação? Intentariam uma nova ação coletiva? Ações individuais? Poderiam usar automaticamente as provas produzidas na ação originária? O anteprojeto não responde a isto, deixando uma lacuna a ser solucionada.

A sentença, pelo art. 36, pode ser líquida ou ilíquida, podendo a liquidação ser feita em momento posterior pelo juízo competente, conforme o art. 37, podendo ser feita coletiva ou individualmente de acordo com os art. 38 e 40, respectivamente.

O pagamento é disciplinado no art. 39, estipulando banco oficial para depósito das quantias. Ocorre que sob o prisma constitucional, nada justifica os bancos públicos terem tal

37 Art. 35. As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de se desvincularem da transação, dentro do prazo fixado pelo juiz.

Parágrafo único - Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos serão comunicados, nos termos do art. 32, para que possam exercer o seu direito de exclusão, em prazo não inferior a 60 (sessenta) dias.

vantagem sobre o setor privado. O depósito deveria ocorrer na instituição bancária de escolha do recebedor.

O concurso de créditos recebe o mesmo tratamento dado pelo CDC, de acordo com o art. 41.

2.11 Da ação coletiva passiva

A ação coletiva passiva³⁸ nos traz uma novidade interessante. Permite que coletividades organizadas possam ser acionadas em juízo. Será isto um prejuízo a tais coletividades? Uma regra inibitória? De maneira alguma. Um ordenamento jurídico justo se caracteriza pela proporcionalidade de direitos e obrigações. Tendo em vista que os entes coletivos são considerados sujeitos de direitos, nada mais justo que também sejam sujeitos de deveres.

2.12 Procedimentos especiais

Contém dispositivos sobre mandados de segurança e injunção coletivos; ação popular e de improbidade administrativa

2.13 Disposições finais

O art. 55³⁹ é bastante polêmico. O que vem a ser a interpretação “aberta e flexível”? A Hermenêutica Jurídica é disciplina dotada de regras, no mais das vezes, muito bem definidas. Seria tal dispositivo uma carta branca ao magistrado

38 Art. 42. Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 1º. do artigo 8º, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2º.) e se revista de interesse social.

Art. 43. A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 44. Aplica-se complementarmente à ação coletiva passiva o disposto neste código quanto à ação coletiva ativa, no que não for incompatível.

39 Art. 55. Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

para interpretar como queira o código? É o que parece, pois se a lei não tem palavras inúteis, o art. 55 permite transcender as regras hermenêuticas normais. Contudo, como o anteprojeto não cria suas próprias regras de interpretação, o magistrado passa a deter liberdade de ação que pode se tornar excessiva.

O art. 56⁴⁰ dispõe sobre a aplicação subsidiária do CPC, o que seria perfeitamente dispensável, já que isto é uma regra geral de processo.

O art. 58⁴¹ é absolutamente temerário. Revoga a lei da ação civil pública e toda a parte processual do Código de Defesa do Consumidor. Acresça ainda as revogações parciais do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. Podemos inclusive dizer que neste artigo o anteprojeto extrapola seu escopo.

O art. 59 trata da instalação de órgãos julgadores especializados.

3 Conclusão

Tendo apenas 60 artigos, sem dúvida que o anteprojeto não tem um volume digno de ser chamado de “código”. Em consequência, várias omissões podem lhe ser imputadas:

- a) Como já dito, falta ao anteprojeto um arcabouço principiológico que permita inferir-se as regras interpretativas pertinentes;
- b) Não dispõe sobre sistema recursal próprio;
- c) Não dispõe de maneira adequada sobre os mecanismos de defesa no processo;
- d) O disposto sobre mandado de segurança coletivo é parco (como também é a nova lei de MS, conforme já dissemos).

40 Art. 56 Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil.

41 Art. 58. Revogam-se a Lei 7347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei 8078/90, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3º do artigo 5º da Lei 4717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei 7853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei 7913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei 8069, de 13 de junho de 1990; o artigo 2ºA da Lei 9494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei 10741, de 1º de outubro de 2003.

O anteprojeto é sem dúvida um avanço em seu conteúdo, entretanto, a sua forma de sistematização proposta, tal qual código, arrisca engessar a construção de um sistema que, longe de pronto e acabado, ainda está em suas fundações. Um código não é o melhor ponto de partida para isto.

Analyse de L'avant-Projet du Code Brésilien de Processus Collectifs - CBPC

Résumé: Il s'agit d'une étude sur l'avant-projet du Code Brésilien de Procédures Collectives, en analysant leurs fondements juridiques, changements plus marquants et éventuels impacts dans le cas d'approbation, ainsi que comme en exposant leurs imperfections et omissions. Le travail si de la moyennant comparez du texte avec d'autres diplômes légaux et doctrine originaire.

Mots-clés: Processus collectifs. Avant-projet.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BENTHAM, Jeremy, *Introduction to Principles of Moral and Legislation*, 1781. Disponível em: <<http://www.utilitarianism.com/jeremy-bentham/index.html>>. Acesso em: [2010].

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

_____. Lei 7.347 de 24 jul.1985. *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências*. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7347orig.htm>>. Acesso em: [2010].

_____. Lei 8.078, de 11 set. 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: [2010].

_____. Lei 10.741, de 01 out. 2003. *Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências*. Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2003/L10.741.htm>>. Acesso em: [2010].

_____. STJ, Resp. 21.8492/2002.

_____. STJ, Resp. 33653-7.

GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; et. al. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

HOBSBAWN, Eric J., *A Era das Revoluções: 1789-1848*. Trad. Maria L. Teixeira e Marcos Penchel. 23. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos; conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Costumes Tradicionais em Conflito com Direitos da Pessoa Humana

Daniel Antonio de Aquino Neto¹*

Roger Almeida²**

Sumário: 1 Introdução. 2 O problema da antinomia axiológica de princípio. 3 A proteção cultural na Constituição Federal Brasileira de 1988. 4 Dos direitos fundamentais e da natureza da Carta Magna. 5 O conflito entre normas constitucionais. 6 Os costumes indígenas e o ordenamento jurídico pátrio. 7 Um estudo de caso – o problema do infanticídio indígena. 8 Conclusão. Referências.

Resumo: O artigo é um ensaio sobre o conflito entre costumes tradicionais e antinomias axiológicas de princípio em Direito Constitucional Ambiental. Ele parte de uma abordagem genérica sobre princípios sob a ótica da teoria jurídica e da Constituição Federal brasileira de 1988. Entra no delicado problema do relativismo cultural, analisando como caso concreto o infanticídio indígena, concluindo pela primazia da dignidade da pessoa humana sobre o costume.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Ambiental. Antinomias. Princípios. Costumes Tradicionais. Dignidade da Pessoa Humana.

1 Introdução

Como lecionado nas aulas de Introdução ao Estudo do Direito e História do Direito, o costume é a primeira forma de regulação da sociedade, derivando dos hábitos selecionados e depurados por gerações diversas, bem como fontes religiosas ou por vezes meramente construídas.

1 * Professor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) nas disciplinas de Teoria Geral do Direito, Direito Empresarial e Direito do Consumidor. Bacharel em Ciências Jurídicas (UFAM). Especialista em Direito Empresarial (UniFMU). Mestrando em Direito Ambiental pela UEA.

2 ** Magistrado estadual de primeira entrância (comarca de Itamaraty), ex-Delegado de Polícia. Bacharel em Ciências Jurídicas pela UniNilton Lins. Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

O advento do Positivismo Jurídico *enquanto fato*³ é algo relativamente recente. Podemos datá-lo com razoável precisão a partir da Revolução Francesa (1789-1799) que subordinou as províncias gaulesas ao controle central de Paris, o que foi consolidado no governo napoleônico (1799-1815) mediante a criação dos departamentos e os códigos aplicáveis a todo país independentemente dos costumes locais.

O exemplo francês foi copiado pelo restante da Europa, e mesmo em países de Direito Consuetudinário o Positivismo Jurídico se fez sentir. No século XX, seu triunfo parecia completo. Contudo, na virada do milênio, novas tendências se fazem cada vez mais presentes, particularmente as derivadas do Pluralismo Jurídico. O costume tenta levantar a cabeça em meio ao Leviatã estatal.

Conseguirá? Ainda é cedo para dizer. Inúmeros conflitos necessitam ser resolvidos antes desta pergunta ser respondida. Há diversos aspectos que devem ser esclarecidos sobre como conciliar costumes locais com ordenamentos jurídicos nacionais em meio a um mundo globalizado. Este artigo tentará mostrar a visão dos autores sobre o problema. Ele não pretende de maneira alguma apontar com precisão o caminho a ser seguido. O interesse é mais suscitar o questionamento e demonstrar que não há caminhos fáceis ou simples.

2 O problema da antinomia axiológica de princípio

Podemos utilizar aqui a definição de antinomia contida no Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa⁴:

Definição genérica: “na tradição cética ou em doutrinas

3 Nader explica que, para o Positivismo Jurídico, *só existe uma ordem jurídica: a comandada pelo Estado e que é soberana* (Introdução ao Estudo do Direito, 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 371). Enquanto *teoria*, o Positivismo Jurídico é um produto do século XIX, mas enquanto *fato histórico*, seus antecedentes são localizado no século XVIII.

4 Embora seja comum referir-se apenas ao Código Civil de 1804, houve na verdade outros três códigos “napoleônicos”: O Código Processual Civil de 1807; o Código Comercial de 1808; o Código Penal e de Instrução Criminal de 1810.

5 <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=antinomia&stype=k&x=14&y=12>.

influenciadas pelo ceticismo, tal como o kantismo, contradição entre duas proposições filosóficas igualmente críveis, lógicas ou coerentes, mas que chegam a conclusões diametralmente opostas, demonstrando os limites cognitivos ou as contradições inerentes ao intelecto humano.”

Definição específica: “contradição real ou aparente entre leis, ou entre disposições de uma mesma lei, o que dificulta sua interpretação.”

Para FERRAZ, antinomia é

a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado⁶.

O termo “axiológico”, por sua vez, “*constitui ou diz respeito a um valor*”⁷. Assim sendo, podemos definir antinomia axiológica como a contradição normativa resultante da colidência dos valores intrínsecos de normas antinômicas. Não se trata de uma *contraditio in terminis*, vez que, a rigor, sob o prisma da interpretação gramatical, tais normas não colidem. A contradição está contida nos princípios que regem tais normas. No dizer de Norberto Bobbio, não seria uma antinomia própria, mas sim uma *antinomia imprópria*⁸, mais exatamente uma *antinomia de princípio*, que *não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis*⁹. Note-se que ao usar a palavra norma, Bobbio não se refere apenas ao texto legal, mas a quaisquer comandos originados do ordenamento jurídico (como no caso da norma individual e concreta, contida na decisão judicial, em contraposição à norma geral e abstrata, que é a lei)¹⁰.

6 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 211.

7 Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=axiol%F3gico&styp=K>>.

8 BOBBIO, Norberto, Teoria do Ordenamento Jurídico. 10 ed. Brasília: UnB 1982, p. 90.

9 Ibid., p. 90.

10 Ibid., p. 90.

Karl English assim conceitua as contradições valorativas: “Designo por esta expressão aquelas contradições no seio da ordem jurídica que resultam de o legislador – embora isso o não leve a cair directamente em contradições normativas”- se não manter fiel a uma valoração por ele próprio realizada”¹².

Princípios, por sua vez, podemos conceituar como as premissas valorativas norteadores de uma conduta, seja ela no plano da ação, seja no plano do pensamento.

Acresça-se ainda que para antinomias valorativas de cunho principiológico, é difícil (quicá incabível) a aplicação da solução clássica, ou seja, a de afastar uma das normas (seja pelo critério hierárquico, da especialidade ou cronológico). Aprendemos com Ronald Dworkin¹³ que normas são válidas ou não válidas, sendo que a aplicação de uma exclui a outra antinômica. Já com princípios a coisa é diferente. *A priori*, princípios não se excluem. Eles e suas múltiplas interpretações, ainda que contraditórias, podem conviver mediante um sistema de sobreposição, acomodação e mitigação. English também segue linha semelhante ao dizer que em antinomias valorativas, não cabe suprimir a contradição, mas sim aceitá-las: *Diferentemente das verdadeiras contradições normativas, que de forma alguma podemos deixar subsistir, as contradições valorativas têm em geral que ser aceitas*¹⁴.

A respeito das antinomias principiológicas, o mesmo English as conceitua assim: “Por contradições entre princípios entendo aquelas desarmonias que surgem numa ordem jurídica pelo facto, de constituição desta, tomarem parte diferentes idéias fundamentais entre as quais se pode estabelecer um conflito”¹⁵.

11 Como já assinalado por nós algumas linhas antes.

12 ENGLISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico, 6. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1988, p. 315.

13 DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press, 1985, p.106.

14 ENGLISH, op. cit., p. 316.

15 *Ibid.*, p. 318.

3 A proteção cultural na Constituição Federal Brasileira de 1988

A carta magna pátria assim define o patrimônio cultural:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

A ideia de cultura ganha no texto legal a acepção mais ampla possível. Note-se que não se trata apenas de cultura no sentido clássico¹⁶, mas sim no sentido antropológico da palavra¹⁷.

Evidentemente, tal patrimônio cultural é fonte de direitos culturais, os quais serão de pleno exercício, conforme preceitua o artigo 215 da Constituição Federal: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”

Tal direito de pleno exercício é a todos garantido, conforme o § 1º: “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.”

16 *Forma ou etapa evolutiva das tradições e valores intelectuais, morais, espirituais (de um lugar ou período específico); civilização, segundo HOUAISS.*

17 *Conjunto de padrões de comportamento, crenças, conhecimentos costumes, etc., que distinguem um grupo social, pelo mesmo autor. Numa definição mais especializada e sucinta: “We use the word culture in these two senses: to mean a whole way of life--the common meanings; to mean the arts and learning--the special processes of discovery and creative effort (WILLIAMS, *Moving From High Culture to Ordinary Culture*, 1958).*

4 Dos Direitos Fundamentais e da natureza da Carta Magna

Ainda que muito se discorde da perspectiva geracional dos direitos (e os próprios autores também têm suas ressalvas) utilizaremos a mesma na falta de substituto melhor.

As constituições modernas começam por garantir os chamados direitos humanos de primeira geração, particularmente os direitos de liberdade e igualdade perante a lei, caracterizando-se por serem “liberdades negativas”, ou seja, ausência de coação e opressão, significando redução dos poderes estatais. Esta tônica é presenciada na *Bill of Writs* de 1689 e na Constituição da Filadélfia de 1787. Tais cartas, contendo apenas declarações de direitos fundamentais, bem como a estrutura básica do estado e de seu funcionamento, são chamadas comumente de constituições sintéticas. Este foi o modelo de carta magna pelo qual se lutou durante grande parte do século XIX, particularmente no período chamado de “Era das Revoluções”¹⁸.

O passo seguinte seria a busca pela efetivação dos direitos de segunda geração, também chamados de direitos socioeconômicos, os quais marcariam as constituições programáticas, a começar pelas cartas mexicana de 1917 e alemã de 1919.

A carta brasileira se insere já na fase dos direitos de terceira geração, ou seja, os difusos e coletivos¹⁹, sendo de cunho programático ao extremo (até excessivamente prolixa, como demonstra o folclórico artigo 242, § 2º²⁰). Ocorre que cartas assim estão sempre sujeitas a uma colisão entre os diversos princípios que as regem. Evidentemente, quando mais abrangente a constituição, mais regras ela contém, o que por sua vez amplia

18 Nome do livro do historiador Eric Hobsbawn, abordando os acontecimentos ocidentais entre 1789 e 1848, ou seja, da Revolução Francesa até a Primavera dos Povos.

19 Mais uma vez não se ignora as objeções a tais termos. O problema é que dentro da sistemática conceitual das ciências humanas, muitas vezes uma classificação imprecisa é melhor do que nenhuma. O melhor exemplo disso é a dicotomia “direito público/privado”, tão vetusta e atacada, porém ainda em uso porque ninguém criou um substituto melhor.

20 “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

as possibilidades de antinomias. Isto é puro bom senso. O que resta saber, contudo, é como lidar com tais conflitos quando eles surgem.

5 O conflito entre normas constitucionais

O problema está entre os mais delicados do Direito Constitucional. A ele são propostas diversas soluções. Vejamos duas delas:

Separar o que é constituição em sentido puramente formal daquilo que é constituição em sentido material. A primeira, embora conste do texto constitucional, é norma de cunho mais casuísta e menos perene, tendo lá sido inserida mais por circunstâncias da elaboração da carta, não tendo de maneira alguma a mesma essencialidade da constituição em sentido material, a qual deve ter a primazia;

Separar o que são princípios constitucionais de regras constitucionais. Os primeiros seriam mandamentos de otimização que comportariam diferentes graus de cumprimento (caráter não conclusivo, no entender de Herbert Hart²¹), enquanto as segundas seriam normas de comandos peremptórios. Embora tal distinção remonte a Robert Alexy²², ela também guarda semelhança com a idéia de Dworkin já aqui exposta.

O problema é que no caso proposto, ambas as regras são principiológicas e materialmente constitucionais. Neste caso há necessidade de um terceiro mecanismo. Trata-se justamente da balização dos princípios em conflito (direitos individuais e culturais). Aqui Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco explicam que

... diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta lhe parecer aplicável à mesma situação de fato, em vez de se sentir obrigado a escolher

21 HART, Herbert, *O Conceito de Direito*. 2. ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1994. passim.

22 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. passim.

este ou aquele princípio, com exclusão de outras que, *prima facie*, repete igualmente utilizáveis como norma de decisão, o intérprete fará uma ponderação entre os “standards” concorrentes – obviamente se todos forem princípios válidos, pois só assim podem entrar em rota de colisão – optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, lhe pareça mais adequado em termos de otimização de justiça²³.

Todavia esta ponderação encontrará uma exceção? Os mesmos autores deixam claro que “apenas a dignidade da pessoa humana como valor-fonte dos demais valores, valor fundante da experiência ética ou, se preferirmos, princípio e fim de toda ordem pública”²⁴ não admitiria mitigações contemporizadoras.

Isto deve deixar claro de uma vez por todas **que havendo conflito entre direitos culturais e direitos individuais ligados à dignidade da pessoa humana, os primeiros sempre deverão recuar em prol dos segundos. O corolário derivado deste raciocínio é que não é possível proteger todas as pessoas e todas as culturas ao mesmo tempo e na mesma intensidade.**

6 Os costumes indígenas e o ordenamento jurídico pátrio

Como já visto, a proteção aos costumes indígenas é garantida pela CF/88. No âmbito infraconstitucional, a regulamentação de tal proteção incorre em uma aparente restrição, como vemos, por exemplo, no artigo 6º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 6.001/73:

Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos e negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

23 MENDES, Gilma; COELHO, Inocêncio e BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva. 2007. p. 29.

24 MENDES, op. cit., p. 29.

Examinando o Direito Internacional, também podemos apontar como exemplo de tais restrições o art. 7º, 1-2, da Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que deixa claro que a preservação dos usos e costumes indígenas limita-se aos casos em que não conflitem com o ordenamento jurídico estatal. Havendo colisão, prevalece a norma positivada. No mesmo diapasão a Convenção 169, que determina que os povos indígenas e tribais “deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional e nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”.

Note-se que embora a linha mestra seja a mesma, há uma diferença ao mesmo tempo sutil e essencial entre as duas convenções: a primeira fala em conflito entre costumes indígenas e ordenamento jurídico em geral; a segunda menciona explicitamente **direitos fundamentais**.

Isto significa um claro entendimento de que a proteção cultural tem limites. Como já dito neste artigo, **havendo conflito entre direitos culturais e direitos individuais, os primeiros sempre deverão recuar em prol dos segundos**.

Contudo muitos defendem que dentro da ótica do pluralismo jurídico, o mesmo estado-nação pode e deve contemplar múltiplos ordenamentos. Isto implicaria também em reconhecer os direitos indígenas como soberanos, embora os defensores de tal teoria ainda não tenham conseguido explicar se tal soberania seria de cunho real ou pessoal. No primeiro caso, os usos e costumes dos índios valeriam em suas terras, enquanto que no segundo, acompanhariam o indígena aonde quer que fosse.

Muitos são os problemas práticos disto, todavia. Tendo em vista que se adota hodiernamente um conceito cultural de indígena, como fica a situação legal de um indígena que

abandona seus costumes tribais e “acultura-se”? Caso este indígena tenha descendentes com não indígenas que queiram seguir os costumes tribais paternos, qual será o *status* legal de seus filhos? Os relativistas e pluralistas precisam responder a estas questões antes de tentar fazer valer seus pontos de vista, pois foi justamente em função de tais problemas (entre outros) que surgiu o direito positivado nacional. Vale aqui a regra: É a teoria nova que deve provar seus méritos contra a teoria velha e não o oposto.

Outra objeção dos jus-relativistas é a de que a legislação infraconstitucional não pode limitar garantias da carta magna. O próprio Norberto Bobbio deixa clara a regra de que a interpretação restritiva deve se guardar para normas que impõem obrigações, sendo as normas garantidoras de direitos interpretadas da maneira mais extensiva possível²⁵. **Entretanto o próprio Bobbio explicita que este critério possui um problema prático de aplicação, pois a norma que é criadora de bônus para um grupo, pode ser criadora de ônus para outro grupo²⁶. O caso em questão adequa-se perfeitamente a isto.**

7 Um estudo de caso – o problema do infanticídio indígena.

O uso do infanticídio como método de seleção natural e controle de natalidade é um costume que já foi bem mais difundido. Podemos encontrá-lo historicamente entre diversos povos antigos, como os gregos, cartagineses e bárbaros germânicos. A morte de neonatos também se justificava por crença (sacrifícios humanos, como faziam os fenícios) ou superstição (morte de gêmeos, por exemplo). O recuo de tal costume se deu com a ascensão das religiões abraâmicas²⁷, **bem**

25 Em verdade tal ensinamento é do Direito Romano: *Odiosa restringenda, favorabilia amplianda* (restringa-se o odioso, amplie-se o favorável).

26 BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, p. 99.

27 Judaísmo, Cristianismo e Islamismo.

como (não sejamos politicamente corretos) a expansão do imperialismo ocidental. Entretanto ainda continua a ser praticado por diversos povos, entre os quais os indígenas brasileiros.

Reproduzimos a seguir matéria veiculada pela Folha de São Paulo na edição de 06 abr. 2008²⁸:

Infanticídio põe em xeque respeito à tradição indígena
ANA PAULA BONI
da Folha de São Paulo

Mayutá, índio de quase dois anos de idade, deveria estar morto por conta da tradição de sua etnia kamaiurá. Na lei de sua tribo, gêmeos devem ser mortos ao nascer porque são sinônimo de maldição. Paltu Kamaiurá, 37, enviou seu pai, pajé, às pressas para a casa da família de sua mulher, Yakuiap, ao saber que ela havia dado à luz a gêmeos. Mas um deles já tinha sido morto pela família da mãe.

Paltu enfrentou discriminação da tribo, para a qual a criança amaldiçoaria a aldeia. Relutou, porém, em sair do parque do Xingu (MT), onde vive sua etnia e outras 13, muitas das quais praticam o infanticídio.

No ano passado, ele soube do trabalho da ONG Atini, que combate a prática, por meio de sua irmã Kamiru, que desenterrou o menino Amalé, condenado a morrer por ser filho de mãe solteira. Kamiru teve contato com a entidade em Brasília, ao buscar tratamento médico para o filho adotivo.

Paltu pediu ajuda à ONG para conscientizar os índios de sua aldeia. A entidade foi criada há cerca de dois anos pelos lingüistas Márcia e Edson Suzuki, que em 2001 adotaram Hakani, 12. Devido à desnutrição em decorrência de hipotireoidismo congênito, que seus pais acreditavam ser uma maldição, Hakani, da etnia suruarrá, deveria morrer. Foi salva pelo irmão.

É Hakani que dá nome ao documentário dirigido pelo diretor e produtor norte-americano David L.

28 BONI, Ana Paula. Infanticídio põe em xeque respeito à tradição indígena. Folha de São Paulo, São Paulo, 06 abr. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u389427.shtml-45k>>. Acesso em: 12 jun. 2008.

Cunningham, que está em fase de finalização e deve ser lançado neste mês no Brasil e nos Estados Unidos. Rodado em fevereiro em Porto Velho (RO) com o apoio da Atini, o vídeo mostra a história de Hakani e depoimentos contra o infanticídio, na voz de índios.

Ainda praticado por cerca de 20 etnias entre as mais de 200 do país, esse princípio tribal leva à morte não apenas gêmeos, mas também filhos de mães solteiras, crianças com problema mental ou físico, ou doença não identificada pela tribo.

Projeto de lei.

O documentário aborda projeto de lei que trata de “combate às práticas tradicionais que atentem contra a vida”, que tramita na Câmara desde maio passado. A Lei Muwaji, como é chamada em homenagem à Índia que enfrentou a tribo para salvar sua filha com paralisia cerebral --caso que inspirou a criação da Atini--, estabelece que “qualquer pessoa” que saiba de casos de uma criança em situação de risco e não informe às autoridades responderá por crime de omissão de socorro. A pena vai de um a seis meses de detenção ou multa.

A proposta é polêmica entre índios e não-índios. Há quem argumente que o infanticídio é parte da cultura indígena. Outros afirmam que o direito à vida, previsto no artigo 5º da Constituição, está acima de qualquer questão.

“Nós vivemos sob uma ordem legal e a lei diz que o direito à vida é mais importante que a cultura”, afirma Maíra Barreto, doutoranda em direitos humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha), cuja tese é sobre infanticídio indígena.

Para ela, conselheira da Atini, há incoerência no fato de o Brasil ser signatário de convenções internacionais que condenam tradições prejudiciais à saúde da criança e não cumpri-las no caso dos índios.

Em 2004, o governo brasileiro promulgou, por meio de decreto presidencial, a Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), que determina que os povos indígenas e tribais “deverão ter o direito

de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”.

Antes disso, em 1990, o Brasil já havia promulgado a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, que reconhece “que toda criança tem o direito inerente à vida” e que os signatários devem adotar “todas as medidas eficazes e adequadas” para abolir práticas prejudiciais à saúde da criança.

O antropólogo Ricardo Verdum, do Inesc (Instituto de Estudos Socioeconômicos), acha o projeto de lei uma intromissão no livre-arbítrio dos índios. “Querer impor uma lei é agressivo, é uma violência.”

O antropólogo Bruce Albert, da CCPY (Comissão Pró-Yanomami), diz que, para os yanomamis, “só as crianças às quais se podia dar a chance de crescer com saúde eram criadas”.

O missionário Saulo Ferreira Feitosa, secretário-adjunto do Cimi (Comissão Indigenista Missionária), vê no debate conflito entre a ética universal e a moral de uma comunidade. “Ninguém é a favor do infanticídio. Agora, enquanto prática cultural e moralmente aceita, não pode ser combatida de maneira intervencionista.”

Para Márcia Suzuki, presidente da Atini, o debate originado a partir do projeto traz à tona a questão da saúde pública desses povos.

A matéria, além de expor a gravidade da situação, também apresenta o ponto de vista relativista na opinião de alguns estudiosos. Em verdade, trata-se da recepção midiática a uma discussão que não é recente no âmbito acadêmico, onde também se digladiam visões:

Para a antropóloga Elisabeth JELIN, existe *uma tensão inevitável entre o princípio da igualdade e o direito à diferença*²⁹. Como consequência, STAVENHAGEN explica que “Os direitos grupais ou coletivos deverão ser considerados como direitos

29 STEVENHAGEN, Rodolfo. The ethnic question. Conflicts, development and human rights. Tóquio: United Nations University, 1990, apud JELINS, Cidadania e Alteridade, p. 22.

humanos à medida que seu reconhecimento e exercício promovam por sua vez os direitos individuais de seus membros”³⁰. Neste jaez, além da tensão entre igualdade e diferença, a autora acrescenta a tensão entre o universalismo e o pluralismo³¹.

Por outro lado, a Procuradora da República, Deborah DUPRAT assim expõe³²:

Fala-se que alguns grupos indígenas praticam infanticídio, dentre eles os yanomami. Mais uma vez, a questão nuclear é a definição de vida.

A mulher yanomami, quando sente que é chegada a hora do parto, vai sozinha para local ermo na floresta, fica de cócoras, e a criança cai no chão. Nessa hora, ela decide se a pega ao colo ou se a deixa ali. Se a coloca nos braços, dá-se, nesse momento, o nascimento. Se a abandona, não houve, na concepção do grupo, infanticídio, pela singela razão de que a vida não se iniciou.

São visões que, goste-se ou não, não podem ser descartadas, sob pena de, em afronta à Constituição e a outros tantos documentos internacionais, se negar qualquer valor às asserções de verdade do outro.

O que temos é um claro caso de oposição entre direitos culturais e direitos fundamentais da pessoa humana, no qual sobressai o mais valiosos de todos: O direito à vida, protegido pela Declaração de Direitos da Organização das Nações Unidas, bem como pela lei máxima do país em seu artigo 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (...)”

Isto significa que o respeito aos costumes nativos não é de maneira alguma um direito absoluto (aliás, não há direitos absolutos). Havendo colidência entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e costume, como é o caso do sacrifício infantil, este deverá ser deixado de lado.

30 Ibid., p. 23.

31 Ibid., p. 24.

32 DUPRAT, Deborah. O Direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade in Pareceres Jurídicos – Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais, p. 18 e 19.

8 Conclusão

Paulo Affonso Leme Machado, a respeito da proteção à cultura na carta magna pátria, explica: “O patrimônio cultural representa o trabalho, a criatividade, a espiritualidade e as crenças, o cotidiano e o extraordinário de gerações anteriores, diante do qual a geração presente terá que emitir um juízo de valor, dizendo o que querará conservar, modificar ou até demolir”³³.

A parte final do parágrafo é reveladora: Costumes podem ser conservados, modificados ou extintos. A ideia de que costumes sempre são estáticos é incorreta.

O texto também fala em juízo de valor. Dentro do viés relativista, a ideia de valor pode nada significar, mas na verdade existe. Pode-se muitas vezes ter dificuldades em precisá-la, mas isto não implica em sua inexistência³⁴.

Não é possível tratar do problema das antinomias valorativas se não houver parâmetro de valor, o qual deve ser aferido com base nos princípios essenciais à dignidade humana.

A abstenção de avaliar simplesmente implica em jogar fora toda a ideia de certo e errado (as quais, ainda que muitas vezes tenham imprecisões, não significa que sejam inexistentes). Com isso perde o Direito. Com isso perdemos todos nós.

Traditional habits in conflict with human being rights

Abstract: The article is an essay about the conflict between traditional habits and antinomies of principle in Constitutional Environmental

33 MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 918.

34 Um modismo corrente é alegar a falta de precisão de um conceito para invalidar a existência real do objeto conceituado. Isto é teoria da linguagem mal aplicada. A delimitação de um conceito é útil, porém não necessita ser exata para fornecer uma medida. Façamos uma analogia simples: Até hoje não foram delimitadas consensualmente as fronteiras entre Brasil e Paraguai, mas ninguém em sã consciência usaria esta falta de precisão para dizer que as fronteiras de ambos os países não existem.

Law. It gets a general approach about principles under a legal theoretical view and from the Brazilian Federal Constitution of 1988. It also tackle the delicate problem of cultural relativism, analyzing as case the indigenous infanticide, concluding for the supremacy of human being's dignity over the habit.

Keywords: Constitutional Law. Environmental Law. Antinomies. Principles. Traditional Habits. Dignity of Human Being.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Disponível em: <<http://www.constitution.org/jb/pml.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2008.

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

_____. *Lei 6.001, de 19/12/1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L6001.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB. 1982.

BONI, Ana Paula. *Infanticídio põe em xeque respeito à tradição indígena*. Folha de São Paulo, São Paulo. Publicação: 06 abr. 2008. Disponível em: <[http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u389427.shtml - 45k](http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u389427.shtml-45k)>. Acesso em: 12 jun. 2008.

DUPRAT, Deborah, O Direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade. *Pareceres Jurídicos. Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais*. Manaus: PPGSCA – UFAM/ Fundação Ford/ PPGDA – UEA, 2007.

DWORKIN, RONALD. *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press. 1985.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1988.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*:

- Técnica, Decisão, Dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- HART, Herbert, *O Conceito de Direito*. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HOUAISS, Antonio, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/>>. Acesso em: 11 jun. 2008.
- JELINS, Elisabeth. Cidadania e Alteridade. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, n. 24, 1996.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007;
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio e BRANCO, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NADER, Paulo, *Introdução ao Estudo do Direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Convenção 107. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/normas.php>>. Acesso em: 15 jul. 2008.
- _____, Convenção 169. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/normas.php>>. Acesso em: 15 jul. 2008.
- WILLIAMS, Raymond, *Moving from High Culture to Ordinary Culture*. EUA: N. McKenzie, *Convictions*, 1958. Washington State University. Disponível em: <http://www.wsu.edu/gened/learn-modules/top_culture/culture-definitions/raymond-williams.html>. Acesso em: 29 nov. 2009.

Estado, Gestão Pública e Participação social no Brasil: Reflexões sobre eficiência, qualidade, efetividade e satisfação do interesse público

Raimundo do Nascimento Oliveira¹

Raiana Cunha Oliveiraz²

Rainer Cunha Oliveiras³

Ana Maria da Cunha Oliveira⁴

Sumário: 1 Introdução. 2 Aspectos históricos mundiais. 2.1 A Indústria e o progresso técnico-científico. 2.2 A primeira revolução industrial . 2.3 O Taylorismo. 2.4 O Fordismo. 2.5 A ciência organizacional. 2.6 A globalização. 2.7 Aspectos históricos nacionais. 3 Conclusão. Referências.

Resumo: O trabalho trata de um levantamento histórico mundial e nacional, começando com a primeira Revolução Industrial, o surgimento do Taylorismo e do Fordismo, a expansão do Capitalismo, a importância da ciência organizacional, a Globalização, o Patrimonialismo, o modelo burocrático, os aspectos essenciais do gerencialismo, da vertente societal e suas principais experiências no Brasil. Dentro dos aspectos nacionais atribuiu-se ênfase à reordenação política do Estado brasileiro e à influência da participação social, inclusive na formulação da Constituição da República de 1988 e, atualmente, na implementação de um projeto político que visa aumentar a participação da sociedade na definição da agenda política e, conseqüentemente, na prestação de serviços públicos de qualidade. Ao final, refletiu-se sobre a eficiência, a efetividade e a qualidade da gestão pública relacionada à satisfação do interesse público, na melhoria da qualidade de vida e na formação de uma sociedade mais justa e igualitária.

Palavras-chave: Modelos de Gestão. Reforma administrativa. Agenda Política.

1 ^{*}Promotor de Justiça titular da Comarca de Manicoré/AM. Membro do Ministério Público Estadual do Amazonas. Formado pela Universidade Federal do Amazonas (UA). Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Candido Mendes. Pós-Graduando em Gestão Pública na Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

2 ^{**} Bacharel em Direito. Formada pela Universidade do Norte (UNINORTE). Pós-Graduada em Direito Processual – Grandes Transformações, pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL).

3 ^{***} Advogado. Formado pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Pós-Graduando em Direito Público pela Universidade Anhangera (UNIDERP)

4 ^{****} Advogada. Graduada pela Universidade Nilton Lins.

1 Introdução

Pretende-se com o desenvolvimento deste trabalho, enfocar aspectos históricos mundiais e nacionais, que levaram à reforma do Estado, da Gestão Pública, da participação social no Brasil.

O desenvolvimento do trabalho consistirá basicamente em levantar, de maneira mais sucinta possível, fases como a primeira e segunda Revolução Industrial, o surgimento do Taylorismo e do Fordismo, a expansão do Capitalismo, a importância da ciência organizacional, a Globalização, o Patrimonialismo no Brasil, o modelo burocrático, os aspectos essenciais do gerencialismo, da vertente societal e as principais experiências no Brasil.

Ao final do trabalho pretende-se realizar uma reflexão sobre a eficiência, a qualidade, a efetividade e a satisfação do interesse público.

2 Aspectos históricos mundiais

2.1 A Indústria e o progresso técnico-científico

A indústria mundial nem sempre teve a configuração atual. Foi a partir do século XVIII que determinados países da Europa, sobretudo a Inglaterra, ingressaram no processo de Revolução Industrial, que vinculou a produção na mecanização, modernização e dinamização do processo, ou seja, na grande escala.

2.2 A primeira Revolução Industrial

A partir do século XVIII, a ciência ingressou em um constante processo de evolução, desencadeando uma série de novas tecnologias, que transformaram, de forma rápida, a vida

do Homem, principalmente no modo de produzir mercadorias, que nesse caso serviu principalmente ao setor industrial, acelerando o desenvolvimento do sistema capitalista.

Assim, no final do século XVIII e início do século XIX, outros países como França, Bélgica, Holanda, Rússia, Alemanha e Estados Unidos ingressaram neste novo modelo de produção industrial.

2.3 O Taylorismo

Em 1911, portanto contemporâneo ao processo revolucionário industrial, o engenheiro norte-americano Frederick W. Taylor publicou o livro “Os princípios da Administração científica”, onde propunha uma intensificação da divisão do trabalho, ou seja, o fracionamento do processo do trabalho produtivo de modo que o trabalhador desenvolvesse tarefas ultra especializadas e repetitivas, diferenciando, desta feita, o trabalho intelectual do manual.

Com o Taylorismo, haveria um controle do tempo dispendido na execução de cada tarefa e, portanto, um grande esforço de racionalização da execução do trabalho que deveria ser realizado num tempo mínimo.

2.4 O Fordismo

O norte-americano Henry Ford foi o primeiro a por em prática, na sua empresa Ford Motor Company, o Taylorismo.

Com o passar do tempo, Henry Ford inventou o processo hoje conhecido por Fordismo que absorveu aspectos do Taylorismo.

Tal processo produtivo consistia em organizar a linha de montagem de uma fábrica para produzir mais controlando melhor as fontes de matéria-prima e energia, o transporte e a formação de mão-de-obra.

Foi por meio dessas inovações técnico-científicas que as indústrias puderam alcançar lucros cada vez maiores e dinamizar o processo que se dava entre a obtenção da matéria-prima e vendagem do produto ao consumidor final.

Ao mesmo tempo, o controle específico sobre os gastos permitiram o cálculo preciso das margens de lucro a serem obtidas com um determinado artigo industrial.

Dessa forma, o Capitalismo rompia novas fronteiras e incidiria diretamente na aceleração da economia mundial.

2.5 A ciência organizacional

Paralelo a tudo isso, acontecia o desenvolvimento da ciência organizacional que possibilitou o fortalecimento de cada atividade cognitiva e operacional.

Hoje é possível perceber que o desenvolvimento da ciência organizacional permitiu uma passagem rápida da sociedade de escala rural para ordem industrial e, depois, para uma sociedade pós-industrial.

Foi esta ciência a possibilitar que as novas tecnologias e conhecimentos científicos fossem introduzidos oportunamente nos sistemas produtivos, nas burocracias e nos serviços, preparando as estratégias, os homens, os procedimentos, os locais adequados para exaltar as vantagens de seu uso e reduzir os perigos de sua aplicação.

2.6 A Globalização

Com o passar dos anos, os países mais industrializados passaram a expandir o raio de ação e de influência dos seus capitais e das suas moedas por todo o planeta, dando forma ao atual sistema de globalização, sustentado por um sistema multimídia de informações em tempo real sobre todo o andamento dos negócios acionários, os dados das empresas e

todos os outros tipos de informações necessárias à manutenção do mundo pós-industrial, onde empresas deslocam parte das próprias estruturas produtivas a regiões cada vez mais distantes, criando multinacionais que transpõem as fronteiras e os poderes de cada Estado com o super poder de suas redes operadoras.

Por outro lado, foram criados organismos internacionais para regular superpartes as políticas de cada país, o seu comércio, os seus conflitos, as pesquisas científicas, a proteção do meio-ambiente, o desenvolvimento das artes, a proteção da infância, o fortalecimento e o intercâmbio das polícias e dos serviços secretos, das estruturas escolares, militares, humanitárias e esportivas.

Esse sistema global em estrutura de rede, vale-se da flexibilidade proporcionada pelas tecnologias de informação, conectando tudo o que vale e desconectando tudo o que não vale ou se desvaloriza: pessoas, empresas, territórios e organizações.

A Globalização é, pois, ao mesmo tempo, segmentação e diferenciação, visto que junto à conexão das multinacionais e suas redes auxiliares, junto à interrelação dos mercados financeiros, observa-se a marginalização de grupos sociais, de pessoas, de atividades e, em determinados casos, de regiões e países inteiros.

Assim, não se pode negar que a sociedade pós-industrial, onde vivemos, encontra-se amparada pela tecnologia eletrônica, pelo predomínio do trabalho intelectual, pela prevalência da complexidade e da descontinuidade, pelo predomínio das necessidades estéticas, pelo subjetivismo, pela dimensão transnacional dos problemas e das suas possíveis soluções.

Por conseguinte, hodiernamente, o Estado é o principal instrumento de que o cidadão dispõe para controlar este sistema global em razão de seus valores e interesses.

Por isso, a adequação do instrumento, a administração do Estado às tarefas complexas que requer o extraordinário processo

de mudança social e tecnológica que vivemos é a condição prévia e inevitável a qualquer capacidade de intervenção estratégica pública, a qualquer reforma social.

Logo, não resta dúvida de que a reforma da administração do Estado é a mais importante das reformas, já que corresponde ao instrumento necessário a capacidade de intervenção deste no ambiente globalizado para, principalmente, intervir e reformular as políticas públicas de interesse social regional.

2.7 Aspectos históricos nacionais

O Estado brasileiro até a revolução de 1930, é descrito como uma grande instituição garantidora de privilégios sociais e econômicos de uma elite rural, aristocrática e parasitária.

Tais privilégios consistiam em sinecuras, prebendas, políticas públicas escandalosamente vantajosas, poder político e social, empréstimos mais que favoráveis, garantia de impunidade na operação de uma infinidade de mecanismos de corrupção, clientelismo e uma lista sem fim de outros privilégios.

Por conseguinte, o Estado brasileiro não só assimilou a chamada ideologia patrimonialista como deixou-se influenciar pela doutrina positivista de Auguste Comte (ARAÚJO *Apud* Texto IV: Considerações sobre o Patrimonialismo, 2009).

Tal assimilação ideológica tornou o Estado brasileiro cada vez mais intervencionista, paternalista e autoritário, fazendo com que o patrimonialismo brasileiro absorvesse o Capitalismo e promovesse seu desenvolvimento sob comando político, aproveitando as técnicas, a indústria, as empresas e os grandes mercados, mas conservando as concessões e privilégios.

Assim, as forças políticas erigidas ao poder, no decorrer desses longos anos de história brasileira, tornaram-se especialistas no uso da máquina administrativa a seu favor, transformando o Poder Legislativo em mera câmara

homologatória desses interesses privados.

Dessa feita, o poder dominante passou a entender como patrimônio pessoal o cargo público, passando a geri-lo consoante seus interesses pessoais, com o fim de aumentar seu prestígio e enriquecimento pessoal.

A reordenação política do Estado brasileiro somente ocorreu com a Revolução de 1930, a partir do primeiro governo de Getúlio Vargas, num processo histórico de expansão qualitativa e quantitativa da administração pública e privada, exigida pelo desenvolvimento do Capitalismo mundial.

Esse reordenamento da política de Estado culminou com uma relativização do patrimonialismo e implantação gradativa do modelo burocrático.

Foi, pois, a partir da Revolução de 1930 que o Estado brasileiro começou a implantar um sistema burocrático, nos moldes do preconizado e entendido por Max Weber⁵, isto é, hierárquico, impessoal, com regras rígidas, possuindo alta divisão de responsabilidades, e no qual seus membros executam regras e procedimentos padrões, adotando-se para isto atributos de impessoalidade, a concentração dos meios administrativos, o nivelamento entre as diferenças sociais e econômicas e um sistema de autoridade difícil de ser destruído (ARAÚJO *apud* Texto V: Burocracia, Administração Pública e Democracia, 2009).

Mesmo com a reordenação do Estado brasileiro, o patrimonialismo continuou entremeado no Estado a tal ponto que, apesar de sua relativização, absorveu o Capitalismo e promoveu seu desenvolvimento sob comando político, aproveitando dele as técnicas, a indústria, as empresas e os

5 Max Weber identificou três tipos de autoridade: racional-legal – em que a aceitação da autoridade se baseia na crença, na legalidade das leis e regulamentos. Esta autoridade pressupõe um tipo de dominação legal que vai buscar sua legitimidade no caráter prescritivo e normativo da lei; tradicional – também chamada de feudal, ou patrimonial, em que a aceitação da autoridade se baseia na crença de que o que explica a legitimidade é a tradição e os costumes. Os subordinados aceitam como legítima as ordens superiores emanadas dos costumes e hábitos tradicionais e fatos históricos imemorais; e carismática – em que a aceitação advém da lealdade e confiança nas qualidades normais de quem governa. Em presença de um líder ou chefe que personifique um carisma invulgar ou excepcional, qualquer subordinado aceitará a legitimidade de sua autoridade. Segundo Weber a autoridade racional-legal, prevalece nas sociedades ocidentais e apresenta o modelo para todas as sociedades. Este modelo também ficou conhecido como burocrático. (Araújo *apud* Texto V: Burocracia, Administração Pública e Democracia, 2009).

grandes mercados, mas conservando as concessões e privilégios aos grupos detentores da força política e seus filiados.

Já na década de 1960, percebia-se que o Estado brasileiro possuía uma burocracia pesada e ineficiente, com prestação de serviços de baixa qualidade à população.

Nessa década, Hélio Beltrão inspirou as primeiras medidas de aperfeiçoamento da Administração Pública com o propósito expresso de melhorar a qualidade do atendimento ao público e tornar a máquina burocrática administrativa “mais leve”.

Na década de 1980, Hélio Beltrão como Ministro Extraordinário do Programa Nacional de Desburocratização⁶ implantou outras medidas simplificadoras com o fim de descentralizar o processo decisório, aproximando o usuário dos serviços públicos da autoridade que decide, a presunção de boa-fé nas relações da administração com os usuários e os contribuintes, a valorização do servidor público, a eliminação de controles cujos custos para a sociedade sejam maiores do que os benefícios que deles decorram e o envolvimento da população no processo de simplificação da máquina burocrática do Estado brasileiro.

Não obstante, a reforma conduzida dentro dos marcos do domínio patrimonial jamais logrou minar as bases dos interesses oligárquicos e estamentais que dele se beneficiavam, prevalecendo a força da tradição legitimadora da privatização do Estado, que se mantém como principal arena de política de grupos no atual Estado brasileiro.

A partir de 1995, com mais ênfase, começaram a ser destacadas as concepções teóricas que embasaram o modelo de

6 Hélio Beltrão como Ministro Extraordinário do Programa Nacional de Desburocratização (PND) implantou medidas simplificadoras, como extinção do atestado de vida, de residência, de bons antecedentes, de pobreza e de dependência econômica. Também adotou inovações, como o Estatuto da Microempresa e os Juizados de Pequenas Causas, hoje, Juizados Especiais. O PND não chegou a ser formalmente extinto, mas perdeu ênfase no final dos anos 80.

Reforma Gerencial do Estado⁷ brasileiro, tendo como principal articulador Luiz Carlos Bresser Pereira.

Este novo tipo de modelo teve origem no movimento internacional pela reforma do Estado que se iniciou nos anos de 1980 e se baseia principalmente nos modelos inglês e estadunidense.

O projeto político desse modelo enfatiza a eficiência administrativa e se baseia no ajuste estrutural da Administração Pública, nas recomendações dos organismos multilaterais internacionais e no movimento gerencialista, tendo como dimensões estruturais enfatizadas na gestão: o econômico-financeiro e a institucional-administrativa.

Já a organização administrativa do aparelho de Estado consiste na separação entre as atividades exclusivas e não exclusivas do Estado nos três níveis governamentais, tendo como forma de abordagem da gestão o Gerencialismo com as adaptações e as recomendações gerencialistas para o setor público.

A partir de 1995, o Governo de FHC (Fernando Henrique Cardoso) adota uma nova estratégia à reforma da Administração Pública brasileira, criando o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), instalando ainda a Câmara da Reforma do Estado, instância interministerial deliberativa sobre planos e projetos de implementação da reforma, bem como o Conselho da Reforma do Estado.

Do esforço conjunto desses órgãos surgiu o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que consiste num documento público estratégico que procura criar condições para a reconstrução da Administração Pública em bases modernas e racionais, segundo sua própria apresentação, destacando ainda

⁷ A Administração Pública gerencial emergiu na segunda metade do século XX, como resposta a crise do Estado, como modo de enfrentar a crise fiscal, como estratégia para reduzir o custo e tornar mais eficiente a administração dos imensos serviços que cabiam ao Estado e como um instrumento de proteção do patrimônio público contra os interesses do *rent-seeking* ou da corrupção aberta e notória. Suas características básicas são: é orientada para o cidadão e para a obtenção de resultados, pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de grau limitado de confiança. Sua estratégia consiste na descentralização e no incentivo à criatividade e à inovação e utiliza o contrato de gestão como instrumento de controle dos gestores públicos.

que é preciso reorganizar as estruturas da administração com ênfase na qualidade e na produtividade do serviço público, na verdadeira profissionalização do servidor, que passaria a perceber salários mais justos para todas as funções.

O Plano Diretor consiste em diagnósticos e quadros teóricos que serviram de base para as propostas de Emenda Constitucional que o Poder Executivo apresentou ao Congresso Nacional para as reformas nas áreas administrativa e previdenciária.

Ocorre que, mais uma vez, a reforma administrativa adotada pelo Estado brasileiro não rompeu com o patrimonialismo nacional e com as tendências autoritárias da gestão pública, apesar de a realidade brasileira ser um Estado Democrático de Direito, conforme preceitua a inteligência do art.1º, da Carta Cidadã de 1988.

Não obstante, não se pode negar os relevantes passos que a Administração Pública tem dado, em nosso país, desde que começou a implementação e o gerenciamento de políticas públicas no Brasil a partir da Carta Cidadã de 1988 no quesito transparência, qualidade, eficiência, efetividade e satisfação do interesse público. Porém, algumas dificuldades históricas (como já dito) ou impasses públicos (como mencionados) ainda persistem, obstaculizando a tarefa de fazer da Administração Pública brasileira uma democracia forte e eficiente, no que concerne aos princípios fundamentais constitucionais, insculpidos no art. 1º, incisos II e III, da CF/88, isto é, cidadania e qualidade de vida.

Por outro lado, de forma pontual, mas consistente e persistente, a sociedade brasileira vem historicamente se organizando, mas sendo continuamente reprimida, na tentativa de reformular o Estado, a Administração Pública e conseqüentemente a gestão pública nacional, de forma a torná-la mais participativa e descentralizada no que concerne

às tomadas de decisões visando a alcançar a realização de prioridades sociais prementes e de médio e longo prazos.

Segundo a Professora Ana Paula Paes Paula, a tradição mobilizadora no Brasil data do período colonial e alcançou o seu auge na década de 1960, durante o governo de João Goulart, quando a sociedade se organizou pelas reformas no país e em seguida foi reprimida pelo golpe de 1964.

Tais mobilizações reemergiram, com um certo vigor, na década de 1970 e reforçaram a proposta de tornar a Administração Pública mais permeável à participação popular.

Com essa herança de mobilizações sociais, nos anos de 1980, emergiu a vertente societal de reforma e gestão do Estado.

Essas mobilizações sociais tiveram, a princípio, a intenção de romper com a forma centralizada e autoritária de exercício do poder público, tendo atingido seu ápice no momento da elaboração da Assembleia Constituinte e, conseqüentemente, culminando com a promulgação da Carta Cidadã de 1988.

O resultado dessas novas demandas sociais que surgiam de diferentes lugares (movimentos populares, sociais, sindicais, pastorais, partidos políticos, ONGs, OAB, ABI e SBPC) foi uma Constituição que priorizou os direitos fundamentais do cidadão e fortaleceu o papel da sociedade civil na condução da vida política do país.

A prova cabal de tal assertiva encontra-se no preâmbulo da própria Carta Magna que assim dispõe:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundado na harmonia social e comprometida, na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a

proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Destarte, e não seria de outro modo, logo no Título I, que trata dos princípios fundamentais, o art. 1º dispõe que a Federação do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

E traz, ainda, no art. 3º objetivos fundamentais da República, dentre outros: constituir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Não bastasse tudo isso, o constituinte atendendo aos interesses da Sociedade Organizada e com o fim de garantir a cidadania, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, fê-lo de forma a enfatizar o novo rumo social, fazendo constar da Constituição Pátria um capítulo inteiro sobre os direitos e deveres individuais e fundamentais (Capítulo I, do Título II) e outro sobre os direitos sociais (capítulo II, do Título II), além de um terceiro sobre os direitos políticos (capítulo IV, do Título II).

A partir daí, abriu-se um novo caminho, surgindo um novo paradigma reformista que consiste na Administração Pública societal, como vem sendo chamada pelos escritores-pesquisadores.

Tem-se, então, multiplicado pelo país, principalmente na esfera municipal, governos com propostas inovadoras de gestão pública.

Já há pelo país diversas experiências da participação social em governos municipais e até ao nível estadual.

Em decorrência de tudo isso, passou a ser necessário, no âmbito da vertente social, a implementação de um projeto

político que vise aumentar a participação da sociedade na definição da agenda política, através de instrumentos que leve a um maior controle social sobre as ações estatais e sua participação nas decisões políticas, de maior interesse público.

Tal projeto político ainda encontra-se em construção, necessitando de fundamentação teórica e maiores experiências quicá com maior intensidade ao nível estadual e principalmente ao nível federal, que pouco ou nada fez até o presente momento, apesar de ser o segundo mandado de um governo de frente popular. Não obstante a grande aprovação popular tanto do governo como do próprio Presidente Lula, este não tem se aventurado neste ciclo de inovação de gestão pública, que garante uma maior participação popular nas decisões políticas. O que se tem percebido no Governo Lula é uma continuidade em escala menos acelerada da reforma administrativa nos parâmetros do governo anterior, uma forma de distribuição de renda entre a população mais pobre, através de programas assistencialistas, como o bolsa família e outros.

Exemplos dessas experiências democráticas e de participação popular são os fóruns temáticos surgidos no final dos anos de 1980 e que se constituíram em um novo tipo de espaço público para debate de problemas sociais, ressaltando-se que os fóruns não possuem poder decisório, mas, apenas, permitem à população o acesso às informações, o debate, a criação de ideias e a solidarização em relação aos problemas e necessidades de seus concidadãos.

Outro exemplo são os conselhos gestores de políticas públicas⁸.

Estes conselhos, por imposição legal e visando a maior participação social nas gestão pública, são paritários, havendo, portanto, uma correlação de forças e alianças que devem ser

8 Os conselhos gestores de políticas públicas é uma imposição constitucional: Conselho da República, art. 89 e 90; Conselho de Comunicação Social, art. 224; Conselho de Defesa Nacional, art. 91 e §§ 1º e 2º; Conselho de Justiça Federal, art. 105, parágrafo único, II; Conselho Nacional de Justiça, art. 103-B; Conselho Nacional do Ministério Público, art. 130-A; Conselho Nacional da Magistratura, art. 103-B. Existem ainda outros conselhos constitucionais, bem como outros instituídos por legislação infraconstitucional.

estabelecidas para consolidar um determinado projeto ou política pública.

Outro exemplo de experiência neste campo, e talvez a mais importante até hoje levada à implementação, é o orçamento participativo, que visa primordialmente romper com a tradição patrimonialista de gestão do orçamento público e também com o monopólio tecnocrático das decisões orçamentárias, fazendo com que o cidadão participe diretamente das tomadas de decisões.

A dinâmica envolvida na formulação do orçamento participativo tem revelado uma combinação de arranjos e mecanismos representativos e diretos de participação do cidadão, bem como a criação de composições institucionais para possibilitar a inserção social, nas prioridades de aplicação de verba pública, naquilo que a sociedade elege como prioridade de investimento.

Independentemente das críticas que se tem levantado contra estes tipos de participação popular, não se pode negar que estas experiências democráticas, de inserção direta do cidadão nas apropriações de informações, nos debates e nas tomadas de decisões político-sociais, têm gerado um impacto positivo no concernente à cultura política, na formação de lideranças, na organização social, na inserção do cidadão na sociedade, o que leva de uma forma ou outra a um maior controle social e ao fortalecimento da democracia e do Estado de direito.

3 Conclusão

O Estado e a Administração Pública brasileira, nos últimos anos, principalmente a partir da promulgação da Carta Constitucional de 1988, avançaram, nos três níveis de governo, em transparência, quantidade e qualidade e eficiência dos serviços públicos, entretanto ainda há muito o que se fazer.

Não podemos esquecer que, apesar de esforços continuados no combate à corrupção e ao crime organizado, estes males continuam enraizados nos diversos níveis da administração pública, seja no Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, como se pode conferir diariamente na imprensa brasileira.

Muitos são os escândalos que vêm à tona no noticiário local e nacional diariamente, não deixando o cidadão esquecer as mazelas decorrentes do patrimonialismo, como os que vêm ocorrendo com reiterada insistência no Senado Federal, nas Prefeituras espalhadas por todo o Brasil e tantos e tantos outros que são divulgados pela mídia até a exaustão e que, infelizmente, na maiorias das vezes, não são investigados e quando são, geralmente acabam sem nenhuma punição, seja administrativa, seja judicial.

Mas também não podemos esquecer que “os tempos são outros” e muito já mudou, sendo este processo de mudança, reforma e reorganização estatal e social irreversível, principalmente porque dia a dia a sociedade mais e mais se organiza, os cidadãos mais e mais passam a conhecer e exigir seus direitos e a exercer o importante papel controlador do aparato público, seja por meio do sufrágio universal, seja por participações mais diretas nos debates e nas decisões políticas comunitárias, municipais, estaduais ou nacionais.

À medida que todo este complexo sistema de freios e contrapesos é desenvolvido e fortalecido entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, o cidadão exerce grande influência no avanço do fortalecimento da democracia à medida que fiscaliza e denuncia os desmandos públicos nos diversos níveis.

Entretanto, acreditamos que somente através da educação universal de qualidade se poderá alçar o cidadão a uma maior integração e participação social, o que poderá, em última instância, garantir um controle eficiente e de qualidade dos

demais serviços públicos. Somente desta maneira talvez seja possível um alto nível de satisfação popular com relação à eficiência e à qualidade da prestação dos serviços públicos referentes às demandas populares.

Ante todo o exposto, não se pode negar e não se pode deixar de reconhecer que houve avanços no Estado, na gestão pública e na participação social no Brasil, que levaram a uma melhor e mais qualificada prestação de serviços públicos, bem como no controle social, por parte da população, principalmente nas demandas sociais mais prementes de saúde, educação, previdência social, garantia da estabilidade monetária e econômica, transparência pública, que vem gradativamente se fortalecendo a partir dos momentos que antecederam a promulgação da Constituição Pátria de 1988 até o presente, com grandes perspectivas de avanços e continuidade da participação social à medida, que a sociedade se organiza e a democracia se firma e fortalece.

Por outro lado, não se pode esquecer do ensinamento de Ramos, 1990 citado por Paula, 2005, p. 180, quando afirma que:

a nova administração pública é aquilo que quotidianamente ignoramos como administradores públicos, ela deve ser essencialmente não-prescritiva e se orientar para o curso de ações e necessidades dos cidadãos em um dado momento, evitando os enfoques normativos e subordinando a teoria das organizações à teoria do desenvolvimento humano, em outras palavras, a nova administração pública está sempre em processo de reinvenção e enquanto houver vitalidade democrática permanecerá como projeto inacabado.

Assim sendo, não temos dúvida em afirmar que sendo o ser humano, ente em constante processo de aprendizado e evolução, carente de necessidades que se modificam e se aprimoram à medida que o próprio homem evolui, haverá sempre a busca

por novos modelos e paradigmas, seja na forma de Estado, de sociedade, de administração pública ou privada, na forma de gestão, bem como na própria forma de inter-relações pessoais e sociais, não se podendo prever qual o melhor caminho a ser seguido, sabendo-se apenas que há uma necessidade natural do ser humano na busca da melhoria da qualidade de vida e na condição de se viver com uma melhor dignidade.

Logo, sempre haverá novas demandas individuais e sociais, fazendo com que haja sempre uma busca por novos caminhos que procurem solucionar estas demandas e satisfazer a insaciável necessidade humana.

Esta busca da satisfação plena talvez nunca tenha um fim, mas o importante é que o homem está sempre apreendendo e quiçá se aproximando da perfeição tão sonhada, de uma sociedade justa, igualitária e sem mazelas e vícios individuais e sociais.

State, Public Management and Social Participation in Brazil: Reflections on efficiency, quality, effectiveness and satisfaction of the public interest.

Summary: The paper deals with a historical survey of global and national levels, starting with the first industrial revolution, the rise of Taylorism and Fordism, the expansion of capitalism, the importance of organizational science, globalization, Patrimonialism, the bureaucratic model, the essential of managerialism, the present societal and main experiences in Brazil. Within the national aspects gave emphasis to the reordering of the Brazilian political influence and social participation, including the formulation of the Constitution of 1988 and currently in the implementation of a political project aimed at enhancing civil society participation in setting the political agenda and therefore the provision of quality public services. In the end, reflected on the efficiency, effectiveness and quality of public administration related to

satisfaction in the public interest in improving the quality of life, and the formation of a more just and equitable.

Keywords: Industrial Revolution. Capitalism. Organizational science. Patrimonialism. Bureaucratic model. Managerialism. Strand Societal. Administrative reform.

Referências

ANDREOLLI, Antônio Ignácio. *O orçamento participativo de Porto Alegre: um exemplo para a Alemanha?* Disponível em: <<http://www.portoalegre.gov.br>>. Acesso em: 01 dez. 2009.

ARAUJO, Raimundo Nonato Queiroz de. *Gestão Pública Contemporânea*. Manaus: UEA, 2009. (curso de Especialização em Gestão Pública).

BRESSER PEREIRA, L.C. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. Brasília: ENAP, 1998.

CASTELLS, Manuel. Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informática. In ARAUJO, Raimundo Nonato Queiroz de. *Gestão Pública Contemporânea*. Manaus: UEA, 2009. (curso de Especialização em Gestão Pública).

FREITAS, Eduardo. *Primeira revolução industrial*. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com>>. Acesso em: 30 nov. 2009.

MARTINS, Paulo Emílio Matos e PIERANTI, Octávio Penna (Orgs.). *Estado e gestão pública: visões do Brasil contemporâneo*. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

_____. *Administração Pública Gerencial x Administração Pública societal: problemas e limites*. In ARAUJO, Raimundo Nonato Queiroz de. *Gestão Pública Contemporânea*. Manaus: UEA, 2009. (curso de Especialização em Gestão Pública).

SARAIVA. *Vade mecum*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Rainer. *Fordismo e Taylorismo*. Disponível em: <<http://>

www.brasilecola.com>. Acesso em: 30 nov. 2009.

TAYLOR, Frederick W. *Os Princípios da Administração Científica*. 8. ed. Trad. de Arliendo Vieira Ramos. São Paulo: Atlas, 1990.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Agências, contratos e OSCIPs*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

Estudo de Impacto de Vizinhança e a Busca pela Sustentabilidade dos Espaços Urbanos

Fernanda Miranda Ferreira de Mattosi*

Sumário: 1 A proteção das cidades. 2 Propriedade urbana e sua função social. 3 Plano diretor. 4 O estudo de impacto de vizinhança. 5 EIV x EIA. 6 Medidas mitigadoras e compensação dos impactos. 7 Vinculação do poder público ao EIV. 8 O EIV na Jurisprudência. 9 Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente artigo objetiva traçar algumas considerações acerca do Estudo de Impacto de Vizinhança, enfatizando sua importância como instrumento de gestão colocado à disposição do Poder Público Municipal, na consecução do direito ao meio ambiente urbano sustentável. Além da abordagem do EIV sob a perspectiva do Estatuto da Cidade, busca-se sua compreensão dentro de todo o sistema jurídico, principalmente em relação às normas ambientais vigentes. O bem ambiental é tido como um todo integrado, indissociável das relações concebidas entre os indivíduos, no caso, os habitantes da urbe.

Palavras-chave: Cidades sustentáveis. Instrumentos de Política Urbana. Estudo de Impacto de Vizinhança.

1 A Proteção das Cidades

A atual Constituição registra uma recente preocupação ambiental que teve suas bases erguidas sobre os reflexos das agressões ao meio ambiente no homem, preocupação essa que direciona o Poder Público na realização não só do direito ao meio ambiente equilibrado e sadio, mas na garantia do próprio direito à vida e na concretização de importante fundamento do

1 *Procuradora do Município de Manaus. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas.

Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.

Essa indissociabilidade do direito ao meio ambiente com o direito à vida e à dignidade humana consta do Princípio I da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, datada de 1972, quando enuncia que o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna.

Na busca pela efetivação desse direito fundamental, *as cidades*, como principal meio onde o indivíduo desenvolve suas aptidões e busca a satisfação de suas necessidades, além de receberem a atenção do constituinte, foram contempladas com um estatuto próprio, a Lei n.º 10.257/2001.

A proteção ao meio ambiente não pode ser tratada como um aspecto isolado e sim como parte integrante de todo o processo social que implica, conseqüentemente, na interação do homem com os recursos naturais. E, sem dúvida, no ambiente das cidades são percebidos, diariamente, os impactos advindos dessa relação, especialmente no que concernente à poluição e pressão sobre os recursos.

Consuelo Yoshida² destaca a dimensão dessa relação:

A crescente população urbana, com maior poder aquisitivo, aumenta a demanda por produtos e serviços, e, dessa forma, pressiona a capacidade de suporte dos ecossistemas em geral, quer pelo aumento da utilização dos recursos naturais como insumos, quer pelo aumento do volume, durabilidade e periculosidade dos resíduos, cuja disposição final também ocorre, via de regra, fora das cidades.

Assim, a pressão demográfica, a aceleração tecnológica, o intenso processo de urbanização e industrialização,

² YOSHIDA, Consuelo Y. Moromizato. Sustentabilidade Urbano-Ambiental: os conflitos sociais, as questões urbanístico-ambientais e os desafios à qualidade de vida nas cidades. In: MARQUES, José Roberto. (coord.) Sustentabilidade e temas fundamentais de Direito Ambiental. Campinas: Millenium, 2009, p. 73.

acompanhados da desenfreada exploração dos recursos naturais são aspectos que passam a ser tratados sob a visão urbanística, adquirindo a problemática ambiental novos contornos e considerações que ultrapassam a tradicional contemplação do seu aspecto biológico, geralmente restrito aos elementos de flora e fauna.

Dentro dessa perspectiva de macrossistema é que as cidades passam a ser contempladas. A qualidade de vida para as presentes e futuras gerações é compreendida a partir da busca de sustentabilidade dentro dos espaços urbanos.

Tendo como razão fundamental proporcionar o bem-estar dos habitantes das cidades, a política urbana recebeu deferência constitucional, em seu artigo 182, devendo ser executada pelo Poder Público, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, de modo a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Voltada à promoção do bem coletivo, a cidade assume-se como um bem ambiental, de natureza difusa, reunindo em si todos os aspectos do meio ambiente: natural, cultural, artificial e laboral³.

Exige-se dos Municípios que a política de gestão e desenvolvimento local se compatibilize com os deveres ambientais consignados no §1º do artigo 225 da Constituição Federal. A política urbana incorpora o conceito de sustentabilidade e a preocupação com as gerações futuras (Princípio da Solidariedade do Direito Ambiental). O Estatuto da Cidade consagra como principal diretriz dos municípios brasileiros a adoção de medidas para a realização da utópica *Cidade Sustentável*, onde acesso à terra, moradia, infra-estrutura, saneamento ambiental, transporte público, trabalho e lazer são direitos plenamente assegurados.

3

YOSHIDA, op. cit., p. 75.

2 Propriedade Urbana e sua Função Social

A propriedade, portanto, torna-se importante elemento a ser considerado pelo Poder Público Municipal na execução de sua política urbano-ambiental, e a regulação de seu uso um instrumento colocado à disposição do gestor em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental⁴.

Ao tratar da Política Urbana, a Carta Constitucional, no § 2º do artigo 182, dispõe que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor”. Referidas exigências de ordenação da cidade, de acordo com o artigo 39 da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) têm como principal objetivo assegurar o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento de atividades econômicas.

Ao impor ao exercício do direito de propriedade o necessário atendimento de sua função social, o Estado Moderno demonstra uma nítida preocupação de delineá-la não mais apenas à luz dos interesses individuais, mesclando-a com os interesses sociais, que o próprio Estado impende perseguir⁵.

O princípio normativo da função social da propriedade é uma norma que incide sobre o modo como o titular do direito de propriedade fará uso da coisa e sobre a finalidade a que será destinada esta coisa, devido à importância que o objeto tem perante a sociedade em que se insere⁶.

A propriedade passa a sujeitar-se a regras que garantam a concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo tratada como importante aspecto desse bem de titularidade coletiva.

4 Parágrafo Único do Art. 1º do Estatuto da Cidade.

5 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 22.

6 DERANI, Cristiane. Tutela jurídica da apropriação do meio ambiente e as três dimensões da propriedade. *Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v.1, n.1, ago./dez. 2003, p. 70.*

3 Plano Diretor

Objetivando o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, o Estatuto da Cidade, Lei n.º 10257/2001, ao regulamentar os dispositivos 182 e 183 da Constituição Federal consigna as diretrizes gerais e instrumentos que devem orientar a execução da política urbana. A lei, além de apresentar mecanismos de intervenção estatal, avança ao integrar a coletividade aos debates acerca das necessidades dos espaços urbanos, prevendo a gestão democrática e a cooperação dos setores da sociedade.

O plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana⁷ e viabiliza essa prática dialógica, participativa.

Essa concepção democrática das cidades retrata a importância do fator humano na gestão do meio ambiente urbano, afinal ao tratar de sustentabilidade, a legislação se volta à garantia de direitos aos seus habitantes, entre eles o da própria dignidade humana.

Ademais, é o indivíduo da cidade que convive diariamente com os sintomas e reflexos de uma ausente ou insuficiente infraestrutura. Ao conceder-lhe a palavra, através de audiências públicas ou reuniões com as associações representativas, o Poder Público tem a oportunidade de concretizar anseios que há muito se fazem presentes nas comunidades.

A Resolução nº. 25/05 do Conselho das Cidades destaca a importância dessa participação seja na elaboração ou na revisão do plano diretor, dispondo em seu artigo 7º que as ações de sensibilização, mobilização e capacitação, devem ser voltadas, preferencialmente, para as lideranças comunitárias, movimentos sociais, profissionais especializados, entre outros atores sociais. As audiências públicas devem ser realizadas com a finalidade de

7

Art. 182, § 1º da Constituição Federal.

informar, colher subsídios, debater, rever e analisar o conteúdo do plano diretor.

Nesse sentido, Édis Milaré:

É necessário combinar as diretrizes do Estatuto da Cidade com toda a legislação pertinente que, de uma maneira ou de outra, se ocupa da boa qualidade do meio ambiente em geral e, em particular, do ambiente urbano. É oportuno ter diante dos olhos uma sinopse das referências fundamentais feitas à qualidade do meio ambiente (...).

Eis uma razão a mais para que o Direito Ambiental, em sua doutrina e em sua prática, considere o meio ambiente de modo holístico e sistêmico, tanto na ciência jurídica quanto no aporte de outras ciências, uma vez que **o ambiente não pode separar-se do dia-a-dia da sociedade e de cada cidadão.** (destaquei)

O plano diretor fortalece os municípios na administração dos interesses locais. Deve conter conteúdos diferenciados, de forma a respeitar o porte do município, sua história e a região onde se insere (Resolução nº. 34/2005 do Conselho das Cidades). Como elemento importante de planejamento e decisivo na gestão das cidades, as diretrizes e prioridades nele contidas devem guardar correspondência com o planejamento financeiro dos municípios, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual contemplar recursos suficientes para que o mesmo se torne exequível.

4 O Estudo de Impacto de Vizinhança

Tema deste trabalho, o Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV), previsto no artigo 4º, VI do Estatuto da Cidade, dentro da estratégia de planejamento do plano diretor, surge, se bem utilizado pelos órgãos municipais de urbanismo, como

8 MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 700.

instrumento a propiciar a gestão democrática e participativa das sociedades, vez que pode ser submetido à ampla discussão com os interessados na área de abrangência do empreendimento.

Antes da previsão pelo Estatuto da Cidade de um instrumento específico para controle da expansão urbana, que permite a intervenção do poder público sobre os empreendimentos que interferirem negativamente na dinâmica das cidades, a legislação federal brasileira trazia apenas algumas normas de uso e ocupação do solo, especificamente no que pertence ao seu parcelamento. Longe de analisar os impactos da atividade nas dimensões circunvizinhas, as regras tratavam apenas de estudos simplificados acerca do terreno onde seria instalada, suas condições e acessos.

O Decreto-lei n.º 58/1937 exigia do proprietário de terrenos urbanos a elaboração de um memorial do plano de loteamento urbano, no qual constassem o programa de desenvolvimento urbano, ou de aproveitamento industrial ou agrícola com informações sobre a qualidade das terras, águas, servidões ativas e passivas, estradas e caminhos, distância da sede do município e das estações de transportes de acesso mais fácil.

Com a edição do Decreto-Lei n.º 271/1967, possibilitou-se aos Municípios a interferência nos projetos de loteamento, exigindo a subordinação às necessidades locais, na promoção do desenvolvimento adequado, bem como consignando hipóteses de recusa na aprovação de loteamentos.

A Lei n. 6.766/79 disciplina de forma mais abrangente a questão do parcelamento do solo, impondo precisas vedações ao parcelamento em determinadas áreas e exigindo dos loteadores a implantação de uma infraestrutura adequada, com percentuais de áreas públicas suficientes ao atendimentos das necessidades básicas da população.

No entanto, como se vê, tais comandos referem-se especificamente a apenas uma modalidade de utilização humana da propriedade.

Previsto ao lado do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, o Estudo de Impacto de Vizinhança surge em 2001 como instrumento colocado à disposição do Poder Público na implementação do seu dever constitucional de conferir efetividade ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de instrumento preventivo que busca evitar, minimizar, neutralizar ou reparar os danos que possam decorrer do empreendimento.

Aplica-se ao EIV o conteúdo do Princípio da Prevenção, segundo o qual, dimensionados os danos ambientais, deverão ser empregados os meios adequados no intuito de evitá-lo.

Importante salientar que o Estudo de Impacto de Vizinhança relativiza o entendimento, até então sustentado pela grande maioria da doutrina, de que as licenças urbanísticas são atos vinculados e que devem ser concedidas sempre que o proprietário se subsumir às regras urbanísticas previstas. Assim, não basta que a atividade seja classificada como compatível para determinada área da cidade, de acordo com o zoneamento.

A questão é examinada por Lucécia Martins Soares⁹ que tece as seguintes considerações:

Mas, embora estas regras tenham por objetivo ‘limitar’ a liberdade do proprietário em prol da sociedade, estabelecendo condições e requisitos para que a obra não lese de qualquer forma o interesse coletivo, elas não são suficientes a evitar transtornos que podem advir tão-só do surgimento da obra ou atividade nova. Explica-se: um projeto pode estar em conformidade com todas as normas urbanísticas e apto a receber a licença de construir mas mesmo assim ser potencial causador de distúrbios para o interesse coletivo, dadas as consequências geradas com sua implementação.

9 SOARES, Lucécia Martins. Estudo de Impacto de Vizinhança. In: DALARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (coord.) Estatuto da Cidade. Comentário à Lei Federal 10.257/2001, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 307.

É que o simples aparecimento de uma obra ou atividade nova pode gerar constrangimentos e/ou distúrbios se construída em determinados locais ou representar uma dimensão considerável.

[...]

A Administração Pública, embora não proíba a construção da obra ou exploração da atividade, tenta intervir de maneira a evitar que haja perturbação no cotidiano daqueles que habitam na região, ou pelo menos, tenta amenizar o máximo a intensidade daquela.

[...]

Esta norma impõe que para a implementação de determinados empreendimentos seja elaborado o Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV) como condição para obter as respectivas licenças de construir.

No mesmo sentido, o Guia para Implementação do Estatuto da Cidade¹⁰ elaborado pela Câmara dos Deputados:

O Zoneamento por si só não é capaz de mediar todos os conflitos de vizinhança, apesar de, em inúmeras cidades, ter logrado garantir a proteção da qualidade de vida de alguns bairros – principalmente aqueles ocupados por residências unifamiliares em lotes grandes. Estes últimos podem comportar grandes empreendimentos que, mesmo atendendo aos requisitos da Lei, provocam profundos impactos nas vizinhanças: sobrecarga no sistema viário, saturação da infra-estrutura – drenagem, esgoto, energia elétrica, telefonia –, sombreamento e poluição sonora, entre outros.

Dispõe o artigo 36 do Estatuto da Cidade que lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos que dependerão da elaboração do EIV para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público Municipal. Assim, não apenas os novos empreendimentos estão sujeitos ao estudo, podendo o mesmo

10 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Estatuto da Cidade. Guia para Implementação pelos Municípios e Cidadãos, p. 201. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/perm/cdui/estatutoda_cidade.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2009.

ser exigido em caso de reformas ou outras alterações que resultem em impacto.

Os critérios, portanto, para definição dos empreendimentos sujeitos à elaboração do EIV são submetidos à autonomia municipal para organização de seus espaços, elegendo a Administração, através de lei, aquelas atividades que considera mais impactantes aos seus padrões de desenvolvimento urbano.

Lucéia Martins Soares¹¹ destaca que o critério, no entanto, não poderá ser outro que não a relação existente entre o porte da obra, a região em que será executada e o fim a que se destina. Critério esse que atenderá as peculiaridades de cada município.

O conteúdo do Estudo de Impacto de Vizinhança deve contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e em suas proximidades. A análise, de acordo com Luciana Sampaio¹² abrange a repercussão do empreendimento sobre a paisagem urbana, as atividades humanas instaladas, a movimentação de pessoas e mercadorias e os recursos naturais da vizinhança. O artigo 37 do Estatuto traz um conteúdo mínimo que deverá ser atendido pelo EIV: I. adensamento populacional; II. equipamentos urbanos e comunitários; III. uso e ocupação do solo; IV. valorização imobiliária; V. geração de tráfego e demanda por transporte público; VI. ventilação e iluminação; VII. paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

O EIV será elaborado por equipe multidisciplinar contratada pelo empreendedor e submetido à apreciação do órgão público responsável pela emissão da licença.

Objetivando identificar os produtos requeridos para cada aspecto a ser abordado no Estudo de Impacto de Vizinhança, a Comissão Técnica de Planejamento e Controle Urbano – CTPCU, integrante da estrutura administrativa do Município de Manaus

11 SOARES, op. cit., p. 308.

12 SAMPAIO, Luciana. Estudos de Impacto de Vizinhança: sua pertinência e a delimitação de sua abrangência em face de outros estudos ambientais. Brasília (DF): Universidade de Brasília, 2005. Monografia de Especialização, Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, 2005, p. 15.

e responsável pela análise e aprovação dos estudos de impacto de vizinhança, elaborou um termo de referência, o qual busca direcionar a atuação dos profissionais, a fim de que sejam atendidos satisfatoriamente todos os critérios da legislação. O documento traduz o disposto na lei municipal e será utilizado como exemplo para melhor compreensão do que foi abordado até o momento. Consigna o termo:

O EIV será executado atendendo às exigências do Estatuto da Cidade, além de necessariamente analisar:

1. a compatibilização do estabelecimento ou empreendimento com as diretrizes de uso e atividades indicadas para a UES ou Corredor Urbano no qual será implantada;

Objetivo:

Estudar, avaliar e apresentar justificativas técnicas comprovando que tal atividade a ser desenvolvida é compatível com as diretrizes previstas pelo Plano Diretor, mesmo quando o uso não for permitido.

Considerado algum nível de incompatibilidade, deve o EIV remeter ao 7º. Item do artigo 101 da Lei No. 672/02, para através de medidas mitigadoras apresentar adequações de forma a sanar a incompatibilização atestada.

Produto requerido:

1- Planta de localização atestando o imóvel em relação a vizinhança num raio de 150 m, com legendas especificando os usos.

2- Quadro explicativo dos parâmetros urbanísticos para a UES ou corredor.

3- Registro fotográfico comprovando a veracidade das informações quanto à planta de localização apresentada.

2. a manutenção e valorização do Patrimônio Ambiental, natural ou cultural, na UES ou no Corredor Urbano no qual será implantado ou no seu entorno;

Objetivo:

Analisar a conservação de bens patrimoniais da UES em razão das prováveis transformações decorrentes do empreendimento.

Produto requerido:

- 1- Planta de localização com os bens de interesse patrimoniais num raio de 150m.
- 2- Registro fotográfico comprovando a veracidade das informações quanto a planta de localização apresentada.

3. a adequação à estrutura urbana, sobretudo quanto ao sistema viário, fluxos, segurança, sossego e saúde dos habitantes e equipamentos públicos comunitários;

Objetivo:

Realizar análises e conclusões diante dos prováveis impactos gerados pelo empreendimento, sejam pelo uso ou por sua espacialidade, adequando sempre que possível o projeto de forma a mitigar tais impactos.

Produto requerido:

Relatórios realizados *in loco* mensurando através de dados, os pontos positivos e negativos, que a atividade, mesmo atendendo os preceitos legais, possam promover a vizinhança, tais como: sobrecarga no sistema viário, saturação quanto ao adensamento no uso dos equipamentos comunitários, sombreamento, entre outros.

4. a adequação ao ambiente, em especial quanto à poluição;

Objetivo:

Realizar análises e conclusões de qualquer tipo de poluição gerada pelo funcionamento da atividade que venham a prejudicar a qualidade de vida do entorno imediato, como poluição sonora e ambiental.

Produto requerido:

Relatórios baseados em normas técnicas vigentes com relação a atividade e uso pretendido, atestando: propagação de ruídos, poluição atmosférica, despejo de efluentes, entre outros. Atestado algum ponto negativo, apresentar medidas mitigadoras.

5. a adequação à infra-estrutura urbana;

Objetivo:

Apresentar através de carta de viabilidade técnica das concessionárias (energia elétrica, água, telefonia, esgotamento sanitário, dentre outros) a infraestrutura para a implantação do empreendimento. Caso atestada a inviabilidade técnica, deverá ser apresentado memorial descritivo de projeto para sanear a questão.

Produto requerido:

Certidões de viabilidade das concessionárias e memoriais, caso necessário.

6. a adequação à paisagem natural ou construída;

Objetivo:

Analisar a paisagem em relação a edificação, apresentando os pontos positivos e negativos do projeto em relação ao entorno.

Produto requerido:

- 1- Apresentar soluções em projeto de adaptação do imóvel em relação à cidade.
- 2- Através de fotos panorâmicas apresentar a volumetria da edificação adaptando-a à paisagem existente.

7. a adequação quanto aos usos e às atividades do entorno imediato.

Objetivo:

Verificar através de medidas mitigadoras as soluções quanto aos aspectos negativos elencados no item I do Artigo 101 da Lei No. 672/02.

Produto requerido:

Apresentação de medidas mitigadoras para solucionar os problemas atestados¹³.

Inexiste norma que disponha sobre os profissionais que devam integrar a equipe responsável pelo estudo. Esse vazio normativo acerca da sua confecção possibilita que o EIV seja

13 MANAUS (AM). Comissão Técnica de Planejamento e Controle Urbano – CTPCU. Termo de Referência para elaboração de Estudo de Impacto de Vizinhança, 2003.

elaborado “sob encomenda”, muitas vezes não retratando a realidade do empreendimento e servindo como verdadeiro instrumento de marketing empresarial.

As audiências públicas, no entanto, podem servir de instrumentos desveladores da verdade.

O artigo 2º, XIII do Estatuto da Cidade elenca a audiência como diretriz geral para a política urbana:

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes:

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população.

Embora não exista previsão específica no Estatuto da Cidade acerca de sua realização para o EIV, as audiências públicas são, como visto, meios importantes de publicização da análise. A publicidade do Estudo de Impacto de Vizinhança é exigência do Parágrafo Único do artigo 37 do Estatuto da Cidade.

Rogério Rocco¹⁴ destaca que o Estudo de Impacto de Vizinhança é um instrumento de controle social e democrático.

O Guia para Implementação do Estatuto da Cidade¹⁵ alerta, todavia, para uma efetiva participação popular:

Garantir a participação popular na gestão da política urbana é um desafio de grandes proporções e de múltiplas dimensões, principalmente se levarmos em conta o fato de este ser, historicamente, um campo de conhecimento restrito aos especialistas – o que se reflete na estrutura administrativa, no linguajar técnico,

14 ROCCO, Rogério. Estudo de Impacto de Vizinhança: instrumento de garantia do direito às cidades sustentáveis. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 55.

15 CÂMARA DOS DEPUTADOS, op. cit., p. 196.

na complexidade da própria legislação.

Uma das principais questões refere-se à garantia de uma participação de fato, e não dissimulação de processos de participação. Existem muitos casos de conferências, conselhos e debates públicos, cujos membros são personalidades notáveis da cidade, que não necessariamente defendem os interesses das bases sociais.

A Resolução Recomendada n.º 22/2006 do Conselho das Cidades traz, no entanto, a previsão das audiências públicas para os estudos elaborados no licenciamento de empreendimentos de impacto ambiental regional ou nacional. O EIV é etapa preliminar à emissão da certidão de conformidade pelo órgão municipal.

A resolução ainda dispõe que o Estudo de Impacto de Vizinhança deve ser analisado, nos casos desses empreendimentos, de forma integrada ao Estudo de Impacto Ambiental, inclusive nas audiências públicas (artigo 8º). Tais documentos devem ser disponibilizados para a população com pelo menos 30 dias de antecedência.

Inexistindo Conselho Municipal da Cidade, as audiências públicas tornam-se instâncias privilegiadas de análise e as eventuais objeções dos participantes são consideradas como critério de decisão.

5 EIV x EIA

O artigo 38 do Estatuto dispõe que a elaboração do EIV não substitui a elaboração e aprovação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Entendeu o legislador que não obstante o bem ambiental seja único, seus aspectos natural e artificial devem ser examinados em instrumentos distintos.

No entanto, a doutrina não é pacífica nesse sentido, admitindo em alguns casos a dispensabilidade do Estudo de

Impacto de Vizinhança quando para o empreendimento foi exigida a elaboração de Estudo de Impacto Ambiental.

Adilson Abreu Dallari¹⁶ comenta que:

A rigor, o segundo nem seria necessário, pois o Estudo de Impacto Ambiental obviamente se refere também ao meio ambiente urbano. Talvez a criação do segundo se deva ao costume ou ao preconceito no sentido de tornar a expressão 'meio ambiente' como abrangendo apenas o ambiente natural, os recursos naturais, tais como florestas, águas, montanhas etc. Na verdade, o meio ambiente a ser preservado abrange tanto os bens naturais como os bens culturais. O que deve variar, diante do caso concreto, é a forma, a metodologia da realização do estudo, que será sempre um Estudo de Impacto Ambiental.

No mesmo sentido é a posição de Vanêscia Buzelato Prestes¹⁷:

O EIV é mais um instrumento de gestão previsto para avaliação de impactos urbanos. Entendemos que é similar ao EIA, porém como estabelece a própria lei, não o substitui (art. 38, Estatuto da Cidade), sendo que, é nossa opinião, nas hipóteses que cabe EIA não há que se falar em EIV. Ou é um ou é outro. Ambos são instrumentos de gestão para avaliação de impactos, sendo que o EIA é mais complexo, prevê alternativas locais e tem assento constitucional, devendo ser aplicado para as situações urbanas previstas na Resolução 237 e naquelas estabelecidas em cada legislação municipal. Entendemos fundamental alertar para esse aspecto, porque como instrumentos de gestão que são, exigidos pelo mesmo ente federativo nas hipóteses em que os Municípios são licenciadores ambientais, não há nenhum sentido em solicitar um e outro somente porque são de competência de secretarias distintas da mesma administração.

16 DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos da Política Urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (coord.) Estatuto da Cidade. Comentário à Lei Federal 10.257/2001, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 84.

17 PRESTES, Vanêscia Buzelato. Plano Diretor e Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV). Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n. 37, jan./mar. 2005, p. 83.

Não se pode olvidar quem sempre para o empreendimento será exigido o Estudo de Impacto Ambiental. Este se dará apenas nos casos de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, enquanto o EIV poderá ser demandado ainda quando inexistir significativo impacto de vizinhança, dependendo apenas se a atividade ou empreendimento encontrar a previsão na lei municipal.

A Resolução CONAMA 001/86 traz a relação de itens que devem ser contemplados no Estudo de Impacto Ambiental:

Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

a) o meio físico - o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;

b) o meio biológico e os ecossistemas naturais - a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;

c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos.

II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e

- sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.
- III - Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas.
- IV - Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (os impactos positivos e negativos), indicando os fatores e parâmetros a serem considerados.

De fato, pode-se afirmar que ao contemplar o meio socioeconômico, o Estudo de Impacto Ambiental estaria também abrangendo os aspectos urbanísticos que são necessários ao Estudo de Impacto de Vizinhança, já que deverá apresentar as interferências no uso e ocupação do solo e no cotidiano da sociedade local. No entanto, alguns aspectos como a compatibilidade do sistema viário e de transportes, dos sistemas de abastecimento de água, coleta de esgotos e abastecimentos de energia elétrica, itens de grande relevância quando se refere a impactos no entorno, ou não são objeto do EIA ou quando são possuem abordagem insuficiente, vez que as maiores preocupações voltam-se aos aspectos físicos e biológicos do meio ambiente.

É esse também o entendimento de Rogério Rocco¹⁸ :

Por certo, as questões enfatizadas pelo Estudo de Impacto de Vizinhança também podem ser entendidas como ambientais, uma vez que fazem referência ao meio ambiente construído. Porém, elas apresentam, antes de tudo, uma preocupação eminentemente urbanística, pautada nos princípios da função social da cidade e da propriedade urbana.

[...]

Fato é que a elaboração de um estudo não substitui a necessidade de elaboração e aprovação do outro. [...] o mandamento é expresso na exigência de realização dos dois estudos, de acordo com as exigências relacionadas para cada um dos institutos. Portanto, entendeu o legislador que ambiente e vizinhança são dois conceitos

18

ROCCO, op. cit., p. 49

distintos e que devem ter, para as atividades que sobre eles exerçam algum tipo de alteração em sua condição original, instrumentos distintos para avaliação de seus impactos.

Eliane Poveda¹⁹ conclui que os instrumentos se complementam na busca de dirimir os desequilíbrios existentes nas cidades.

Assim, é possível concluir que, não obstante as dimensões natural, artificial, cultural e laboral sejam aspectos de um único bem – o ambiental – e que os estudos guardem similaridades entre si, a sua elaboração em separado parece ser a mais adequada, vez que possuem enfoques distintos, até mesmo pela própria composição da equipe responsável pelos dois estudos. No entanto, a análise do EIA e do EIV deve ser feita de forma integrada, em um diálogo entre os órgãos municipais de meio ambiente e urbanismo, a fim de evitar posições divergentes entre setores de uma mesma Administração, tendo sempre como fim último o bem-estar dos habitantes da cidade.

6 Medidas Mitigadoras e Compensação dos Impactos

Identificados os impactos negativos na urbe, deverá constar do Estudo de Impacto de Vizinhança as medidas mitigadoras (atenuantes) ou compensatórias (quando não for possível evitar nem minimizar os danos). Tais medidas devem ser proporcionais à extensão dos impactos, tendo como objetivo reduzir os efeitos das interferências provocadas na qualidade de vida da população do entorno e não somente a viabilização do empreendimento ou atividade.

O Guia para Implementação do Estatuto da Cidade²⁰ relaciona a medida devida à sobrecarga que o empreendimento provoca, sugerindo:

19 POVEDA, Eliane Pereira Rodrigues. Estudo prévio de impacto ambiental e estudo prévio de impacto de vizinhança como instrumentos de planejamento para o ambiente urbano sustentável no município de Santos. Disponível em: <<http://www.ceset.unicamp.br/~miranda/065/texto%20eiv-eia%20poveda%20-%20unisanta.doc>>. Acesso em: 07 dez. 2009.

20 CÂMARA DOS DEPUTADOS, op. cit., p. 202.

A contrapartida a ser oferecida pelo empreendimento, em troca da possibilidade de sua realização, pode ser de várias ordens, relacionando-se à sobrecarga que ele provocará: no caso de adensamento populacional, poderão ser exigidos áreas verdes, escolas, creches ou algum outro equipamento comunitário; no caso de impacto sobre o mercado de trabalho, poderão ser exigidos postos de trabalho dentro do empreendimento, ou iniciativas de recolocação profissional para os afetados; no caso de empreendimento que sobrecarregue a infra-estrutura viária poderão ser exigidos investimentos em semaforização e investimentos em transportes coletivos, entre outros.

O Estudo de Impacto de Vizinhança poderá também exigir alterações no projeto do empreendimento, como diminuição de área construída, reserva de áreas verdes ou de uso comunitário no interior do empreendimento, alterações que garantam para o território do empreendimento parte da sobrecarga viária, aumento no número de vagas de estacionamento, medidas de isolamento acústico, recuos ou alterações na fachada, normatização de área de publicidade do empreendimento etc.

Renato Cymbalista²¹ destaca que as medidas mitigadoras ou compensatórias habitualmente resumem-se à complementação do sistema viário ou na semaforização que, em última instância, beneficiam e valorizam os próprios empreendimentos. Diante disso, assevera a necessidade de uma mudança de concepção do Poder Público nesse aspecto, devendo levar em conta impactos que ultrapasse o sistema viário como a impermeabilização excessiva do terreno, aumento de temperatura, impacto sobre as paisagens de morros, dunas, vales, impactos sobre os serviços locais, sobre a produção de pequenos agricultores e sociais.

21 Cymbalista, Renato. Estudo de Impacto de Vizinhança. Disponível em: <<http://polis.org.br/publicacoes/dicas/181349.html>>. Acesso em: 08 dez. 2009.

7 Vinculação do Poder Público ao EIV

Outra questão que se coloca é se o Poder Público está vinculado aos resultados apresentados no Estudo de Impacto de Vizinhança ou se a decisão quanto à outorga da licença compete, em última instância ao administrador, que realizará o juízo de conveniência e oportunidade.

Para Vanesca Prestes²², o EIV não substitui a decisão do administrador. Ele precisa considerar os elementos colocados no estudo, porém não precisa aderir a ele, desde que, em observância ao Princípio dos Atos Motivados, demonstre as razões de fato e de direito que o conduziram àquela decisão. Destaca, no entanto, utilizando-se das lições do Ministro Antonio Herman Benjamin que o EIV atua na limitação da esfera de discricionariedade administrativa, ao impor ao administrador que manifeste-se fundamentadamente sobre toda questão urbanística/ambiental que esteja no estudo.

Não se pode olvidar, todavia, que essa liberdade decisória do agente público define a existência ou não de responsabilidade civil do Poder Público, em caso de danos à ordem urbanística. Aplicável para o EIV, o raciocínio de Celso Antonio Pacheco Fiorillo²³ para o Estudo Prévio de Impacto Ambiental:

- 1) Se não houve EIA/RIMA, estando o órgão público convencido do Raias²⁴: o Poder Público será responsável, na medida em que existe nexo causal entre seu ato e o dano ocorrido, isto é, ele concorreu para a prática do resultado danoso. (sem a referência no original)
 - 2) Se houve EIA/RIMA e este foi favorável (totalmente), tendo sido concedida a licença: inexistente a responsabilidade do Estado, pois a licença neste caso tratou-se de mero ato vinculado.
- (...)

22 PRESTES, op. cit., p. 84.

23 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 72-73

24 Relatório de Impacto Ambiental: estudo preliminar, que determinará se haverá ou não necessidade de elaboração do EIA.

- 3) Se houve EIA/RIMA e este foi desfavorável (no todo ou em parte), tendo sido concedida a licença: há responsabilidade solidária do Estado, porquanto resta configurado o nexó de causalidade entre o seu ato de concessão da licença e o dano causado ao meio ambiente;
- 4) Se houve EIA/RIMA, e este foi desfavorável, não tendo sido concedida a licença: inexistente como regra a responsabilidade do Estado, exceto se restar provado que ele se quedou inerte e, por causa de sua omissão, o dano ambiental ocorreu.

Tal responsabilidade decorre do Dever de Não Causar Dano Ambiental, princípio que determina que os Estados têm que assegurar que as atividades desenvolvidas sob sua jurisdição ou controle não venham causar danos ambientais. Sua aplicação decorre do dever de um determinado Estado de controlar atividades desenvolvidas por particulares, bem como dos próprios órgãos da esfera pública, a fim de garantir uma postura responsável em relação ao meio ambiente²⁵.

8 O EIV na Jurisprudência

A importância do Estudo de Impacto de Vizinhança e sua obrigatoriedade como requisito prévio à emissão das licenças para construção e funcionamento das atividades e empreendimentos previstos na legislação municipal tem sido reconhecida pela jurisprudência brasileira. Decisões judiciais dos tribunais pátrios têm determinado o embargo das obras e paralisação das atividades em caso de ausência do EIV. Alguns exemplos são colacionados a seguir:

ADMINISTRATIVO. HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. LIMITAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Prevendo o Decreto 040/05 do Município de Santa Maria que o funcionamento de

25 SAMPAIO, Adércio Leite, WOLD, Chris e NARDY, Afrânio. Princípios de Direito Ambiental: na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 28.

estabelecimentos comerciais no horário da madrugada deve ser precedido de estudo de impacto de vizinhança, é dado ao Município, no exercício do seu poder de polícia, vedar o funcionamento de estabelecimento neste período se o estudo assim recomendar. 2. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO²⁶.

Suspensão de medida liminar - Deferimento - Sustação da construção do presídio de Flórida Paulista ou de qualquer outro, até que seja feito e aprovado o estudo de impacto ambiental e de vizinhança, fixando, para o caso de descumprimento, multa diária de cem mil reais (R\$100.000,00), a ser recolhida ao Fundo Estadual de Reparação dos Interesses Difusos Lesados, sem prejuízo das conseqüências penais - Presença de lesão à ordem, à segurança e à economia públicas - Agravo regimental improvido²⁷.

TUTELA ANTECIPADA - pretensão ministerial a que seja a Municipalidade impedida de expedir alvará de licença para construção, reforma, funcionamento ou expansão de quaisquer conjuntos residenciais horizontais sem prévio estudo de impacto de vizinhança - com efeito, a matéria mostra-se complexa, reclamando maiores informações a respeito, o que poderá se dar perante o Juízo a quo por meio de eventual resposta da Municipalidade - o certo é que, no momento, não se fazem presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada (art. 273 do CPC), quais sejam a alegação verossímil, com prova inequívoca e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação para sugerir o acolhimento do reclamo - agravo de instrumento não provido²⁸.

Na esteira do entendimento, transcrição de parte de decisório proferido no Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

26 TJRS. Agravo de Instrumento nº 70014612550, Relator: Araken de Assis, Julgado em: 28 jun. 2006. Publicado em: 13 jul. 2006.

27 TJSP. Agravo Regimental nº 1131300401, Relator: Luiz Tâmbara. Publicado em: 10 nov. 2004.

28 TJSP. Agravo de Instrumento 3176995300. Relator: José Geraldo de Lucena Soares. Publicado em: 04 abr. 2003.

Não se pode olvidar, também, conforme assim já consignei por ocasião da apreciação do pedido de antecipação da tutela recursal formulado nos autos do AG nº 2008.01.00.003011-6, que, encontrando-se as obras, cuja execução se pretende sobrestar, localizadas dentro de área de proteção ambiental permanente, inserida dentro de zona costeira marítima, apontada nos autos, e clausulada como patrimônio nacional (CF, art. 225, § 4º), afigura-se insuficiente, na espécie, a existência de licenciamentos ambientais estaduais e/ou municipais, posto que, **em casos assim, o bem a ser tutelado é o meio ambiente ecologicamente equilibrado, que não dispensa o inafastável estudo prévio de impacto ambiental, e de vizinhança**, mediante a presença fiscalizatória e indispensável do IBAMA, como órgão executor da política nacional do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, conforme determinam, em casos que tais, o art. 225, ° 1º, IV, da Constituição Federal, o art. 10 da Lei nº 6.938/81, as Resoluções nºs 01/86 e 237/97-CONAMA e o art. 36 da Lei nº 10.257, de 10/07/2001 (Estatuto da Cidade), não se podendo admitir a continuidade da execução das obras já iniciadas, sob pena de comprometer-se, ainda mais, o equilíbrio ecológico e ambiental na referida área, com danos de incerta reparação, a autorizar-se a concessão da almejada antecipação da tutela, no particular²⁹. (destaquei).

9 Considerações Finais

As cidades são, atualmente, objeto de preocupação do Direito Ambiental. As relações cotidianas do homem urbano com o meio em que vive tornam-se parte da proteção do meio ambiente, concebido dentro de todo o processo social e não mais como um aspecto isolado, limitado às dimensões físicas e biológicas.

A política urbana incorpora o conceito de sustentabilidade e a preocupação com as gerações futuras (Princípio da Solidariedade).

Objetivando o pleno desenvolvimento das funções sociais

29

TRF 1ª Região. Agravo de Instrumento Nº 2008.01.00.033158-1/Ba. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Publicado em: 04 ago. 2008.

da cidade, o Estatuto da Cidade, consigna as diretrizes gerais e instrumentos que devem orientar a execução da política urbana. A lei, além de apresentar mecanismos de intervenção estatal, avança ao integrar a coletividade aos debates acerca das necessidades dos espaços urbanos, prevendo a gestão democrática e a cooperação dos setores da sociedade.

O Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV) dentro da estratégia de planejamento do plano diretor, surge, como instrumento a propiciar a gestão participativa das sociedades, vez que pode ser submetido à ampla discussão com os interessados na área de abrangência do empreendimento.

O EIV é um importante instrumento de gestão urbana e, se bem delineado pelas legislações municipais, um relevante mecanismo para evitar as distorções do crescimento urbano, assegurando que a coletividade desfrute de espaços agradáveis e saudáveis.

The Neighborhood Impact Study and the Search for the Sustainable Urban Spaces

Abstract: This article aims to draw some considerations about the Neighborhood Impact Study, emphasizing its importance as a management tool at the disposal of the municipal government, in achieving the right to a sustainable urban environment. In addition to the Neighborhood Impact Study approach from the perspective of the City's Constitution, seeking its understanding within the whole legal system, especially in relation to the environmental standards. The environment is seen as an integrated whole, designed inseparable of relations between individuals, in the case, the inhabitants of the city.

Keywords: Sustainable cities. Instruments of urban policy. Neighborhood Impact Study.

Referências

BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal. 1ª. Região. Agravo de Instrumento nº 2008.01.00.033158-1/Ba. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Publicado em: 04 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Estatuto da Cidade. Guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/perm/cdui/estatutodacidade.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2009.

CYMBALISTA, Renato. Estudo de Impacto de Vizinhança. Disponível em: <<http://polis.org.br/publicacoes/dicas/181349.html>>. Acesso em: 08 dez. 2009.

DALARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (coord.) Estatuto da Cidade. Comentário à Lei Federal 10.257/2001, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DERANI, Cristiane. Tutela jurídica da apropriação do meio ambiente e as três dimensões da propriedade. Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v.1, n.1, p. 51-76, ago./dez. 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Disciplina Urbanística da Propriedade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MANAUS (AM). Comissão Técnica de Planejamento e Controle Urbano – CTPCU. Termo de Referência para elaboração de Estudo de Impacto de Vizinhança. Manaus: CTPCU, 2003.

MARQUES, José Roberto. (coord.) Sustentabilidade e termos fundamentais de Direito Ambiental. Campinas: Millenium, 2009.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

POVEDA, Eliane Pereira Rodrigues. Estudo prévio de impacto ambiental e estudo prévio de impacto de vizinhança como instrumentos de planejamento para o ambiente urbano sustentável no município de Santos. Disponível em: <<http://www.ceset.unicamp.br/~miranda/065/texto%20eiv-eia%20poveda%20-%20unisanta>>.

doc>. Acesso em: 07 dez. 2009.

PRESTES, Vanêscia Buzelato. Plano Diretor e Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV). Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n. 37, p. 80-95, jan./mar. 2005.

RIO GRANDE DO SUL (estado). Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70014612550. Relator: Araken de Assis, Julgado em: 28 jun. 2006. Publicado em: 13 jul. 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

ROCCO, Rogério. Estudo de Impacto de Vizinhança: instrumento de garantia do direito às cidades sustentáveis. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SAMPAIO, Adércio Leite, WOLD, Chris e NARDY, Afrânio. Princípios de Direito Ambiental: na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÃO PAULO (estado). Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 3176995300. Relator: José Geraldo de Lucena Soares. Publicado em 04 abr. 2003. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 10 dez 2009.

_____. Agravo Regimental nº 1131300401. Relator: Luiz Tâmbara. Publicado em: 10 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

O Procedimento de Restauração de Autos no Processo Penal

João Gaspar Rodrigues^{1*}

Sumário: 1 Introdução. 2 Restauração por iniciativa oficial. 3 Restauração total ou parcial. 4 Procedimento. 4.1 Audiência de restauração. 4.2 Diligências complementares. 4.3 Surgimento dos autos originais. 4.4 Aplicação analógica das disposições do Código de Processo Civil. 5 Finalidade da restauração. 6 Legitimação para propor o incidente de restauração. 7 Reconstituição direta ou indireta da denúncia. 8 Sentença condenatória em execução. 9 Impossibilidade material de restauração. 10 Sentença de restauração. 11 Conclusões. Referências.

Resumo: O estudo tem como objetivo enfrentar a problemática teórica sobre o procedimento de restauração de autos no processo penal, apresentando um passo a passo na condução dos feitos. Desenvolve-se a partir da constatação, na prática diária, do escasso interesse doutrinário que desperta nos meios especializados. Neste propósito, a investigação tenta sintetizar regras e princípios balizadores. Além disso, foi empreendida a tentativa, a cada momento, de colacionar o entendimento mais atual dos tribunais a respeito da matéria.

Palavras-chave: Restauração de autos. Procedimento. Legitimação. Finalidade.

1 Introdução

No processo, tanto civil quanto penal, os autos do processo, a documentação dos fatos ocorridos, do que foi produzido e feito ao longo da instrução, constituem um instrumento fundamental

1 * Promotor de Justiça. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica do Ministério Público do Amazonas. Autor dos livros: *O Ministério Público e um novo modelo de Estado*, Manaus:Valer, 1999; *Tóxicos...*, Campinas:Bookseller, 2001; *O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro*, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2007; *Segurança pública e comunidade: alternativas à crise*, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2009.

para a jurisdição. Tanto é assim que a sua destruição, extravio, inutilização, desaparecimento ou subtração impõe a restauração como matéria de ordem pública e de interesse da Justiça.

A importância do tema guarda uma proporcionalidade direta com a sua excepcionalidade, refletindo-se na escassa bibliografia produzida. Os manuais e tratados sobre processo penal não se detêm sobre a temática (com honrosa exceção para os nossos doutrinadores clássicos), fazendo rápidas referências, *a vol d'oiseau*, sem a preocupação de descer a pormenores obscuros ou polêmicos sugeridos pela prática forense.

Essa situação combinada com casos práticos carentes de substrato teórico motivou a presente abordagem.

2 Restauração por iniciativa oficial

O procedimento de restauração de autos no processo penal é um incidente processual e pode ocorrer por iniciativa oficial ou a requerimento das partes (Ministério Público/querelante ou réu). O mesmo ocorre no processo civil (Miranda, 1977, p. 156), embora a redação da lei possa suscitar algumas dúvidas (CPC, art. 1.063: “Verificado o desaparecimento dos autos, pode qualquer das partes promover-lhes a restauração”)².

Os autos do processo³ têm a natureza de documento público e constituem instrumento para o exercício da jurisdição. Sua restauração, portanto, é matéria de ordem pública e de interesse da Justiça. Daí a legitimidade que tem o juiz para determinar, *ex officio*, a restauração. Mas o processo de restauração só tem realmente início regular quando as partes são intimadas. É fórmula essencial, cuja inobservância gera nulidade absoluta (cf. tópico 4).

2 “Restauração por iniciativa oficial. Ainda que a lei reconheça legitimidade apenas às partes, nada obsta a iniciativa oficial quando o fato ocorreu por falha do próprio Poder Judiciário. Exegese do art. 1.063 do CPC” (Tribunal de Justiça do RS, 1ª. Câmara Cível, Rel. Des. Irineu Mariani, julgado em: 22 out. 2008. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/44851093>>).

3 Segundo Rosa (1982, p. 612), autos são o conjunto de todas as peças (queixa ou denúncia, inquérito policial, auto de exame pericial, alegações, requerimentos, termos, certidões, documentos, decisões etc.) pertencentes a um processo ou feito, constituindo um ou mais volumes.

3 Restauração total ou parcial

A restauração pode ser total, nos casos de perda ou destruição completa e definitiva dos autos. E pode ser parcial, quando houver extravio ou destruição de algum elemento material do processo, ou inutilização de algumas peças ou documentos dos autos (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 427).

Neste caso (perda parcial), não há pressuposto válido para a restauração dos autos, pois os autos não precisam ser reconstituídos, mas apenas alguns dos seus elementos. Desse modo, a restauração é instaurada como incidente nos próprios autos remanescentes, hipótese em que a decisão final que declara a restauração possui a natureza de decisão interlocutória, desafiando recurso próprio e não apelação.

4 Procedimento

Extraviados, destruídos (por inundações, fogo ou outra causa), inutilizados, desaparecidos, subtraídos ou escondidos, e não havendo cópia autêntica ou certidão do processo, os autos originais de processo penal serão restaurados no juízo onde tramitou o feito em competência originária⁵. Se estiver em grau de recurso no Tribunal e for extraviado, a restauração dar-se-á na primeira instância. Se se tratar, todavia, de ação originária de competência da segunda instância (Tribunal de Justiça), a restauração far-se-á no respectivo Tribunal (MIRABETE, 1994, p. 617).

A rigor, restaurar é consertar, recuperar, repor em bom estado. Pode restaurar-se, por exemplo, um documento estragado pela chuva ou chamuscado pelo fogo. No caso de total destruição ou extravio seria mais apropriado falar em nova produção, isto é, em reprodução. Mas é claro que a lei empregou

4 TJSP, Agravo de Instrumento, 35^ª. Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Clóvis Castelo, julgado em: 30 mar. 2009. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/59965945>>.

5 TJSP, JTJ 136/409.

o vocábulo restauração em sentido amplo, abrangente da renovação (TORNAGHI, 1981, pp. 294-295).

Se existirem autos suplementares (cópia autêntica – CPP, art. 232) ou certidão do processo, um ou outro substituirá os autos originais, prosseguindo o processo. Não existindo nem uma coisa nem outra (autos suplementares ou certidão do processo), o juiz, de ofício ou atendendo a requerimento de qualquer das partes, deverá adotar as seguintes providências preliminares:

I- determinar que o escrivão certifique o estado do processo, segundo a sua lembrança (a chamada “certidão de lembrança”), e reproduza o que houver a respeito em seus protocolos e registros;

II- requisitar cópias do que constar a respeito no Instituto Médico-Legal, no Instituto de Identificação e Estatística ou em estabelecimentos congêneres, repartições públicas, penitenciárias ou cadeias;

III- determinar citação pessoal das partes, ou, se não forem encontradas, por edital, com o prazo de dez dias, para o processo de restauração dos autos.

Uma das providências preliminares de importância fundamental é a “citação” das partes. A ausência de tal medida é causa de nulidade absoluta *ab initio*, aplicando-se o art. 564, III, “e”, do Código de Processo Penal ⁶. Embora o Código faça referência à citação das partes, o ideal é falar em intimação, pois se trata de um chamamento para participar de um procedimento incidental e não na formação de uma nova relação processual, visando à condenação de alguém. A intimação por edital é possível unicamente para o réu e para o ofendido, quando este for parte, pois o Ministério Público é sempre localizado pessoalmente (NUCCI, 2008, p. 883).

6 TJSC, DJ, n. 9112, 14 nov. 1994, p. 13; TACrimSP, RT 551/347; TJES, 2ª. CCrim., ACR 24010106383 ES, Rel. Sérgio Luiz Teixeira Gama, julgado em: 30 abr/2008, publ. 30 maio 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8298429/apelacao-criminal-acr-24010106383-es-024010106383-tjes>>. TACRSP, RT 551/347.

4.1 Audiência de restauração

Na data designada para a audiência de restauração, as partes são ouvidas e podem apresentar certidões, reproduções que tenham sobre o processo, expor o que se recordam do processo e apresentar testemunhas (para provar o teor dos autos desaparecidos). Tudo deve ser reduzido a termo, especificando-se os pontos em que estiverem de acordo.

A contribuição das partes para o procedimento de restauração é fator decisivo, incumbindo-lhes, além da obrigação de apresentar certidões e cópias que possuam, o dever de, sincera e lealmente, controlarem a reconstituição, por memória, dos pontos não documentados, e o de colaborarem, seriamente, nesse trabalho (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 430).

Onde houver concordância entre as partes, dá-se como incontroverso e certo o fato ou o ato, consignando-se no termo, que passará a compor os autos restaurados. Os documentos apresentados pelo escrivão (como a “certidão de lembrança”, por exemplo) e por outras autoridades podem ser contrasteados pelas partes.

Nesta audiência, pode o juiz determinar algumas diligências: reinquirição de testemunhas (caso não tenha sido proferida sentença nos autos originais), exames periciais, prova documental (por meio de cópia autêntica ou de testemunhas que conheçam o teor do documento), inquirição de autoridades, serventuários⁷, peritos e outras pessoas que tenham funcionado no processo original etc.

É importante observar que a prova deve ser conduzida para reproduzir os autos perdidos e não para refazer a instrução sob outros enfoques (NUCCI, 2008, p. 884). Tal postura é vedada ao juiz e às partes. As testemunhas, por exemplo, não poderão depor como se estivessem tomando parte da audiência na ação

⁷ Por exemplo, o escrevente que funcionou como auxiliar do juiz na audiência resconstituenda pode ser ouvido para reproduzir seu conteúdo (Nery Junior/Nery, 2003, p. 1.199).

principal. Apenas deverão ser inquiridas sobre o que foi dito na audiência de que não se tem notícia (NERY JUNIOR/NERY, 2003, p. 1.199).

4.2 Diligências complementares

As diligências devem ser realizadas no prazo de vinte dias, salvo motivo de força maior. São de enumerar, como motivos de força maior, os impedimentos materiais, que não permitam obter a realização do ato nos vinte dias, quer porque as buscas dos documentos sejam difíceis e demoradas, quer porque tenha havido embaraços para encontrar as pessoas procuradas, ou para obter a sua ida a juízo (impossibilidades advindas de moléstia, falta de condução etc.), quer porque a ausência, de alguma delas, da sede do juízo, haja tornado necessária a expedição de precatórias (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 434).

Após esse prazo ou sua dilatação justificada, os autos seguem ao juiz para julgamento. Nesta fase, no prazo de cinco dias, o juiz ainda pode realizar diligências complementares como, por exemplo, requisitar de autoridades ou órgãos públicos, outros esclarecimentos necessários para a restauração. Na verdade, o juiz pode a qualquer momento, no curso do processo, fazer uso dessa prerrogativa, pois insere-se no poder geral de produção de provas.

O prazo para a prolação da sentença é de dez dias (CPP, art. 800, I).

4.3 Surgimento dos autos originais

Se no curso da restauração aparecerem os autos originais, nestes continuará o processo, devendo ser apensos a eles os autos da restauração (CPP, art. 547, §único). E se os autos originais aparecerem após o julgamento da restauração? A sentença que

julga restaurados os autos não faz coisa julgada (cf. tópico 10), pois as atribuições conferidas ao juiz, em sede de restauração de autos, têm índole administrativa e não judicial⁸. Assim, a qualquer momento, aparecendo os autos originais, nestes continuará o processo, sendo os autos restaurados apensados (NORONHA, 1982, p. 319; Câmara Leal, 1942, p. 398). A explicação é simples: os autos originais são fidedignos, representando todos os atos em sua verdade primitiva, enquanto os restaurados constituem uma reprodução aproximada (e possível) da verdade. E neste ponto, a melhor redação é da lei processual civil quando prescreve (CPC, art. 1.067, §1º): “Julgada a restauração, seguirá o processo os seus termos. §1º Aparecendo os autos originais, nestes se prosseguirá sendo-lhes apensados os autos da restauração”.

Mirabete (1997, p. 570) entende que

como os autos obtidos com a restauração têm como finalidade a substituição dos originais, deve-se concluir que, mesmo após o julgamento de restauração a preferência para a ulitimação do processo recai sobre os autos originais desde que não tenham sido praticados ainda atos processuais nos autos restaurados.

E se os autos originais surgirem parcialmente deteriorados? Neste caso, dentro de particular cautela, o procedimento de restauração prossegue.

4.4 Aplicação analógica das disposições do Código de Processo Civil

As disposições do Código de Processo Civil que regem a ação de restauração dos autos (arts. 1.063 a 1.069) aplicam-se, por analogia, à restauração dos autos no processo penal⁹, por força do art. 3º. do CPP: “A lei processual penal admitirá

8 TRF5, Pleno, Restauração de Autos 24 PE, Rel. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, julgado em: 14 jun. 2005, publicado em: 23 jun. 2005, DJ. p. 744, n. 119.

9 TJMG, Rec 1.0672.03.000167-7/001, Rel. Célio César Paduani, DJU, 05 maio 2004. In: FRANCO/STOCO, 2004, p. 651.

interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

5 Finalidade da restauração

Esse procedimento tem como única finalidade a restauração ou recomposição dos autos que substituirão os originais. Nele não é discutido o mérito da causa ou a identificação do culpado pela perda, destruição ou extravio. Mais precisamente, o objetivo da restauração dos autos é recolocar o processo no estado em que se encontrava, *o mais próximo possível*, antes de terem sido extraviados ou destruídos.

Não se reabrem questões ou disputas; apuram-se as soluções já dadas. É uma restauração dos autos: o procedimento tem essa *finalidade*; a eventual repetição de atos (depoimentos, perícias, diligências) é *meio* para conseguir a reposição dos autos, não é o *fim* do procedimento, como no processo cujos autos foram perdidos. Se, por exemplo, um perito apresentou um laudo nos autos extraviados e, depois, mudou de opinião, o que lhe cabe é repetir a conclusão antiga, e não apresentar a nova. Se uma testemunha, após haver prestado depoimento no processo cujos autos foram extraviados, vem a conhecer fatos novos, o que lhe cumpre é reproduzir apenas o depoimento anterior (TORNAGHI, 1982, p. 295).

Ao julgar restaurados os autos, não está o juiz a declarar que foram reconstituídos tais como se achavam no estado em que foram extraviados ou destruídos. A restauração, escreve Câmara Leal (1942, p. 398), por mais completa e perfeita que seja, nunca poderá sobrepujar os originais. Documentos terão sido irreversivelmente perdidos, sem chance de reconstituição. As testemunhas, reinquiridas, não reproduzirão fielmente suas declarações pretéritas, omitindo ou acrescentando novos matizes sugeridos pela imaginação para suprir a falibilidade

mnemônica (ALTAVILLA, 1981, p. 47-48). A nova peritagem poderá se defrontar com situações de fato que, pelo transcurso temporal, já não serão as mesmas da peritagem anterior. Poderá haver controvérsia, que o juiz seja obrigado a dirimir, uma das partes afirmando, por exemplo, que a cópia de determinado documento não é autêntica.

O mérito da causa decidido no procedimento judicial de restauração apenas envolve a declaração de que os autos se encontram restaurados e o prosseguimento do processo fica restabelecido. Nele não cabe discussão sobre qualquer ponto de direito ou de fato da causa principal¹⁰. Se a parte quiser suscitar questão de fato e de direito que pertençam à causa principal, deve aguardar o momento processual adequado que só ocorre após o julgamento da restauração e a retomada do processo em vias de recomposição¹¹.

6 Legitimação para propor o incidente de restauração

A lei processual penal fala que o processo de restauração dos autos pode ter início, de ofício, através do juiz ou por requerimento de qualquer das partes (CPP, art. 541, §1º.). No processo penal, tecnicamente, parte refere-se a quem pleiteia algo em juízo (autor) e àquele contra quem é deduzida uma relação de direito material-penal (réu). Sem uma delas não se forma a relação processual (MIRABETE, 1997, p. 320).

Em outros termos, partes são os sujeitos que reclamam uma decisão judicial a respeito da pretensão discutida no processo, sendo o juiz (“el sujeto del juicio”) o órgão encarregado de pronunciar-se a favor de quem tenha razão sobre a demanda de proteção jurídica a si dirigida (ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO/LEVENE, 1945, p. 09). O conceito de parte liga-se intimamente,

10 TA/PR – 3ª C. Cív., Ap. Cív. nº 178116800/Curitiba, julgado em: 16 out. 2001. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/jurisprudencias/civil/restauracao.html>>.

11 TJ/RO – C. Cív., Ap. Cív. nº 03.002860-4/Porto Velho, Rel. Des. Sebastião T. Chave, julgado em: 02 set. 2003. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/jurisprudencias>>.

numa perspectiva mais teórica, com a doutrina da ação.

De um lado, temos a parte acusatória (Ministério Público – nas ações penais públicas – ou o próprio ofendido ou querelante – nas ações penais de iniciativa privada) e de outro, o acusado, que responde a uma imputação.

Portanto, de início temos três legitimados: 1- o juiz (iniciativa oficial); 2- o Ministério Público ou querelante; 3- o acusado.

O assistente de acusação tem legitimidade para propor o incidente de restauração? A lei é omissa a respeito, mas entendemos que nada impede requeira o assistente, desde que previamente habilitado nos autos originais (e comprove essa qualidade), a restauração dos autos. Não podemos esquecer o caráter de ordem pública a envolver a matéria, autorizando, inclusive, a atuação *ex officio* do juiz.

Além disso, dado o caráter de ordem pública que envolve a matéria, qualquer pessoa que tenha conhecimento de destruição ou perda de autos pode, e o escrivão e seus auxiliares devem, levar o fato ao conhecimento do juiz (TORNAGHI, 1981, p. 296).

7 Reconstituição direta ou indireta da denúncia

Se, na restauração dos autos, não for possível a juntada de cópia da denúncia (devidamente protocolizada ou autenticada), deverá ser feita reconstituição indireta, mediante certidão de lembrança do Escrivão, supridas eventuais omissões mediante aditamento. Impossível será a oferta de nova denúncia, contemporânea à restauração, para ser somente então recebida¹².

O Supremo Tribunal Federal admite também a reconstituição direta da denúncia:

Julgada a restauração, os autos respectivos valerão pelos originais. Não há, por conseguinte, como exigir, para validade da sentença, em autos restaurados na

forma da lei, que deles conste o que materialmente não foi possível inserir, porque não foi encontrado. Omissão da denúncia nos autos restaurados; basta que se a reconstitua, direta ou indiretamente, para que inexistam nulidade (RTJ 74/250).

Sendo materialmente impossível que conste do processo restaurado cópia da denúncia, que não foi encontrada, mas se acha provada por outras peças dos autos, não há que se falar em nulidade. Orientação do STF: RE 79.757 e RTJ 74/250(...) (STF, HC 72871/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 02 fev. 1996, p. 852).

A reconstituição direta da denúncia pode ocorrer, por exemplo, quando não detendo a cópia física do documento devidamente protocolizado, o Promotor recorre ao banco digital de dados onde se encontra armazenado arquivo contendo o referido documento com a narrativa dos fatos. Se o acusado não concordar, a questão será dirimida pelo juiz.

8 Sentença condenatória em execução

Durante a restauração dos autos é possível que já exista condenação e o réu esteja preso com base nesse título. Havendo prova da condenação (através da guia de recolhimento ou registros penitenciários), o sentenciado não é posto em liberdade.

9 Impossibilidade material de restauração

Se resultar impossível a restauração dos autos, o efeito jurídico mais consentâneo é a declaração de nulidade do processo original por violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Após o trânsito em julgado dessa decisão, é possível oferecer nova denúncia (ou queixa) e destravar a persecução penal, desde que o fato criminoso, pelo transcurso do tempo, não esteja acobertado pela prescrição.

A perda dos autos em 2ª. instância, caso seja impossível uma restauração condigna, acarreta a nulidade do processo por vertical ofensa ao amplo direito de defesa, a evidenciar a trágica inconstitucionalidade por desrespeito ao princípio do devido processo legal, vez que a presença dos dados e provas nele constantes se faz imprescindível para o regular julgamento de uma controvérsia, nos vários campos do direito aplicável seja ele estatal ou não (TACRIM-SP, AP, Rel. Oliveira Ribeiro, RJD 17/146).

10 Sentença de restauração

O procedimento de restauração é posto fim através de sentença. Nesta decisão é julgada a restauração dos autos e não o mérito da causa¹³. Não pode o juiz, ao encerrar por sentença a restauração, julgar simultaneamente o mérito da causa, sob pena de nulidade.

A sentença que julga restaurados os autos não faz coisa julgada material, pois aparecendo “os autos originais, nestes continuará o processo” (CPP, art. 547, §único). E tampouco interrompe a prescrição¹⁴.

Ao final, com o trânsito em julgado da sentença, os autos restaurados valem pelos originais, restabelecendo-se o curso normal do processo, como se o feito não tivesse sido interrompido¹⁵.

Contra a sentença cabe recurso de apelação (CPP, 593, II) e nesta somente será discutida, como é óbvio, a restauração feita, vedada a discussão do mérito da causa.

13 “Neste procedimento, a sentença visa, apenas e tão-somente, declarar a restauração dos autos do processo principal, restando inapreciável qualquer questão que verse sobre o direito material” (TJAP, RA 505 AP, Câmara única, Rel. Des. Dóglas Evangelista, julgado em: 30 out. 2007, publicado em: DOE n. 4139, p. 10, 29 nov. 2007).

14 TJRJ, AP, Rel. Dorestes Baptista, RF 270/298.

15 TJDF, 1ª Turma Criminal, RA 126413920098070000 DF, Rel. Edson Alfredo Smaniotto, julgado em: 28 jan. 2010, publicado em: 11 fev. 2010, DJ-e, p. 105.

11 Conclusões

O incidente de restauração dos autos no processo penal apresenta alguns aspectos que merecem especial atenção para evitar nulidades absolutas. Dois desses aspectos merecem destaque: I- a intimação pessoal das partes para a audiência de restauração; II- a vedação de discutir sobre qualquer ponto de direito ou de fato da causa principal.

Ao julgador impõe-se a necessidade de conduzir o feito restaurativo de forma regular e observando os possíveis vícios capazes de gerar nulidade, pois como no curso do incidente não há interrupção da prescrição, boa parte dos acusados aproveita a ocasião para procrastinar a restauração de forma a alcançar essa causa extintiva de punibilidade.

Se ao cabo de todas as diligências restaurativas, resultar impossível a restauração dos autos, a decisão a ser proferida é a de declaração de nulidade do processo original, desde o início, por violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

The restore procedure in case of criminal proceedings

Abstract: The study aims to address the theoretical problem of the restore procedure in case of criminal proceedings, outlining a step by step in the conduct of deeds. It develops from the observation in daily practice, the doctrine which arouses little interest in specialized areas. In this regard, the research attempts to summarize the rules and guiding principles. Moreover, the attempt was undertaken at each moment, collated from the most current understanding of the courts regarding the matter.

Keywords: Restore file. Procedure. Legitimation. Goal.

Referências

- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE, Ricardo. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945. Tomo II.
- ALTAVILLA, Enrico. *Psicología Judiciária*. 3. ed. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1981. v. I.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 5.
- FRANCO, Alberto Silva.; STOCO, Rui (Coords.). *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 4.
- LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. 3
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- _____. *Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 15.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ROSA, Borges da. *Comentário ao Código de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 2

O uso indiscriminado de algemas: Aspectos polêmicos da súmula vinculante n.º 11

Nayara Magalhães Neves^{1*}

Sumário: 1 Introdução. 2 Aspectos Gerais das Súmulas Vinculantes. 3 A Súmula n.º 11 à luz dos princípios constitucionais fundamentais. 4 O uso de algemas no processo penal brasileiro. 5 Considerações acerca do princípio da dignidade da pessoa humana. 6 A atuação da mídia, da Polícia e do Ministério Público acerca do uso de algemas. 7 A aplicação da Súmula n.º 11 e a realidade jurisprudencial brasileira. 8 Conclusão. Referências.

Resumo: O uso de algemas na atividade policial sempre foi alvo de infundáveis debates, seja pelo constrangimento físico e moral impingidos ao acusado e ao sensacionalismo com que a mídia procede em determinados casos, seja pela desnecessidade de se algemar quem não apresenta qualquer periculosidade, ou pelo fato de raramente os chamados “criminosos de colarinho branco” sofrerem esse tipo de constrangimento. Por tais razões, em agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n.º. 11, que prevê o uso de algemas apenas em casos excepcionais, responsabilizando civil e penalmente o agente que cometer arbitrariedades. Todavia, referida súmula recebeu inúmeras críticas, as quais serão abordadas no presente artigo, sob o enfoque dos princípios constitucionais e, em especial, do princípio da dignidade da pessoa humana, ressaltando, outrossim, a atuação da mídia, da Polícia, do Judiciário e do Ministério Público nessa questão.

Palavras-chave: Súmula Vinculante. Algemas. Uso Indiscriminado. Dignidade da Pessoa Humana.

1 * Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Especialista em Direito Processual Civil pela Unisul - Universidade de Santa Catarina. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas. Assessora de Juiz do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

1 Introdução

De acordo com a Súmula Vinculante nº. 11, editada pelo Supremo Tribunal Federal em 13 de agosto de 2008:

só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Tal súmula originou-se da necessidade de coibir uma série de abusos cometidos pelo Estado na execução de prisões e na realização de atos envolvendo réus presos, além da falta de regulamentação do art. 199 da Lei de Execuções Penais, que determina seja emprego da algrma regulamentado por decreto federal.

Contudo, tendo em vista a abrangência e o teor de seu texto e, ainda, as circunstâncias em que se deu sua edição, algumas questões surgiram acerca de sua aplicação, como a segurança dos policiais envolvidos no ato de prisão, o uso de algemas nos tribunais, sua compatibilidade com o princípio da dignidade humana, a postura do Supremo Tribunal Federal, entre outras, as quais são objeto do presente artigo que, com base no método de abordagem dedutivo, busca analisar os principais aspectos polêmicos acerca do uso das algemas.

A pesquisa desenvolveu-se através de levantamento bibliográfico, envolvendo livros jurídicos, revistas especializadas na área, artigos publicados na *internet*, assim como a legislação e a jurisprudência existentes.

O tema desperta a reflexão não apenas acerca dos princípios que informam o processo penal, mas também e, principalmente,

de outros direitos fundamentais, como o direito à imagem e à integridade física. Coloca-se em foco o papel do Ministério Público, do Judiciário, da Polícia e da mídia na edição e aplicação da referida súmula.

Os argumentos apresentados ao longo do texto fundamentam as conclusões da autora, que defende que o sucesso da intervenção mínima pressupõe, também, um mínimo de condições de aplicabilidade das normas, o que se obtém por meio de uma legislação técnica coerente, estruturação dos órgãos de jurisdição e aparelhamento dos mecanismos de execução das penas.

2 Aspectos Gerais das Súmulas Vinculantes

Originária do latim *Summula*, a palavra súmula significa sumário, restrito, podendo ser definida como um enunciado objetivo, sintético e conciso.

Conforme salienta Fernando Capez², no âmbito dos Tribunais a súmula é um resumo de todos os casos parecidos decididos da mesma maneira que, em regra, não possui caráter cogente, servindo apenas de orientação para as futuras decisões, a menos que passe a ter efeito vinculante, o que se tornou possível a partir da Emenda Constitucional n.º. 45/04, a qual prevê, em seu art. 103-A, a possibilidade de uma súmula ter eficácia vinculante sobre decisões futuras, dispondo que:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua

2 CAPEZ, Fernando. Súmula Vinculante. Jus Navigandi, Teresina, v. 10, n. 911, 31 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11625>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
§1º - A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Ao atribuir-se efeito vinculante e não meramente facultativo, busca-se evitar que uma mesma norma seja interpretada de forma distinta para situações fáticas idênticas e com isso alcançar a celeridade processual.

A súmula vinculante, todavia, atribui ao órgão jurisdicional de instância superior a tarefa de dizer o direito em tese, em caráter genérico e universal, atribuição para a qual nunca esteve autorizado constitucionalmente, carecendo de legitimação democrática e recaindo em perigoso desvio de sua missão de dizer o direito no caso concreto, compondo os conflitos de interesse na exata medida de suas realidades.

Nestes termos, a súmula vinculante seria inconstitucional, pois apesar de não excluir, constitui violação material de direito fundamental e esvazia o conteúdo jurídico do que está disposto no artigo 5º, XXXV e LIII³.

Além disso, definir com precisão a quantidade de decisões para que sejam essas consideradas reiteradas não é tarefa fácil, assim como também não é fácil definir quando estaria consolidada uma jurisprudência dominante.

Desse modo, como preleciona Rodrigo Carneiro Gomes⁴, o bom senso e a razoabilidade devem guiar o intérprete, pois se não fosse assim, teria feito o legislador um sistema no qual toda e qualquer decisão do STF fosse vinculante.

3 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

4 GOMES, Rodrigo Carneiro. Algemas para a salvaguarda da sociedade: a desmistificação do seu uso. Jus Navigandi, Teresina, v.10, n. 1199, 13 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9038>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

3 A Súmula Vinculante nº 11 à luz dos princípios constitucionais fundamentais

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os fundamentos da ordem jurídica, sendo um conjunto de bens e valores considerados bases de validade de todo o sistema jurídico.

Segundo o Ministro Marco Aurélio de Melo⁵, os princípios possuem uma tríplice função: a primeira delas, de natureza informativa, tem como alvo o legislador; a segunda, de cunho normativo, é voltada para a sociedade com um todo e, por último, a função interpretativa, a qual está endereçada para os operadores do Direito.

O Direito existe, assim, como criação do homem, como emanção do pensar e viver em sociedade e destina-se a garantir proteção a determinados bens jurídicos como a vida, a liberdade, a integridade física e mental, a saúde e a honra. É, pois, essencial à condição do homem livre.

Nesse diapasão, a Constituição de 1988 elenca, no rol de direitos individuais do seu art. 5º, importantes exigências que o Estado deve observar no desempenho de sua função punitiva, sob pena de desrespeitar tal condição, tais como garantias inerentes a: vedação em submeter qualquer pessoa a tratamento desumano ou degradante (inciso III), assegurando-se ao preso o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX); observância do devido processo legal (inciso LIV) com todos os seus consectários, entre os quais o contraditório e a ampla defesa (inciso LV), o julgamento por autoridade competente (inciso LIII), a não admissibilidade de provas obtidas por meio ilícito (inciso LVI), a proibição de júzcos ou tribunais de exceção (inciso XXXVII) e a consideração de que ninguém será reputado culpado senão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória (inciso

5 Durante palestra proferida em 20 de novembro de 2001, no Seminário "Discriminação e Sistema Legal Brasileiro", promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho.

LVII), importando esta última em pressupor que a segregação do acusado, antes da sentença irrecorrível, somente se legitima em situações proporcionais previstas em lei; legitimidade material do direito de punir, tais como a reserva legal da definição de crimes e cominação de penas (inciso XXXIX), a individualização destas na medida da culpabilidade do infrator (incisos XLV e XLVI), a proibição de determinadas sanções, tais como a pena capital, a prisão perpétua, os trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis (inciso XLVII), a movimentação da competência prisional (incisos LXI a LXVI e LXVIII); execução da pena (incisos XLVIII e L), entre outros.

Vale, porém, ressaltar que a própria Constituição Federal, em seu art. 144, prevê que “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio através da polícia (...)” e para consecução desses objetivos, muitas vezes é necessário o uso de instrumentos de contenção e repressão, tais como as algemas.

É cediço que as algemas constituem instrumento fundamental na atividade policial, já que fazem parte do conjunto mínimo de equipamentos de segurança que um policial deve ter ao exercer suas funções. Em vista disso, um relevante aspecto referente ao tema diz respeito à substituição das algemas pela escolta policial, pois, de acordo com Rodrigo Fudoli⁶, para cada preso algemado conduzido deve ser empregado, no mínimo, um policial militar, o que seria inviável tendo em vista a deficiência de pessoal dos órgãos policiais.

Mas as críticas à Súmula Vinculante nº. 11 referem-se sobretudo ao fato de que o Supremo Tribunal Federal estaria “legislando”, desvirtuando-se de seu papel de garantidor da ordem constitucional e aplicador do *jus puniendi* àqueles que violam direitos fundamentais.

6 FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Uso de algemas: a Súmula Vinculante nº 11, do STF. Jus Navigandi, Teresina, v. 12, n. 1875, 19 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11625>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

O texto carregaria em si, dessa forma, o vício de inconstitucionalidade por quebra do princípio do pacto federativo e da regra da separação dos poderes, embora o STF estivesse legislando para proteger um direito humano fundamental, tendo em vista o descaso normativo em regulamentar a questão das algemas.

Alguns estudiosos do assunto chegam a frisar que a inconstitucionalidade da Súmula n.º 11 verifica-se no trecho que diz: “(...) justificada a excepcionalidade por escrito”, posto que não existe lei em vigor no país que traga essa previsão, tendo o Supremo criado uma norma, inovado, estipulando sanção civil, administrativa e penal em caso de descumprimento.

Entretanto, concorda-se que o guardião da Constituição não poderia ficar à espera da regulamentação federal que nunca ocorreu. Seria uma irresponsabilidade do STF se omitir ao julgar situações nos casos concretos que chegam à sua porta, uma vez que esse não deve ser o perfil do magistrado do século XXI.

Por fim, outra crítica à súmula relaciona-se ao fato de que, a partir dela, o uso ilegal de algemas pelas autoridades que compõem o sistema de segurança pública provoca a invalidação do ato de prisão, fulminando-o de nulidade. Para Antônio Neves⁷, estar-se-ia presenteando o infrator com a liberdade pela falha dos agentes do Estado, juízes ou profissionais de segurança pública e, como se sabe, a prisão é ato vinculado e não discricionário e as hipóteses para sua revogação ou relaxamento encontram-se devidamente regradadas pelas leis penais.

Ressalte-se que antes da edição da Súmula Vinculante n.º 11, alguns diplomas legais, ainda que não regulassem totalmente a matéria, já traziam espécies de orientações a serem seguidas na utilização das algemas nas prisões de infratores e suspeitos, como veremos abaixo.

7 NEVES, Antonio Marcio Campos. A inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal e a sua repercussão no seio policial. Jus Navigandi, Teresina, v. 13, n. 2061, 21 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12348>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

4 O uso de algemas no processo penal brasileiro

Dispõe o art. 199 da Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210, de julho de 1984, que “O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”. No entanto até hoje não existe esse decreto federal que cuide da matéria.

Como bem entende Luiz Flávio Gomes⁸, “Num país que tem como tradição o sistema da civil law (todo Direito é exteriorizado na forma escrita) não há dúvida que, em princípio, traz uma certa insegurança a falta desse decreto específico”.

De qualquer modo, nosso ordenamento jurídico-penal contém alguns repositórios legais que preveem o uso da força no ato de prisão e durante o processo. Por exemplo, o art. 284 do Código de Processo Penal preconiza que “não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”; o art. 292 diz que “se houver... resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência...”.

O art. 301 do mesmo diploma legal também trata que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, ao passo que o art. 474 dispõe que “não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do Júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”.

O Código Penal Militar também prevê, em seu art. 234: “O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios

⁸ GOMES, Luiz Flávio. O uso de algemas no nosso país está devidamente disciplinado? Jus Navigandi, Teresina, v. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2921>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus (...)”.

Saliente-se que tramita, atualmente, na Câmara dos Deputados, uma série de projetos de lei acerca do uso de algemas.

Há, inclusive, um Projeto de Decreto Legislativo (PDC-853-2008) objetivando sustar a aplicação da Súmula Vinculante n.º 11.

O Projeto de Lei n. 3889/2008 dispõe sobre o emprego de algemas na condução de presos e detidos, enquanto que o PL n. 3888/2008 altera a redação do inciso III do art. 13 e do art. 301 do CPP, sobre a utilização de algemas na condução do preso em mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias e nas prisões em flagrante delito.

Outro Projeto que merece destaque é o n. 3746/2008, que libera o uso de algemas para os idosos, gestantes, presos e detidos que se apresentem voluntariamente e não apresentem indícios de fuga ou riscos à segurança.

No Senado Federal, por sua vez, destaca-se o Projeto de Lei 185/2004, que regulamenta o emprego de algemas, sem distinção de fase, seja investigativa, processual ou de execução penal.

Entretanto, embora não faltem projetos de lei sobre o tema, a morosidade das nossas Casas Legislativas não permitiu que nenhum destes fosse apreciado e convertido em lei, daí porque o Supremo Tribunal antecipou-se a fim de regulamentar a matéria, consoante já exposto neste estudo.

5 Considerações acerca do princípio da dignidade da pessoa humana

Costuma-se dizer que a base de todos os princípios é o da dignidade da pessoa humana, entendida como o atributo imanente ao ser humano para exercício da liberdade e de

direitos, constituindo-se um mínimo que todo ordenamento jurídico deve assegurar e que somente pode sofrer limitações quando ofender outros direitos fundamentais.

Mesmo tendo violado as normas de convivência e de harmonia social e a integridade humana de outrem, o acusado também merece os cuidados do poder público competente, pois um dia retornará ao convívio social. É esse o papel ressocializador do direito penal, ou pelo menos deveria ser.

É bem verdade que para colocar em prática o princípio da dignidade humana é preciso motivar as políticas públicas, de um lado diminuindo o avanço da criminalidade e, de outro, garantindo a reinserção social dos detentos.

No que se refere à questão das algemas, esse princípio é constantemente violado, pois ao algemar-se um acusado desnecessariamente, os juízes da mídia e da sociedade o condenam antecipadamente, ou seja, atentam não apenas contra a dignidade humana, mas contra os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência.

Pode-se dizer, então, que o conceito de dignidade humana abriga um conjunto de valores que não está restrito, unicamente, à defesa dos direitos individuais do homem, mas abarca uma série de direitos, liberdades, garantias e interesses que dizem respeito à vida humana, sejam esses direitos pessoais, sociais, políticos, culturais, ou econômicos, dele decorrendo outros importantes princípios penais, tais como o da legalidade, insignificância, adequação social, fragmentariedade, subsidiariedade e proporcionalidade⁹.

Desse modo, um sistema penal humanitário inclui a implementação de atividade policial respeitosa, de um processo penal constitucional e de um sistema prisional digno.

⁹ Para Nucci, não se trata de um princípio penal, mas de um fundamento do Estado Democrático de Direito (2007, p. 73).

6 A atuação da mídia, da Polícia e do Ministério Público acerca do uso de algemas

A polêmica acerca da utilização indiscriminada de algemas pela polícia e o judiciário volta a ser tema de decisões judiciais e acaloradas discussões principalmente após a prisão de importantes nomes do cenário político brasileiro.

O fato é que as algemas ora são vistas como símbolo de repressão e humilhação, ora como fundamentais na segurança tanto do conduzido quanto do condutor.

O Estado atua com o chamado *jus puniendi*, ou seja, o direito que tem de punir condutas que são consideradas ilícitas. No entanto, a recente prisão de diversos acusados, pertencentes às mais altas classes da sociedade por suspeita de prática de crimes como lavagem de dinheiro, formação de quadrilha, evasão de divisas, corrupção ativa, entre outros, recebeu ampla cobertura da mídia e causou sentimentos e manifestações diversos quanto à necessidade do uso da algemas.

O principal argumento contrário à utilização de algemas em tais casos está no baixo risco de periculosidade e possibilidade de resistência à prisão ou tentativa de fuga, ao contrário do que ocorre com traficantes, seqüestradores, homicidas, etc.

Tal argumento merece críticas, pois não se pode usar como critério a natureza do crime para se definir se há perigo de fuga ou à integridade física de outrem. Não se pode afirmar que um homicida sempre tenta fugir no ato de prisão, assim como também não há como saber se um criminoso do colarinho branco incontestavelmente se conformará com sua constrição, sem tentar adotar alguma medida violenta. Isso seria discriminação, ato abominado por nossa Carta Magna, reforçando o preconceito de classes.

Mas as notícias sensacionalistas das infrações penais e a impetuosidade das primeiras investigações revertem à

presunção de inocência para transformar o simples suspeito ou mero indiciado em criminoso, seja ele de que classe for.

A imprensa, principalmente a mídia televisiva, costuma basear-se somente nas fontes iniciais, isto é, a polícia e o Ministério Público, não se interessando em analisar o lado do investigado, que mantém contra si a presunção de culpa. Cria-se, então, um juízo paralelo na sociedade, capaz de pressionar os órgãos jurisdicionais e decidir sobre as condutas alheias.

Rotineiramente vemos Delegados de Polícia extrapolando nos comentários dados em entrevistas, comprometendo a respeitabilidade e confiabilidade no trabalho da polícia.

Promotores de Justiça e Procuradores da República também costumam comentar na mídia sobre os fatos apurados, embora sejam agentes de controle externo da atividade judicial, que tem, entre os seus mais altos objetivos, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O Ministério Público por vezes esquece que seu papel não é de mero acusador, mas de zelador dos direitos humanos.

Com efeito, o uso indiscriminado e arbitrário de algemas é inadmissível em um Estado Democrático de Direito, pois tal instrumento deve restringir-se a conter pessoas que, efetivamente, ponham em risco a segurança alheia, seja patrimonial ou pessoal, ou a ação da justiça.

Aliás, cita Renê Ariel Dotti¹⁰ que um dos motivos para a edição da Súmula Vinculante nº. 11, segundo o então Presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, era justamente evitar o uso de algemas para exposição pública do preso. “A Corte jamais validou esta prática, que viola a presunção da inocência e o princípio da dignidade humana”, afirmou. Segundo ele, em geral, a utilização de algemas já é feita com o propósito de violar claramente esses princípios. O objetivo é “*algemar e colocar na TV*”, afirmou.

10 DOTTI, Renê Ariel. O uso desnecessário de algemas e o crime de abuso de autoridade. Revista Jurídica Consulex, São Paulo, v. 12, n. 279, p. 26, 2008.

Assim, a Súmula Vinculante n.º. 11 nasce não só para regulamentar o uso das algemas, como também para por fim ao sensacionalismo feito pela mídia quando uma prisão ou outro ato processual é realizado.

7 A aplicação da Súmula n.º 11 e a realidade jurisprudencial brasileira

Antes da edição da Súmula Vinculante n.º. 11 já se verificavam em nossa jurisprudência importantes decisões acerca do uso de algemas, das quais podemos destacar o HC 71.195 – 2ª Turma – Rel. Min. Francisco Rezek, j. 25.10.94, onde se decidiu que o emprego de algemas em plenário do Júri não constituiu constrangimento ilegal porque, no caso concreto, a medida se revelou imprescindível à ordem dos trabalhos e à segurança dos presentes, posto havia informações de que o réu pretendia agredir o Juiz-Presidente e o Promotor de Justiça; o RHC 56.465 (2ª Turma – Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 05.09.78), em que se entendeu que o uso de algemas em audiência para inquirição e testemunhas é justificado para se evitar a fuga do preso e preservar a segurança das testemunhas, inserindo-se a decisão no âmbito da condução pelo juiz dos trabalhos desenvolvidos na audiência; e o REsp n.º 571924 (2ª Turma – Rel. Min. Castro Meira, j. 24.10.2006), no qual o Superior Tribunal de Justiça isentou a União de pagar indenização por danos morais a um empresário que foi algemado pela Polícia Federal e depois foi absolvido das acusações de contrabando e descaminho, por entender que se demonstra razoável o uso de algemas, mesmo inexistindo resistência à prisão, quando existir tumulto que o justifique.

Há, também, uma decisão em que o uso de algemas é admitido inclusive contra menores infratores nos casos de resistência à prisão, desde que a sua conduta cause risco à

integridade física dos executores da lei, consoante entendeu o Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de Goiás, segundo o qual:

Não há falar-se em falta de motivação ou nulidade processual, por ofensa aos princípios da não culpabilidade, ampla defesa e devido processo legal, se a decretação da internação provisória do paciente, ao qual é imputado atos infracionais, foi editada por autoridade competente e decorre da garantia da ordem pública e segurança do próprio adolescente, seja pela gravidade do ato infracional ou pela repercussão social, observados, portanto, requisitos impostos nos arts. 108, 122, 174 e 183 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Analisando-se os precedentes do STF, bem como o que foi discutido na sessão em que se aprovou o texto da Súmula Vinculante nº. 11, tem-se que na verdade as preocupações maiores se relacionavam com a divulgação da imagem do réu algemado, principalmente na execução de prisões em flagrante e ordens de prisão preventiva ou temporária.

A parte final da súmula sob análise prevê, inclusive, a responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade que usar arbitrariamente as algemas durante as prisões ou outros atos processuais.

Administrativamente, o uso arbitrário de algemas configura uma infração passível de punição proporcional à gravidade, podendo, inclusive, acarretar a demissão do agente público.

Civilmente, pode gerar um ilícito, capaz de gerar responsabilidade civil, dando ensejo a uma indenização hábil a reparar o dano físico e moral provocado ao preso.

Penalmente, configura abuso de autoridade, regulado pela Lei n.º 4.898/65, que trata do direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade, consistindo este em “submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a

constrangimento não autorizado em lei”.

A matéria da Súmula Vinculante n.º 11 também foi enfrentada pelo STF no HC n.º 89.429/RO da 1.ª Turma, que teve como relatora a Ministra Carmen Lúcia, com a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. USO DE ALGEMAS NO MOMENTO DA PRISÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA EM FACE DA CONDUTA PASSIVA DO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. 1. O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. 2. Habeas corpus concedido.

Todavia, a “gota d’água” para a elaboração da súmula vinculante ora comentada foi o HC 91.952 (Plenário). Rel. Min. Marco Aurélio - j. 07.08.08, em que se anulou um julgamento efetuado pelo Júri Popular da cidade de Laranjal Paulista, em 2005, porque o réu, um pedreiro acusado de homicídio, ficou algemado durante a sessão de julgamento. O principal fundamento para a decisão foi a potencial influência da visão do réu algemado sobre os jurados, que, leigos que são, poderiam fazer um pré-julgamento e entender que o réu era culpado.

Na ocasião, afirmou-se que não existiam dados concretos que pudessem indicar que, pelo perfil do acusado, houvesse risco aos presentes caso ele permanecesse em plenário sem algemas, razão pela qual se considerou violada sua dignidade humana.

Desde então, a Suprema Corte firmou a compreensão de que o uso de algemas, por se tratar de medida coercitiva excepcional, é restrita aos casos de a) resistência à prisão, b) fundado receio de fuga ou c) perigo à integridade física do

preso e/ou de terceiros, sob pena de responsabilização civil, disciplinar e penal do agente público coator, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

8 Conclusão

A Súmula Vinculante nº. 11 tem sido vista por uns como uma vitória do Estado Democrático de Direito sobre o Estado de Polícia; por outros, como manifesta inconstitucionalidade.

A verdade é que a falta de leis sobre o tema fez com que o Supremo Tribunal Federal decidisse “legislar” e criar regras a fim de combater o uso arbitrário e indiscriminado das algemas nas atividades policiais e no judiciário.

Mas as críticas, como não poderia deixar de ser, acumulam-se, levantando discussões não apenas do ponto de vista constitucional e jurídico, mas do ponto de vista social.

Sabe-se que o ato de prisão constitui-se um momento de tensão, não havendo como prever qual será a resposta de uma pessoa ao saber que será detida, nem evitar uma possível reação desesperada, o que pode levar a consequências piores. Nesse contexto, destacam-se os policiais, que devem cuidar de sua segurança e a dos detidos e ainda analisar as ações que possam ensejar o abuso de autoridade da condução destas mesmas pessoas.

Ora, às vezes o uso de algemas é legítimo e necessário, lembrando que o ordenamento jurídico brasileiro permite o uso da força em situações que a requeiram.

Segundo já expusemos, o emprego da algema visa, fundamentalmente, preservar valores como o direito à vida, à segurança e proteção à integridade física do agente e de terceiro, garantidos pela Constituição Federal.

O policial que não adota procedimentos de segurança põe em risco não apenas sua integridade física, mas também a de terceiros, ensejando, inclusive, a responsabilização do Estado por falta de cautela.

Acerca de tal assunto, destaco o pensamento de Anne Silva¹¹, segundo a qual: “é um equívoco associar o uso das algemas ao emprego de força, quando, na verdade, ela é uma forma de neutralização da força e de imobilização do delinqüente. É menos traumático, doloroso e arriscado imobilizar o meliante com a algema, do que pelo uso de técnicas corpóreas de imobilização.”

Não se defende aqui o uso irrestrito de algemas, mas sim que estas devem ser usadas com a finalidade de prevenir, desestimular e coibir a reação do preso ou conduzido, através de sua imobilização e contenção, independentemente do enquadramento típico-penal da conduta censurada, pois a avaliação do estado anímico do réu-investigado é feita no ato da prisão e não só pelos fatos pretéritos cometidos.

O que se critica é o abuso em relação ao uso de algemas, prisões, vexames e constrangimentos contra indivíduos suspeitos, que às vezes nem chegaram a ser indiciados.

Assim, se não há risco de lesão ou fuga daquele que foi apreendido ou risco de agressão aos envolvidos na captura e transporte do preso, algemar alguém seria nada menos do que um ato simbólico de humilhação, cominando-lhe uma pena antecipada, desrespeitando os princípios constitucionais e, em especial, o da dignidade da pessoa humana.

A intenção da súmula é, notoriamente, evitar a utilização das algemas nas prisões para os delinquentes não habituais e menos perigosos, devendo ficar restrita aos casos graves, em que a retirada do delinqüente do meio social é medida necessária e urgente.

Defende-se, pois, a harmonização entre as garantias constitucionais e a eficiente concretização das finalidades do Direito Penal, a fim de mudar a estereotipada visão de que o sistema carcerário brasileiro é um dos piores do mundo devido à notória violação dos direitos humanos. A edição de leis às

11 SILVA, Anne Grazielle Santos da. Uso de algemas: razoabilidade, proporcionalidade e segurança da equipe policial. Jus Navigandi, Teresina, v.11, n. 1503, 13 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10273>>. Acesso em: 15 jul. 2009.

quais não se consegue dar um mínimo de efetividade banaliza o direito penal e limita a sociedade ao pensamento de que a solução para a criminalidade está no fortalecimento das leis, quando na verdade se sabe que o problema é eminentemente social.

The indiscriminate use of handcuffs: polemic aspects of the obligation summary number 11

Abstract: The use of handcuffs in police activity has always been the reason of endless debates, which are based on the issue of physical and moral embarrassment caused to accused and the sensationalism caused by the media in certain cases either, by the lack of needing to handcuff someone who doesn't show any danger, or because those "elit criminols" never suffer this kind of event. For these reasons, in August 2008, the Supreme Federal Court edited the obligational summary number 11, which provides the use of handcuffs only in exceptional cases, causing the civil and criminal responsibility to the agent who commits arbitrariness. However, this summary received uncountable critics, analysed in this article, focused on the constitutional principles and, specially, on the principle of the human dignity, emphasizing, by the way, the atuation of the media, the police, judiciary and the public ministry about to this matter.

Keywords: Obligational Summary. Handcuffs. Indiscriminate use. Human Dignity.

Referências

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 71.195 - 2ª Turma* – Rel. Min. Francisco Rezek. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/jurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 89.429/RO - 1.ª Turma*. Rel. Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus>.

br/portal/jurisprudencia/jurisprudencia.asp>. Acesso em: 05 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 91.952* - Plenário - Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/jurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 56.465 - 2ª Turma* - Rel. Min. Cordeiro Guerra. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/jurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 jun. 2009.

CAPEZ, Fernando. Súmula Vinculante. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 10, n. 911, 31 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11625>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

DOTTI, Renê Ariel. O uso desnecessário de algemas e o crime de abuso de autoridade. *Revista Jurídica Consulex*, São Paulo, v. 12, n. 279, p. 26-27, 2008.

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Uso de algemas: a Súmula Vinculante n.º 11, do STF. *Jus Navigandi*, Teresina, v.12, n. 1875, 19 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11625>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. O uso de algemas no nosso país está devidamente disciplinado? *Jus Navigandi*, Teresina, v. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2921>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

GOMES, Rodrigo Carneiro. Algemas para a salvaguarda da sociedade: a desmistificação do seu uso. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 10, n. 1199, 13 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9038>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

NEVES, Antonio Marcio Campos. A inconstitucionalidade da Súmula Vinculante n.º 11 do Supremo Tribunal Federal e a sua repercussão no seio policial. *Jus Navigandi*, Teresina, v.13, n. 2061, 21 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12348>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal - Parte Geral e Especial*. 3. ed. ver. atua. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Anne Grazielle Santos da. Uso de algemas: razoabilidade, proporcionalidade e segurança da equipe policial. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 11, n. 1503, 13 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10273>>. Acesso em: 15 jul. 2009.

Origem e evolução histórica do Direito Ambiental

Luciana Toledo Martinho^{1*}

Sumário: 1 Introdução. 2 A crise ambiental. 3 A Conferência de Estocolmo. 4 O desenvolvimento sustentável e a Rio 92. 5 O Brasil e o movimento socioambiental. 6 Conclusão. Referências.

Resumo

A Constituição Federal de 1988 logrou conferir ao meio ambiente ecologicamente equilibrado importância e *status* de direito fundamental. Tal positivação veio, para o Direito brasileiro, como que para coroar a evolução de um conceito que começou a se desenhar na década de 1960, ante as primeiras manifestações de preocupação para com o quadro que se convencionou chamar de crise ambiental. Daí em diante, eventos como a Conferência de Estocolmo e a Rio 92 contribuíram, mundialmente, para a elaboração de uma agenda de proteção aos recursos naturais, enquanto que, no plano nacional, alinhado com a Constituição, tem-se um conjunto normativo voltado para a efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Palavras-chave: Direito ao meio ambiente. Crise Ambiental. Socioambientalismo.

1 Introdução

Com este artigo pretende-se buscar o alinhamento histórico para que o direito ao meio ambiente ecologicamente

¹ *A autora é Promotora de Justiça, Titular da 21ª Promotoria de Justiça; Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas - UEA; Membro do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana - CEDDPH; Professora do Curso de Direito do Centro Universitário do Norte - UNINORTE, na Graduação e Especialização, e da Escola Superior de Magistratura do Estado do Amazonas - ESMAM.

equilibrado alcance, na Constituição Federal de 1988, o *status* de direito materialmente fundamental².

Para tanto, é necessário definir os marcos que levaram à proteção do meio ambiente, tais como a Conferência de Estocolmo e a Conferência Rio 92.

No campo normativo nacional, é relevante a criação do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA e as leis que definiram condutas lesivas ao meio ambiente e o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUCs.

2 A crise ambiental

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como disposto no artigo 225 da Constituição Federal³, é um conceito fruto de profunda evolução.

Analisando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, não se enxerga, ali, a previsão do meio ambiente na acepção de um direito humano. A ausência de tal previsão pode ser explicada sob um ponto de vista histórico. No contexto histórico da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ainda não se havia experimentado o quadro que se convencionou chamar de crise ambiental.

Enrique Leff⁴ contextualiza a crise ambiental, fornecendo o elemento cronológico necessário para justificar a ausência de menção ao direito ao meio ambiente como um direito humano na Declaração Universal.

A crise ambiental se torna evidente nos anos 60, refletindo-se na irracionalidade ecológica dos padrões dominantes de produção e consumo, e marcando os limites do crescimento econômico. Desta maneira inicia-

2 Sobre a nomenclatura, e no mesmo sentido, J. J. Gomes Canotilho fala acerca dos "direitos fundamentais dispersos".

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 1993, p. 529

Também Cristiane Derani menciona "um sentido material às normas de direito fundamental".

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. 2001, p. 223

3 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988, 292 p.

4 LEFF, Enrique. Saber Ambiental. 2001, p. 15.

se o debate teórico e político para valorizar a natureza e internalizar as 'externalidades socioambientais'.

O economista Celso Furtado⁵ também analisa esse quadro, afirmando, sobre a civilização moderna:

Ela concentra riqueza em benefício de uma minoria cujo estilo de vida requer um dispêndio crescente de recursos não-renováveis e que somente se mantém porque a grande maioria da humanidade se submete a diversas formas de penúria, principalmente à fome. Uma minoria dispõe dos recursos não renováveis do planeta sem se preocupar com as conseqüências para as gerações futuras do desperdício que hoje realiza.

Ainda sobre a crise ambiental, é esclarecedora a lição de Antônio Herman Benjamin⁶, no sentido de que este quadro corresponde a um esgotamento dos modelos de desenvolvimento econômico e industrial experimentados, sobretudo a partir da Revolução Industrial. Tal modelo, apesar dos benefícios tecnológicos trazidos, trouxe, também, a devastação ambiental. A crise ambiental significa um divórcio, uma ruptura entre a economia e a ecologia, que não mais poderiam trilhar os mesmos caminhos.

O marco bibliográfico da conscientização ambiental e da sinalização para os perigos do uso indiscriminado dos recursos naturais e do intenso processo de industrialização experimentado pela humanidade ocorreu em 1962, quando foi publicada a obra *Silent Spring*, de Rachel Carson⁷.

Ao longo do texto, a Autora descreve uma cidade imaginária, cheia de vida e de riquezas naturais, que repentinamente silenciou, perdendo a cor e a vida. Com esta metáfora, Carson projeta a realidade de muitas cidades que tiveram seus ciclos naturais alterados, por força, sobretudo, do processo de industrialização.

5 FURTADO, Celso. *Brasil a Construção Interrompida*. 1992, p. 76.

6 BENJAMIN, Antônio H. V. Coord. *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

7 CARSON, Rachel. *Silent Spring*. New York: Fawcett Crest Books, 1962

O perigo pontuado por Carson reside no fato de que a vida na Terra traduzia-se numa interação entre os seres vivos e o ambiente que os rodeava, até o ponto em que uma espécie – a humana – “alcançou a significativa possibilidade de alterar a natureza onde vive”⁸.

É emblemático o questionamento contido em *Silent Spring* no qual sua autora, ao ponderar sobre o uso de inseticidas, remete à reflexão sobre as razões para se pôr em risco a natureza. Diz Rachel Carson: “Future historians may well be amazed by our distorted sense of proportion. How could intelligent beings seek to control a few unwanted species by a method that contaminated the entire environment and brought the threat of disease and death even to their own kind?”⁹

3 A Conferência de Estocolmo

Alguns marcos históricos pautaram a discussão em torno da adoção de uma consciência ambiental, sendo de se destacar a contribuição dos teóricos da área econômica, uma vez que a crise ambiental e as discussões paralelas a este conceito têm como ponto de partida a crítica ao modelo de produção então vigente, denunciando a irracionalidade dos padrões de apropriação das riquezas naturais e de consumo.

Em 1972, com a publicação do estudo *Limites do Crescimento*, de Dennis L. Meadows *et al*¹⁰, fez-se soar um alarme em torno da busca inconsequente e desprovida de preocupação pelo desenvolvimento econômico.

De acordo com o referido estudo, o crescimento econômico levaria à falência ecológica, caso não houvesse, o quanto antes, uma preocupação em aliar o desenvolvimento econômico à

8 Id., 2000, p.16. (tradução nossa)

9 *Ibid.*, 2000, p. 19.

10 MEADOWS, Donella; Meadows, Dennis L.; RANDERS, Jorgen. *The Limits to Growth*, 1972

preservação dos recursos naturais, estando ele estruturado em três teses principais, assim resumidas por Franz Brüseke¹¹:

1. Se as atuais tendências de crescimento da população mundial – industrialização, poluição, produção de alimentos e diminuição de recursos naturais – continuarem imutáveis, os limites de crescimento neste planeta serão alcançados algum dia dentro dos próximos cem anos. O resultado mais provável será um declínio súbito e incontrolável, tanto da população quanto da capacidade industrial.
2. É possível modificar estas tendências de crescimento e formar uma condição de estabilidade ecológica e econômica que se possa manter até um futuro remoto. O estado de equilíbrio global poderá ser planejado de tal modo que as necessidades materiais básicas de cada pessoa na Terra sejam satisfeitas, e que cada pessoa tenha igual oportunidade de realizar seu potencial humano individual.
3. Se a população do mundo decidir empenhar-se em obter este segundo resultado, em vez de lutar pelo primeiro, quanto mais cedo ela começar a trabalhar para alcançá-lo, maiores serão suas possibilidades de êxito.

No mesmo ano de 1972, teve lugar a Conferência de Estocolmo, de grande importância para o debate ambiental que se vinha manifestando, buscando formular propostas de se limitar o crescimento econômico em favor dos recursos naturais.

Segundo Ignacy Sachs¹², havia duas posições extremadas que se enfrentavam, quais sejam a do “economicismo arrogante” e a do “fundamentalismo ecológico”, e o grande desafio da Conferência de Estocolmo seria alcançar uma via intermediária, mesmo porque o desenvolvimento econômico não poderia ser descartado. Todavia, para o autor, “ele (o desenvolvimento econômico) deveria ser socialmente receptivo e implementado

11 BRÜSEKE, Franz J. O Problema do desenvolvimento sustentável. CAVALCANTI, Clóvis (Org.). Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável, 2001, p. 30.

12 SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável, 2000, p. 52.

por métodos favoráveis ao meio ambiente, em vez de favorecer a incorporação predatória do capital da natureza ao PIB”.

Em harmonia com o pensamento de Sachs, Samuel Benchimol¹³ sinaliza que não há uma escolha a ser feita entre o crescimento e o não crescimento, posto que a escolha reside em “que tipo de crescimento com desenvolvimento devemos escolher e onde”.

Logo em seu primeiro princípio, a Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo¹⁴ estabelece:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras.

É a partir da Conferência de Estocolmo que o Direito efetivamente apropria-se, e que seus teóricos se investem do discurso ambiental, passando a atender à dinâmica da sociedade, no que se refere à necessidade de regular a posição e as relações do homem com o meio em que vive.

Guilherme Purvin de Figueiredo¹⁵ diz que apenas se pode “falar em Direito Ambiental propriamente a partir da década de 1970, com a realização da Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente humano (Estocolmo/1972)”, ressaltando o autor que foi esta a sede primeira de discussão globalizada a respeito da questão ambiental. Contudo, alguns autores consideram a década de 60 do século XX como o marco do surgimento do Direito Ambiental Internacional e a década seguinte o momento de sua consolidação.

13 BENCHIMOL, Samuel. Zênite ecológico e nadir econômico-social – análises e propostas para o desenvolvimento sustentável da Amazônia, 2000, p.7.

14 United Nations Environment Program. Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment. 21st Plenary Meeting. Disponível em: <<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503>>. Acesso em: 24 jul. 2007.

15 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Curso de direito ambiental interesses difusos, natureza e propriedade, 2006, p. 18.

As críticas às teorias puramente preservacionistas e ao alarmista e limitador estudo de Meadows, que, em suma, recomendava frear o crescimento populacional, num resgate à tese de Malthus sobre o perigo do crescimento demográfico desenfreado, deram lugar, no que se refere à conscientização ambiental, à proposta de eco-desenvolvimento, conceito inaugurado por Maurice Strong, e aprofundado por Ignacy Sachs¹⁶.

O conceito de ecodesenvolvimento é muitas vezes, inclusive por Ignacy Sachs¹⁷, tratado como sinônimo de desenvolvimento sustentável, pois para o autor, que defende sua validade: “quer seja denominado *ecodesenvolvimento* ou *desenvolvimento sustentável*, a abordagem fundamentada na harmonização de objetivos sociais, ambientais e econômicos não se alterou desde o encontro de Estocolmo até as conferências do Rio de Janeiro”.

É nas bases do ecodesenvolvimento de Sachs que se encontram alguns dos princípios hoje cristalizados no texto constitucional brasileiro tocante ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A visão de desenvolvimento cunhada por Sachs seria guiada por oito critérios básicos, distribuídos nos campos social, cultural, ecológico, ambiental, territorial, econômico e político, este subdivido na política nacional e na política internacional. Nota-se a preocupação com o respeito à qualidade de vida, à diversidade cultural, ao cuidado para com a preservação dos ecossistemas, a segurança alimentar e a elaboração de um sistema social que garantisse emprego e segurança social.

Ainda na década de 70, é possível destacar, no debate sobre a necessidade de se consolidar uma consciência ambiental, a Declaração de Cocoyok, nascida de uma reunião da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento e do Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas. Também

16 SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável, p 85-92.

17 Ibid., p.54.

merece destaque o Relatório Dag-Hammarskjöld, que envolveu o Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas, e teve como resultado o aprofundamento dos destaques da Declaração de Cocoyok, ressaltando a relação existente entre o abuso de poder e a degradação ecológica.

A temática do Relatório de Dag-Hammarskjöld gravitava em torno da ideia de desenvolvimento ligada à mobilização das próprias forças, conhecida como *self reliance*, e, da mesma forma que a Declaração de Cocoyok, sofreu críticas por seu radicalismo e afastamento da realidade.

Em 1984, conforme relata Enrique Leff¹⁸, foi criada a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ligada à Organização das Nações Unidas, tendo sido emblemática a publicação de suas conclusões, em 1988, reunidas no Relatório Nosso Futuro Comum, também conhecido como Relatório ou Informe Brundtland.

Ao explicar o referido informe, assinala Leff¹⁹:

Nosso futuro comum reconhece as disparidades entre as nações e a forma como se acentuam com a crise da dívida dos países do Terceiro Mundo. Busca entretanto um terreno comum onde propor uma política de consenso, capaz de dissolver as diferentes visões e interesses de países, povos e classes sociais, que plasmam o campo conflitivo do desenvolvimento.

E, ao discorrer sobre a relevância do documento, ressalta o autor:

Assim começou a configurar-se uma estratégia política para a sustentabilidade ecológica do processo de globalização e como condição para a sobrevivência do gênero humano, através do esforço compartilhado de todas as nações do orbe.

18 LEFF, Enrique. Saber ambiental. 2001, p. 19.

19 LEFF, op. cit., p. 19.

O Relatório Brundtland difere dos documentos anteriores por ser mais realista, na medida em que, como destaca Franz Brüseke²⁰, “nem propaga a dissociação ou a estratégia *self reliance* nem a despedida do crescimento econômico”.

Seu grande destaque é a proposta da sustentabilidade como estratégia de desenvolvimento, a partir da qual apresenta uma série de medidas a serem tomadas na esfera nacional e na internacional, como solução para problemas socioeconômicos para os quais aponta causas de origem econômica, tecnológica, política e social.

No plano nacional, o Relatório recomenda a limitação do crescimento populacional, a preservação da biodiversidade e dos ecossistemas, a diminuição do consumo de energia e a busca de fontes energéticas renováveis, o controle da urbanização e a satisfação das necessidades básicas.

No plano internacional, por seu turno, recomenda a adoção da estratégia do desenvolvimento sustentável, a proteção de ecossistemas supranacionais, o banimento das guerras e a implementação, pela Organização das Nações Unidas, de um programa de desenvolvimento sustentável.

4 O desenvolvimento sustentável e a Rio 92

Com a ideia de sustentabilidade, passa-se a enxergar um caminho para reverter o divórcio entre a economia e o meio ambiente, que caracteriza a crise ambiental.

Os princípios do desenvolvimento sustentável aliam o necessário desenvolvimento econômico à correta gestão e utilização dos recursos naturais.

Tanto o direito ao desenvolvimento econômico, assegurado ao homem pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos,

20 BRÜSEKE, op. cit., p 33.

Sociais e Culturais, datado de 1966²¹, quanto o direito à vida em um ambiente de qualidade, assegurado pela Declaração de Estocolmo, de 1972, restariam garantidos pelo ideário teórico do desenvolvimento sustentável.

Contudo, o conceito de desenvolvimento sustentável, muito embora tenha aspectos positivos, não é aceito com unanimidade. Enrique Leff critica o denominado desenvolvimento sustentável, por entender que esse conceito converte homem, cultura e natureza a formas da essência única do capital.

Para Leff²²

O discurso da sustentabilidade monta um simulacro que, ao negar os limites do crescimento, acelera a corrida desenfreada do processo econômico para a morte entrópica. A racionalidade econômica desconhece toda lei de conservação e reprodução social para dar curso a uma degradação do sistema que transcende toda norma, referência e sentido para controlá-lo. Se as ecossocias, a ecologia social e o ecodesenvolvimento tentaram dar novas bases morais e produtivas a um desenvolvimento alternativo, o discurso de neoliberalismo ambiental opera como uma estratégia fatal que gera uma inércia cega, uma precipitação para a catástrofe.

A retomada da trilha conjunta de meio ambiente e economia, operada pelo conceito de desenvolvimento sustentável, teve repercussão no Brasil, na medida em que, do rol de princípios gerais da atividade econômica, previsto nos incisos do artigo 170 da Constituição Federal²³, encontra-se a defesa do meio ambiente.

Ao discorrer sobre este tema, Cristiane Derani²⁴ afirma:

Desenvolvimento econômico do Estado Brasileiro
subentende um aquecimento da atividade econômica

21 O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece em seu artigo 6º, §1, o direito que tem toda pessoa de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito. Ainda no mesmo artigo, no §2, o Pacto determina aos signatários a adoção de medidas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante.

22 LEFF, op. cit., p. 23.

23 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988, 292 p.

24 DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico, 2001, p. 242

dentro de uma política de uso sustentável dos recursos naturais objetivando um aumento de qualidade de vida que não se reduz a um aumento do poder de consumo.

Se entendido que todas as alternativas de desenvolvimento econômico afetam de modo prejudicial o meio ambiente, e que o meio ambiente somente restará respeitado se houver uma limitação ao desenvolvimento econômico, qual seria o caminho para reconciliar meio ambiente e atividade econômica?

A alternativa é sinalizada por Enrique Leff²⁵, ao dispor:

Diante destas estratégias de apropriação econômica e simbólica da natureza e da cultura, emerge hoje uma ética ambiental que propõe a revalorização do ser humano. Esta ética se expressa nas lutas de resistência das comunidades indígenas e camponesas a serem convertidas em reservas etnológicas, a ceder seus patrimônios de recursos naturais e a renunciar sua identidade cultural.

E essa ética ambiental, tratada por Leff, traz responsabilidades a serem assumidas e compromissos a serem honrados.

Celso Furtado²⁶ fala de uma meta para o século XXI que envolve a mudança de curso da civilização, a fim de que se desloque o foco para a busca do bem-estar social. O autor explica essa meta:

A idéia nova que começa a despontar é a de responsabilidade dos países que constituem a vanguarda da civilização industrial com respeito às destruições, custosamente reparáveis, causadas ao patrimônio comum da humanidade constituído pelos bens naturais e pela herança cultural.

Para Furtado²⁷, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, ocorrida no Brasil em 1992, seria a plataforma para

25 LEFF, op. cit., p. 29

26 FURTADO, Celso. Brasil a Construção Interrompida, 1992, p. 76-77

27 Ibid., p. 77

a defesa da tese de que “existe uma *fatura ecológica* a ser paga pelos países que, ocupando posições de poder, se beneficiaram da formidável destruição de recursos não-renováveis, ou somente renováveis a elevado custo”.

Com essa expectativa, teve lugar no Brasil, no ano de 1992, a Conferência da Organização das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que introduziu, formalmente, na discussão ambiental, o conceito de sustentabilidade.

Hoje não há como negar as consequências da discussão a respeito da questão ambiental iniciada em 1960. Ali nasceu a consciência sobre a necessidade de se respeitar o meio ambiente, que veio a ter alcance global.

Essa evolução da questão ambiental repercutiu sobremaneira nos sistemas jurídicos nacionais, o que fez com que o Direito Ambiental fosse conquistando autonomia e relevância no plano interno de cada Estado.

5 O Brasil e o movimento socioambiental

No contexto brasileiro, é obrigatório citar o advento do movimento socioambiental, que incorporou novos paradigmas ao discurso ambiental, e que é alinhado com a ética ambiental de que fala Leff, no que concerne à valorização do homem e de sua relação com a natureza.

Juliana Santilli²⁸ traça a origem do socioambientalismo, explicando que este movimento surgiu sob a certeza de que as

políticas públicas ambientais só teriam eficácia social e sustentabilidade política se incluíssem as comunidades locais e promovessem uma repartição socialmente justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais.

A legislação brasileira, que antes já tratava de aspectos ambientais isolados, a exemplo do Código de Águas (Decreto N°

24.643, de 10 de julho de 1934), e do Código Florestal (Lei Nº 4.771, de 15 de setembro de 1965), avançou sobremaneira com a Lei Nº 6.938/81²⁹, a partir da qual se conferiu proteção integral ao meio ambiente, considerando-o como um sistema.

Antônio Herman Benjamin³⁰ ressalta que, com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, tem início a “fase holística, onde o ambiente passa a ser protegido de maneira integral, vale dizer, como um sistema ecológico integrado”.

Para o autor

Só com a Lei n. 6.938/81, portanto, é que verdadeiramente começa a proteção ambiental como tal no Brasil, indo o legislador além da tutela dispersa, que caracterizava o *modelo fragmentário* até então vigente (assegura-se o todo a partir das partes).

A evolução legislativa da matéria ambiental no Brasil seguiu com a promulgação, em 1985, da Lei da Ação Civil Pública – Lei Nº 7347/85, que trouxe um importante instrumento para as demandas referentes à proteção ambiental.

A importância dessa lei federal é destacada por Guilherme Purvin de Figueiredo³¹:

É certo que, antes de 1985, havia a possibilidade de se buscar a proteção jurídica de bens ambientais através de ações ordinárias (que poderiam ser utilizadas em hipóteses de conflitos de vizinhança), de ações de desapropriação (utilizadas para a criação de áreas ambientais públicas), de reclamações trabalhistas (visando à apuração da insalubridade no ambiente do trabalho) e, com maior eficácia, por meio da ação popular. Todas essas modalidades de ação, contudo, não eram por si só suficientes diante das cada vez mais rápidas e devastadoras formas de degradação da qualidade ambiental. Com o advento da ação civil

29 A Lei Nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação.

30 BENJAMIN, Antônio Herman. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In Manual prático da Promotoria de Justiça de Meio Ambiente. p. 8

31 FIGUEIREDO, op. cit., p. 19

pública no Brasil, passamos a dispor de um instrumental processual realmente adequado para promover a proteção dos bens ambientais.

Todos esses fatores históricos explicam a extremada importância conferida pela Constituição Brasileira de 1988³² ao meio ambiente, consagrada pelo artigo 225, que assegura a todos o direito a viver em um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ainda que seja discutível do ponto de vista técnico essa possibilidade de vida em um meio ambiente em equilíbrio estático, conforme assegurado pela Constituição Federal, não há como negar a carga simbólica da inclusão de tal direito em sede constitucional.

A esse propósito, explica Guilherme Purvin de Figueiredo³³:

A vida em todas as suas formas, num meio com características geológicas, climáticas e hídricas as mais variadas, jamais poderia ter se manifestado em equilíbrio estático. Alguns especialistas, por isso, criticam a expressão 'ambiente ecologicamente equilibrado', constante do 'caput' do art. 225 da Constituição de 1988, afirmando a inexistência de um 'equilíbrio ecológico'. Evidentemente o texto constitucional alude à ausência de desequilíbrios provocados por fatores antropogênicos desfavoráveis. Melhor seria dizer 'ambiente em equilíbrio ecológico dinâmico'. Todavia a imprecisão técnica não prejudica a exegese do dispositivo constitucional.

E sobre a relevância que alcançou o meio ambiente na Constituição de 1988, menciona Antônio Herman Benjamin³⁴:

Uma Constituição que, na *ordem social* (o território da proteção ambiental), tem como objetivo assegurar 'o bem-estar e a justiça sociais' não poderia, mesmo,

32 BRASIL, op. cit., 292 p.

33 FIGUEIREDO, op. cit., p. 43

34 BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. KISHI, Sandra Akemi; SILVA, Solange Teles; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). Desafios do direito ambiental no século XXI, 2005, p. 366-367.

deixar de acolher a proteção do meio ambiente, reconhecendo-o como bem jurídico autônomo e recepcionando-o na forma de *sistema*, e não como um conjunto fragmentário de elementos.

Posteriormente à Constituição de 1988, devem ser citadas, como relevantes marcos legislativos em matéria ambiental no Brasil, a lei que instituiu sanções penais e administrativas às atividades e condutas lesivas ao meio ambiente – Lei N° 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e a Lei N° 9.985, de 18 de julho de 2000, que, ao regulamentar o artigo 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, instituiu o Sistema Nacional das Unidades de Conservação da Natureza – SNUCs.

6 Conclusão

O reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio, hoje plenamente estabelecido no plano internacional, derivou de uma longa evolução histórico-conceitual que teve sua origem, sobretudo, no quadro denominado “crise ambiental”, a partir do qual surgiram as primeiras manifestações em torno da tomada de consciência ambiental.

Essa consciência ambiental, no entanto, teve uma primeira acepção alarmista, chegando até mesmo a ser levantada a bandeira dos limites do crescimento populacional e do progresso industrial, o que foi posteriormente revertido pelo ideário do ecodesenvolvimento e do desenvolvimento sustentável.

A necessária preocupação ambiental foi recepcionada no plano interno dos Estados. No Brasil, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi reconhecido constitucionalmente como um direito fundamental, como se vê do artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

Environmental Law's Origin and Historical Development

The 1988's Federal Constitution attained to give the ecologically balanced environment the importance and *status* of a fundamental right. That came to Brazilian Law as the coronation of the development of a concept which started to be sketched in the 60's, whence the first evidences of concerns with what is conventionally called the "environmental crisis". Henceforth, some events as the Stockholm Conference and the Rio 92 contributed, worldwide, for the construction of an agenda aiming the protection of the natural resources, whilst nationally, in harmony with the Constitution's rules, a normative *ensemble* is now driven to the enforcement of the right to an ecologically balanced environment.

Keywords: Right to a balanced Environment. Environmental *crisis*. Social environmentalism.

Referências

- BENCHIMOL, Samuel. *Zênite ecológico e nadir econômico-social – análises e propostas para o desenvolvimento sustentável da Amazônia*. Jacksonville, Fl, USA: [s.l.], 2000. Edição xerografada.
- BENJAMIN, Antônio H. V. Coord. *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In: Ministério Público do Estado de São Paulo. *Manual prático da Promotoria de Justiça de Meio Ambiente*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005. 2v.
- BRASIL. *Lei 6.938, de 31 de ago. 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências*. Brasília: Diário Oficial da União, 2 set. 1981.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- BRÜSEKE, Franz J. O Problema do desenvolvimento sustentável. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). *Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*. 3. ed., São Paulo: Cortez, 2001.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993
- CARSON, Rachel. *Silent Spring*. New York: Fawcett Crest Books, 1962.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Curso de direito ambiental: Interesses difusos, natureza e propriedade*. Rio de Janeiro: Portal Jurídico (Gazeta Juris), 2006.
- FURTADO, Celso. *Brasil a Construção Interrompida*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992
- LEFF, Enrique. *Saber Ambiental*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- MEADOWS, Donella; MEADOWS, Dennis L.; RANGERS, Jorgen. *The Limits to Growth*. New York: Universe Books, 1972.
- SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.
- SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

Tribunal de contas no controle dos gastos públicos

Ivana Mussi Gabriel ^{1*}

Sumário: 1 Introdução 2 Teoria da separação dos poderes. 3 Natureza jurídica do Tribunal de Contas. 4 Contas de governo e contas de gestão. 5 Dever constitucional de prestar contas. 6 Controle externo do Tribunal de Contas nas contas de governo e de gestão. 7 Natureza das decisões do Tribunal de Contas. 8 Medidas previstas no ordenamento jurídico ao Tribunal de Contas no caso de omissão do dever de prestação de contas. 9 Instrumentos de fiscalização no controle dos gastos públicos. 10 Conclusões. Referências.

Resumo: Na divisão de tarefas estatais, o Tribunal de Contas, como órgão técnico autônomo dos demais poderes, realiza abrangente fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial de toda Administração Pública. No controle das contas de governo e das contas de gestão, a Corte de Contas possui competência constitucional para, no primeiro caso, em colaboração com o Poder Legislativo, emitir parecer prévio e, no segundo caso, realizar, privativamente, julgamento, além de impor sanções pecuniárias aos que malversam os recursos públicos. Esse julgamento das contas, contudo, não tem natureza de jurisdição judicial, sendo, pois, realizado em caráter técnico, com base no dever de prestação de contas.

Palavras-chave: Separação de poderes. Tribunal de contas. Contas de governo e de gestão.

1 Introdução

Na França do século XVIII, o *Livre Rouge*, conhecido como Livro Vermelho, continha uma lista de todas as pessoas que

1 * Formada na Universidade Estadual Paulista, advogada em São José do Rio Preto (SP), professora universitária, especialista em Direito Tributário pelo IBET e mestranda na ITE/Bauru, autora do livro *Direito Financeiro para Concursos*, pela editora Verbatim.

recebiam pensão do governo francês. Dentre elas, estava o nome de Ducrest, um barbeiro, contemplado com uma vultosa pensão por ter cuidado dos cabelos da filha do Conde d'Artoi. Ocorre que a filha da nobreza morrera em tenra idade, antes mesmo de ter cabelos para pentear. Esse exemplo verídico, ilustrado por Leo Huberman², na obra "A História da Riqueza do Homem", revela os adornos do poder e a forma insensata como as finanças francesas eram administradas, com dispêndios extravagantes, num sistema legal irresponsável de controle dos gastos públicos.

No Brasil do século XXI, o cenário não é tão diferente. Verifica-se ainda desperdício de recursos públicos, corrupção na gestão administrativa, danos ao erário, omissão no dever de prestar contas, desvio de dinheiros, valores e bens públicos. Contudo, o sistema de controle dos gastos públicos é real, eficiente, exercido por um tribunal de exação, denominado Tribunais de Contas.

O Tribunal de Contas, como órgão autônomo, colaborador dos Poderes do Estado na fiscalização esmerada da gestão dos dinheiros públicos, desenha os seus atuais contornos a partir da teoria da separação de poderes e do dever constitucional de prestar contas, que trazem a fundamentação necessária às Cortes de Contas para o controle externo dos Poderes. Afinal, como dizia Montesquieu, "quem detém o poder tende a dele abusar".

Na criação do Tribunal de Contas no Brasil, Rui Barbosa, então ministro da Fazenda do governo provisório de Marechal Deodoro da Fonseca, foi responsável pela Exposição de Motivos do Dec. 966-A, de 07 de novembro de 1890, que criou, pela primeira vez, o Tribunal de Contas. Apesar de aprovada, a Corte de Contas passou a existir de fato apenas com a Constituição Republicana de 1891, que a denominou de "órgão constitucional", com expressa competência para fiscalizar as receitas e despesas da República, nos termos do art. 89:

2

HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. 20. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1985, p.157.

“Art. 89. É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legitimidade antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste tribunal serão nomeados pelo presidente da República, com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença.”

Não houve maior contribuição que um Ministro da Fazenda poderia fazer em defesa do dinheiro público. Na Exposição de Motivos do Dec. 966-A, Rui Barbosa, influenciado pelo modelo francês, chancela a autonomia do Tribunal de Contas que, apenas na Constituição de 1967, será denominado de Tribunal de Contas da União. Fala-se, pela primeira vez, de uma instituição intermediária, que medeia, de forma independente, as funções da administração e da legislatura.

Para o patrono do Tribunal de Contas da União, a Corte de Contas não seria parte de qualquer dos poderes, mas

[...]o corpo de magistratura intermediário à administração e à legislatura que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, exerce funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparentoso e inútil³.

Como observa Bruno Speck, a instituição do Tribunal de Contas, no Brasil, não seguiu

[...]nem o modelo prussiano – que, de certa maneira, ainda estava presente nos projetos propostos durante o Império –, nem o modelo anglo-saxônico, onde a instituição de controle continuava estreitamente vinculadas às funções assistenciais ao parlamento. O modelo seguido era o da França, onde a nova instituição de controle ganhou amplas garantias de independência, desempenhando, com certa autonomia, funções de apoio à administração e ao Legislativo ao mesmo tempo⁴.

Na evolução histórica do Tribunal de Contas, a positivação

3 BARBOSA, Ruy. Exposição de Motivos: Brasil. Decreto n.966-A, de 07 nov. 1890.

4 SPECK, Bruno Wilhelm. Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p.42.

na Constituição de 1891 foi deveras importante, porque as Constituições posteriores, salvo nos regimes ditatoriais, passaram a criar os Tribunais de Contas dos Estados, os Tribunais de Contas dos Municípios e Tribunais de Contas do Município, além de ampliar suas atribuições constitucionais. Vale destacar que o primeiro Tribunal de Contas do Estado foi o do Piauí, criado em 1899. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, contudo, estabeleceu-se em 1923.

Hoje, tem-se 1 Tribunal de Contas da União, 27 Tribunais de Contas dos Estados, 4 Tribunais de Contas dos Municípios e 2 Tribunais de Contas do Município, o que significa, na expressão de Marcos Nóbrega⁵, “imensa capilaridade”, pois poucos países do mundo, sobretudo, de dimensões territoriais como o Brasil, possuem um sistema de controle externo tão abrangente como o nosso.

O Tribunal de Contas da União distingue-se dos demais, porque é criado pela União, no sentido de fiscalizar, especificamente, os recursos federais. Os Tribunais de Contas dos Estados são criados pelos respectivos Estados para fiscalizar, contudo, os recursos estaduais ou municipais, onde não houver Tribunal de Contas dos Municípios ou Tribunal de Contas do Município.

Os Tribunais de Contas dos Municípios não se confundem com os Tribunais de Contas do Município. Os primeiros são criações do Estado para fiscalizar os recursos de seus respectivos municípios, previstos nos Estados da Bahia, Goiás, Ceará e Pará. Os últimos são criados pelo Município, e não pelo Estado, para fiscalizar os próprios recursos, como ocorre apenas na cidade de São Paulo e do Rio de Janeiro.

Verifica-se, portanto, que o critério utilizado para definir a competência das Cortes de Contas para fins de fiscalização é a origem dos recursos. Então, num convênio realizado

5 NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos tribunais de contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, v. 6, n.23, out./dez. 2008, p.34. Adotam o sistema do Tribunal de Contas, dentre outros países, o Brasil, Alemanha, Coréia, Espanha, Portugal, França, Grécia, Holanda, Japão e Uruguai.

entre Ministério da Educação e Secretaria de Educação de um determinado município para construção de salas de aula, que implicará no repasse de recursos do governo federal, a competência para fiscalizar a aplicação escorreita dessa remessa será do Tribunal de Contas da União, por tratar-se de recursos federais.

Com relação ao Tribunal de Contas do Município, a partir de outubro de 1988, foi vedado aos Municípios criarem os próprios tribunais, como dispõe o art. 31, §4º da Constituição Federal de 88 (*É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais*). Contudo, essa vedação não atinge os Estados, que podem, perfeitamente, criar Tribunais de Contas Municipais para fiscalizar, especificamente, os recursos de seus municípios, como os Estados da Bahia, Goiás, Ceará e Pará. Inclusive esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 154, rel. Min. Otávio Gallotti, DJU, 11 out. 1991.

Numa síntese elaborada por C. Alexandre Amorim Rocha⁶, pode-se dizer que o Tribunal de Contas é composto por ministros ou conselheiros, procuradores e técnicos: os primeiros competem discutir e julgar os assuntos sujeitos ao controle externo; aos segundos cabe defender a ordem jurídica; e aos técnicos compete instruir os processos de tomadas de contas e prestação de contas, bem como elaborar relatórios de auditorias para posterior julgamento.

2 Teoria da separação dos poderes

De acordo com a clássica teorização da separação dos poderes, desenvolvida por Charles de Montesquieu, em 1748, na obra *De L'Esprit des Lois*, as funções estatais (executar, legislar e julgar) são atribuídas a três órgãos especializados (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), harmônicos

6 ROCHA, C.Alexandre Amorim. Especialização e autonomia funcional no âmbito do Tribunal de Contas da União. Revista de Informação Legislativa, v.40, nº157, jan./mar. 2003, p.225.

e independentes entre si, que passam a exercê-las com exclusividade.

Nessa divisão clássica de poderes não há qualquer expressão utilizada pelo filósofo iluminista que identifique uma separação absoluta de poderes; ao contrário, na obra “Espírito das Leis”, verifica-se referência apenas a equilíbrio de poderes. Para Visscher⁷, atribuir a Montesquieu a concepção absoluta dos poderes significa incorrer em verdadeira “*escroquerie intelectual*”, assinalando ser uma completa deturpação de seu pensamento político.

Na doutrina da separação dos poderes, é inegável que, além de harmônicos e independentes, os poderes devem se limitar reciprocamente. Em outras palavras, é indiscutível a cooperação entre os órgãos especializados, o inter-relacionamento das atividades por eles desenvolvidas, a interpenetração de suas funções, para que o “poder limite o poder”, num sistema de controles recíprocos ou, na expressão do direito anglo-saxão, de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Alfredo Baracho sustenta:

A expressão separação de poderes não foi empregada por Montesquieu, nem entende que os órgãos investidos das três funções do Estado seriam representantes do soberano, acometidos de parte da soberania, absolutamente. Não está em Montesquieu qualquer explicação que leve ao entendimento de que uma teoria da separação de poderes implica separação absoluta dos órgãos que exercem a função executiva e a legislativa. Entendia que devia existir uma ação contínua dos dois poderes um sobre o outro, uma verdadeira colaboração⁸.

No Brasil, o ordenamento jurídico constitucional, no art. 2º, adota a Teoria da Separação dos Poderes, porém no sentido contemporâneo de “divisão de tarefas estatais” (*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o*

7 VISSCHER, S.Paul. Les Nouvelles Tendances de la Démocratie Anglaise. Paris, 1947, p. 21-22.

8 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 29.

Executivo e o Judiciário). É que, na verdade, não há uma separação tríplice de poderes, e sim uma distribuição de funções a órgãos especializados, pois o poder do Estado é uno e, portanto, não sofre divisões.

Dentro desse contexto, esclarece Clémerson Clève, “[...] o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação de poderes, o constitucionalismo moderno determina divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos”⁹.

O mecanismo de fiscalização, em razão da “divisão de tarefas estatais”, baseia-se na vigilância permanente de toda organização administrativa e gestão de dinheiro, valores e bens públicos, que se realiza por meio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, porém numa dualidade de controle: controle externo, exercido pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas e controle interno, exercido no âmbito de cada Poder. É o que dispõe o artigo 70, *caput* e o artigo 71, da Constituição Federal de 1988.

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncias de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União [...].

Para Pardini¹⁰, controle externo é “todo controle exercido por um Poder ou órgão sobre a administração de outros”. Nesse sentido, seria controle externo o que o Poder Judiciário efetua sobre os atos dos demais Poderes, assim como o que a Administração Direta exerce sobre as entidades da

9 CLÈVE, Clémerson Merlin. Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 26.

10 Apud Bugarin. O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.40.

Administração Indireta. Todavia, de acordo com a terminologia adotada no texto constitucional (artigos 31 e 70), controle externo significa “controle exercido pelo Parlamento sobre administração pública direta e indireta e sobre as atividades de particulares que venham a ocasionar perda, extravio ou dano ao patrimônio público”.

Nesse sentido, dispõe Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

Entende-se por controle externo aquele exercido em nome do povo, na democracia o soberano, pelo Poder Legislativo, sobre a probidade quanto aos dinheiros públicos (sua guarda, administração, emprego, por parte de qualquer Poder [...]). Esse controle compete, no plano federal, ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União[...]. Controle interno, por sua vez, é a fiscalização feita pelo próprio poder que dispõe os recursos públicos¹¹.

3 Natureza jurídica do Tribunal de Contas

Embora o Tribunal de Contas auxilie o Poder Legislativo no controle externo de toda Administração Pública, dele não é dependente; ao contrário, trata-se de órgão constitucional autônomo, sem qualquer relação de subordinação com os três poderes constituídos, com independência administrativa e financeira, como já preconizava Rui Barbosa na Exposição de Motivos do Dec. 966-A. É, na verdade, órgão técnico especializado ou, na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹², “um conjunto orgânico perfeitamente autônomo”.

Como observa Luiz Henrique Lima¹³, a própria organização do texto constitucional, que coloca Tribunal de Contas da União numa seção própria dentro do Capítulo dedicado ao Poder Legislativo, indica que a Corte de Contas, órgão técnico

11 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.399. v. 1

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Funções dos Tribunais de Contas. Revista de Direito Público, n. 72. São Paulo, 1984, p.136.

13 LIMA, Luiz Henrique. Controle Externo. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.26.

que auxilia o Congresso Nacional na função do controle externo, não lhe é subordinado, constituindo, conforme “órgão constitucionalmente autônomo”.

A função de auxílio ao Parlamento, prestada pela Corte de Contas, definitivamente, não significa subordinação hierárquica, porquanto o art. 73 da Constituição Federal de 88 confere ao Tribunal de Contas autonomia, que lhe assegura autogoverno, dispondo, ainda, os membros, de prerrogativas próprias, como os predicamentos inerentes à magistratura. Há, portanto, toda uma estrutura administrativa e funcional, constituída por um corpo técnico multidisciplinar, qualificado e preparado para auxiliar o Legislativo no desempenho do controle externo, sem, contudo, querer, com ele, estabelecer qualquer vínculo institucional.

Para Carlos Ayres Britto,

O Tribunal de Contas da União não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo. Quem assim me autoriza a falar é a Constituição Federal, com todas as letras do seu art. 44, *litteris*: “O Poder legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Logo, o Parlamento brasileiro não se compõe do Tribunal de Contas da União¹⁴.”

Embora o artigo 71 da Constituição Federal de 88 possa dar a impressão de fazer menção ao Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo, não deve ser assim entendido, em razão da distinção entre função e natureza do Tribunal de Contas. É o que assevera Odete Medaur,

Muito comum é a menção do Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo, o que acarreta a idéia de subordinação. Confunde-se, desse modo, a função com a natureza do órgão. A Constituição Federal, em artigo algum, utiliza a expressão ‘órgão auxiliar’; dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será

¹⁴ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. Revista Diálogo Jurídico, v. I, n.9, dez. 2001, p.98.

exercido com auxílio do Tribunal de Contas. [...] Se a sua função é atuar em auxílio ao Legislativo, a sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três Poderes. A nosso ver, por conseguinte, o Tribunal de Contas configura instituição estatal independente¹⁵.

A respeito da autonomia do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, na ADI 4190 MC/RJ, decidiu que:

Revela-se inteiramente falsa e completamente destituída de fundamento constitucional a idéia, de todo equivocada, de que os Tribunais de Contas seriam meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo. Na realidade, os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. (ADI 4190 MC/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJE 4/8/2009).

Em que pese o entendimento de que a Corte de Contas constitui órgão técnico especializado, autônomo, desvinculado de qualquer dos três poderes, há, contudo, doutrina minoritária que o coloca como órgão vinculado ao Poder Legislativo. Como dispõe Hélio Mileski,

Não sendo Poder, na forma de organização estatal utilizada, o Tribunal teria de participar de um dos Poderes do Estado. O escolhido foi o Poder Legislativo, na medida em que é ele o detentor do controle externo, mas sem estabelecer qualquer espécie de submissão hierárquica, possibilitadora de violência à autonomia e à independência do Tribunal de Contas perante o Legislativo¹⁶.

15 MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. Revista de Informação Legislativa, nº 108, v. 27, out./dez. 1990, p.124.

16 MILESKI, Hélio. O Controle da Gestão Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.205.

4 Contas de governo e contas de gestão

Na dimensão das competências constitucionais, o Tribunal de Contas realiza a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública, ora em colaboração com o Poder Legislativo, ora privativamente, ou seja, sem interferência da Casa Legislativa ou de outro órgão estatal. Afinal, auxiliar alguém não significa, necessariamente, ser auxiliar de alguém.

Nas lições de Valdecir Pascoal,

O Tribunal de Contas é órgão de permeio, agindo ora numa posição de colaboração com o Poder Legislativo, ora no exercício de competências próprias. A Constituição Federal não deixa dúvidas acerca da autonomia do Tribunal de Contas ao assinalar, em seu artigo 71, que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União. O titular do controle externo é o Parlamento, mas a própria CF/88 delegou a maior parte do poder controlador ao Tribunal de Contas¹⁷.

Atualmente, no exercício do controle externo do Tribunal de Contas, a doutrina e a jurisprudência fazem importante distinção entre contas de governo e contas de gestão.

As contas de governo são as contas gerais prestadas pelos chefes do Poder Executivo no desempenho de sua função política, de realização de planos de governo. O Superior Tribunal de Justiça, no RMS 11060, decidiu que o conteúdo das contas de governo “Revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação e gastos com pessoal”¹⁸.

17 PASCOAL, Valdecir. Direito Financeiro e Controle Externo. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 136.

18 STJ, RMS 11060/GO, DJU, 16 set. 2002, p. 159.

De acordo com inciso I do artigo 71 c/c inciso IX do artigo 49 da Constituição Federal de 88, as contas de governo se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento político pelo Congresso Nacional.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I-apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento.

Art. 49.É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

IX – julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República [..].

A respeito das contas de governo, Luiz Henrique Lima¹⁹ recorda que, apenas uma vez, o Tribunal de Contas da União manifestou-se pela rejeição das contas do Presidente. Isso ocorreu no período do Estado Novo, na Era Vargas, com as contas do exercício anterior de 1936. Como essas contas foram aprovadas pelo Parlamento, o ministro relator Thompson Flores sofreu as consequências de seu ato, sendo colocado em disponibilidade e, posteriormente, aposentado, não mais podendo regressar ao Tribunal de Contas.

As contas de gestão, por sua vez, são as contas específicas dos administradores e responsáveis pela gestão financeira dos recursos públicos. Para o Superior Tribunal de Justiça, no RMS 11060, as contas de gestão dizem respeito ao “dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas”.

Nos termos do inciso II, do artigo 71 da Constituição Federal de 88, as contas de gestão se submetem ao julgamento técnico do Tribunal de Contas, e não do Poder Legislativo, consubstanciando-se em acórdão.

19

LIMA, op.cit., p.321.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I-julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

É perfeitamente possível que o chefe do Poder Executivo, no desempenho de suas funções políticas, passe a exercer também as funções de ordenador de despesas. Nesse caso, submeter-se-á a duplo julgamento: um político perante o Parlamento, precedido de parecer prévio do Tribunal de Contas; outro, técnico, de competência da Corte de Contas. Trata-se de situação típica dos pequenos Municípios, em que o prefeito, geralmente, acumula funções políticas e funções de ordenador de despesas. É esse, inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no ROMS 11060/GO, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 16/06/02.

Em relação ao duplo julgamento do chefe do Poder Executivo, Flávio Sátiro Fernandez assevera:

Se o prefeito se posiciona como agente político e como ordenador de despesa e de dispêndio, assinando empenhos, emitindo cheques, autorizando gastos, homologando licitações, enfim, responsabilizando-se por todas as despesas, das menores às maiores, pois todas são por ele ordenadas, está sujeito a duplo julgamento²⁰.

5 Dever constitucional de prestar contas

O dever de prestar contas foi consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789 que, no artigo 15,

20 FERNANDES, Flávio Sátiro. O Tribunal de Contas e a fiscalização municipal. Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, n.65, jan./jun. 1991, p.77.

disponha: *a sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua Administração*. Significa dizer que o Estado, por meio de seus agentes públicos, é mero administrador, e não dono dos recursos públicos, devendo, pois, prestar contas à sociedade.

No Brasil, o Tribunal de Contas realiza a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial de forma abrangente, atingindo todas as pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas que, de alguma forma, utilizam, arrecadam, guardam, gerenciam e administram bens, valores e dinheiros públicos, ainda que não integrem a Administração Pública. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal de 88, com redação dada pela EC nº19/98.

“Art. 70.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.”

Nesse sentido, Augusto Sherman Cavalcanti²¹assevera que o dever de prestar contas deve recair “apenas sobre pessoas que gerem recursos e valores públicos, mas também sobre aqueles que gerem recursos privados pelos quais a União responda integral ou parcialmente”. Afinal, como leciona Valdecir Pascoal²², “o que importa para efeito de incidência da fiscalização e do controle é que os recursos sejam públicos”.

A respeito da prestação de contas por entidades de direito privado, o Supremo Tribunal Federal, no MS 21644, pacificou o seguinte entendimento:

Embora a entidade seja de direito privado, sujeita-se à fiscalização do Estado, pois recebe recursos de origem estatal, e seus dirigentes hão de prestar contas

21 CAVALCANTI, Augusto Sherman. Aspectos da Competência Julgadora dos Tribunais de Contas. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 237, 2004, p.329.

22 PASCOAL, Valdecir. Direito Financeiro e Controle Externo. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.148.

dos valores recebidos: quem gera dinheiro público ou administra bens ou interesses da comunidade deve contas ao órgão competente para fiscalização (MS 21644, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 8/11/1996).

No controle externo dos gastos públicos, o Tribunal de Contas, portanto, orienta-se no dever de prestação de contas de todos aqueles que utilizam, arrecadam, guardam, gerenciam e administram bens, valores e dinheiros públicos, integrando ou não a Administração Pública, como ocorre com as organizações sociais, de acordo com o princípio da universalidade. Nas lições de Carlos Alberto Nogueira, tal princípio

[...]submete ao controle todos os gestores públicos, do mais graduado aos mais hierarquicamente inferiores na escala funcional: Presidente da República, governadores de Estados, prefeitos municipais e demais administradores e entidades que atuem como ordenadores de despesas e que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, bem como aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público²³.

Vale destacar que o dever de prestar contas foi erigido a princípio constitucional sensível, de modo que seu descumprimento pelos estados-membros ocasionará hipótese de intervenção federal, nos termos do artigo 34, inciso VII, alínea “d” da Constituição Federal de 88. E a falta de contas devidas nos Municípios, *a fortiori*, será causa de intervenção estadual, nos termos do artigo 35, inciso II da Constituição Federal de 88.

6 Controle externo do Tribunal de Contas nas contas de governo e de gestão

Como abordado, o ordenamento constitucional assegura ao Tribunal de Contas, como órgão de permeio, a competência para emitir parecer prévio anual a respeito das contas dos chefes do Poder Executivo. É que, de acordo com inciso I do artigo 71 da Constituição Federal de 88, as contas dos chefes do Poder Executivo são julgadas pelo Poder Legislativo, e não pela Corte de Contas, após parecer prévio do Tribunal de Contas.

O Presidente da República encaminha ao Congresso Nacional, anualmente, dentro de 60 dias, após abertura da sessão legislativa²⁴, as contas do exercício anterior e o Tribunal de Contas tem prazo de 60 dias para elaborar parecer prévio, que poderá conter ressalvas e recomendações, a ser enviado ao Congresso Nacional. A Comissão Mista Permanente também elaborará parecer, nos termos do artigo 166, §1º, inciso I da Constituição Federal de 1988²⁵. O Congresso, por sua vez, julgará as contas do Presidente da República por meio da aprovação delas por decreto legislativo.

Vale destacar que, em âmbito federal e estadual, o parecer prévio do Tribunal de Contas não vincula o Congresso Nacional ou Assembléia Legislativa, podendo esses seguir ou não as recomendações da Corte de Contas. Contudo, em âmbito municipal, o parecer prévio do Tribunal de Contas vincula a Câmara Municipal, salvo se não aceito por decisão de 2/3 dos membros da Câmara Municipal. É o que dispõe o artigo 31, §2º da Constituição Federal de 88.

“Art. 31.

§2º. O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixa de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.”

24 Sessão legislativa corresponde às reuniões semestrais do Congresso Nacional, que vão de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro, conforme art. 57 da Constituição Federal de 88.

25 *Caberá a comissão mista permanente de senadores e deputados examinar e emitir parecer sobre [...] as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República*

No caso de o Presidente da República não enviar as contas ao Congresso Nacional dentro do prazo legal, competirá à Câmara dos Deputados realizar tomada de contas, de acordo com artigo 51, inciso II da Constituição Federal de 88 (*Compete privativamente à Câmara dos Deputados proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa*).

Não obstante, o ordenamento constitucional, no inciso II do artigo 71, assegura ao Tribunal de Contas, no exercício de competência privativa, sem colaboração do Poder Legislativo, o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração direta e indireta, incluída as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Importante destacar que esse dispositivo foi previsto, pela primeira vez, na Carta Constitucional de 1967, no §1º do artigo 71, com a seguinte redação: *O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores público.*

Nota-se que o comando normativo do inciso II do artigo 71 da Constituição de 88 é mais abrangente, porque estabelece o julgamento de contas dos administradores, dos responsáveis por dinheiros, valores e bens públicos e, inclusive, daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Para efeitos de incidência do controle externo do Tribunal de Contas, quem são os responsáveis?

Inicialmente, o Decreto-lei 200/67 considerava apenas como responsável o ordenador de despesas que, de acordo com o §1º do art. 80, consiste no “agente público com autoridade administrativa para gerir os dinheiros e bens públicos de cujos atos resultem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos financeiros”. Em outras palavras, ordenador de despesas é a autoridade competente para determinar que seja paga a despesa empenhada.

Como observa Hélio Mileski, o Decreto-lei 200/67 continua em vigência, contudo, deve adaptar-se às disposições da Constituição Federal de 88, que, de acordo com a nova regra do inciso II do artigo 71, amplia o universo dos responsáveis para fins de julgamento de contas perante o Tribunal de Contas. Como leciona o autor,

Não é mais somente aquele administrador que ordena despesas, de cujos atos resultem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio público que fica sujeito ao processo de tomada de contas. Agora, toda a autoridade ou responsável que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos submete-se ao processo de tomada de contas. Portanto, o exame das contas dos agentes públicos não abrange mais somente os atos de realização de despesas, quanto à regularidade de aplicação dos recursos públicos, mas todos os atos de gerenciamento público, envolvendo arrecadação da receita, realização da despesa e administração dos dinheiros, bens e valores públicos²⁶.

Importante ressaltar que os administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração direta e indireta, incluída as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, que constam da 1ª parte do inciso II do artigo 71 da Constituição Federal, submeter-se-ão ao processo de Prestação de Contas e

26 MILESKI, op.cit., p.286.

Tomada de Contas perante o Tribunal de Contas, que julgará a correta e regular aplicação dos recursos públicos.

Para Luiz Henrique Lima²⁷, o rol dos responsáveis nos processos de prestação de contas e tomada de contas é composto por “indivíduos vinculados à administração federal, como os dirigentes, membros de conselho de administração e fiscais etc”.

A parte final do inciso II do artigo 71 da Constituição Federal de 88, por sua vez, refere-se ao processo de Tomada de Contas Especial. A Instrução Normativa - TCU nº13, de 4 de dezembro de 1996, no artigo 1º, define-a como “processo devidamente formalizado, dotado de rito próprio, que objetiva apurar a responsabilidade daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário”.

Nesse sentido, leciona Luiz Henrique Lima,

Fundamentam-se as hipóteses de instauração de tomada de contas especiais contra agentes públicos que, mesmo não sendo administradores ou responsáveis possam ter contribuído, por ação ou omissão, para a ocorrência de perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao tesouro. Também aí, encontra-se fundamento constitucional para responsabilizar empresas ou instituições privadas cuja ação ou omissão tenha provocado prejuízo ao tesouro, por exemplo, superfaturando uma relação contratual com o poder público²⁸.

Significa dizer que no processo de tomada de contas especial, disciplinado na Lei 8443/92, o Tribunal de Contas julgará qualquer ato lesivo ao patrimônio público. Todos aqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, portanto, submetem-se à fiscalização do Tribunal de Contas.

27 LIMA, op.cit., p.264.

28 *Ibid.*, p.45.

Não obstante, como observa Augusto Sherman Cavalcanti²⁹, o motorista que, por acidente, destrói ou derruba um poste de energia, apesar de causar prejuízo ao erário, não fica sujeito ao julgamento de contas perante o Tribunal de Contas. Isso ocorre porque o julgamento de contas de um particular que causa prejuízo ao erário, deve recair apenas sobre aqueles que gerem recursos privados em que a União responda integral ou parcialmente, o que não é o caso do motorista.

7 Natureza das decisões do Tribunal de Contas

Como órgão controlador de toda atividade financeira do Estado, o Tribunal de Contas desempenha, privativamente, a atribuição de “julgamento” das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, conforme o inciso II do artigo 71 da Constituição Federal de 88.

Pode-se, então, falar que a Corte de Contas desempenha função judicante, típica do Poder Judiciário?

Desde a criação do Tribunal de Contas no Brasil, há divergência doutrinária a respeito da natureza das deliberações do Tribunal de Contas que julgam as contas dos administradores públicos.

Para Pontes de Miranda, Seabra Fagundes e, mais recentemente, Jorge Ulisses Jacob Fernandes, por expressa disposição constitucional, as deliberações realizadas pelas Corte de Contas possuem natureza judicante, e não administrativa.

Numa análise da Constituição Federal de 1967, Pontes de Miranda³⁰ leciona que a “função judicialiforme do Tribunal de Contas diminuiu, porém não profundamente. Ainda assim, ele julga da regularidade das contas dos administradores e demais

29 CAVALCANTI, op.cit., p.329.

30 MIRANDA, Pontes de. Comentários a Constituição de 1967, com a Emenda n.1, de 1969. 2. ed. São Paulo: RT, 1970, p.336-340. Tomo 3.

responsáveis, bem como das autarquias”. Para Jacob Fernandes³¹, por sua vez, o “julgamento sobre contas, decidindo a regularidade ou irregularidade, é soberano, privativo e definitivo”.

Dispõe Seabra Fagundes, “a força jurisdicional da decisão do Tribunal de Contas não ocorre pelo simples emprego da palavra julgar, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a irregularidade das contas pudesse dar lugar à nova apreciação pelo Judiciário, o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo³².”

Em posição diametralmente oposta, para a doutrina majoritária e jurisprudência dos Tribunais Superiores, as decisões das Cortes de Contas, a respeito das contas dos administradores, têm natureza administrativa, em razão do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 88, que prevê, no ordenamento constitucional, o sistema da jurisdição única ou monopólio da tutela jurisdicional. Significa dizer que as decisões administrativas do Tribunal de Contas estarão sempre sujeitas à apreciação do Poder Judiciário, que as fará com definitividade.

A jurisdição consiste na atividade de dizer o direito. Como observa José Cretella Júnior,

[...]diz o direito o Poder Judiciário quanto o Executivo e até mesmo o Legislativo quando interpretam e aplicam a lei. Todos os Poderes exercem jurisdição, mas somente o Judiciário tem o monopólio da jurisdição judicial, isto é, de dizer o direito com força de coisa julgada. É por isso que a jurisdição do Tribunal de Contas é meramente administrativa, estando suas decisões sujeitas a correção pelo Poder Judiciário quando lesivas de direito individual³³.

Nas conclusões do autor, a Corte de Contas não julga, não tem função judicante, não é órgão integrante do Poder Judiciário,

31 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacob. Tomada de Contas Especial. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p.29.

32 FAGUNDES, Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 137-139.

33 CRETELLA JUNIOR, José. Natureza das Decisões do Tribunal de Contas. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 166, out./dez. 1986, p.7.

pois todas as suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa. Nesse sentido,

Nenhuma das tarefas ou atividades do Tribunal de Contas configura atividade jurisdicional, pois não se vê, no desempenho dessa Corte de Contas, nem autor, nem réu, nem propositura de ação, nem provocação para obter interpretação jurisdicional, nem inércia inicial, nem existência de órgão integrante do Poder Judiciário, nem julgamento de crimes contra administração³⁴.

Também para Hesse³⁵, a jurisdição não se distingue das demais funções estatais (legislar e executar) pelo fato de aplicar o direito ao fato concreto, pois isso constitui obrigação de todos os órgãos estatais, em maior ou menor grau, de acordo com sua competência. A especificidade da função jurisdicional ocorre por estar alheia às opções políticas, pela independência e pela definitividade.

A respeito da redação do inciso II do artigo 71 da Constituição Federal de 88, dispõe José dos Santos Carvalho Filho que o sentido do termo julgar é o de,

[...]apreciar, examinar, analisar as contas, porque a função exercida pelo Tribunal de Contas na hipótese é de caráter eminentemente administrativa. Por isso, esse exame se sujeita, como qualquer ato administrativo, a controle do Poder Judiciário no caso de contaminado de vício de legalidade, e não tem a definitividade que qualifica os atos jurisdicionais³⁶.

Dispõem Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath,

O julgamento é apenas administrativo e de cunho técnico. O alcance do inciso é vasto, de forma a alcançar todos os que detenham, de alguma forma, dinheiro público, em seu sentido mais amplo. Não há exceção e a interpretação deve ser a mais abrangente

34 Ibid., p.13.

35 HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.576.

36 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.301.

possível, diante do princípio republicano, que fixa a responsabilidade do agente público. A Constituição anterior apenas mencionava a Administração central e as autarquias³⁷.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa que,

[...]embora o dispositivo fale em julgar (inciso II do art. 71), não se trata de função jurisdicional, porque o Tribunal apenas examina as contas, tecnicamente, e não aprecia a responsabilidade do agente público, que é de competência exclusiva do Poder Judiciário; por isso se diz que o julgamento de contas é uma questão prévia, preliminar, de competência do Tribunal de Contas, que antecede o julgamento do responsável pelo Poder Judiciário³⁸.

Como assevera Augusto Sherman Cavalcanti³⁹, julgar contas “é apreciar, por meio de documentos apresentados ou de outra forma obtidos, os atos de gestão praticados pelo responsável sobre aqueles bens ou valores públicos, segundo os critérios da legalidade, legitimidade e economicidade”.

Para Carlos Ayres Britto,

Em síntese, pode-se dizer que a jurisdição é atividade-fim do Poder Judiciário, porque, no âmbito desse Poder, julgar é tudo. Ele existe para prestar a jurisdição estatal e para isso é que é forrado de competências. Não assim como os Tribunais de Contas, que fazem do julgamento um dos muitos meios ou das muitas competências para servir à atividade-fim do controle externo⁴⁰.

Marcos Nóbrega⁴¹ leciona que, “no Brasil, apesar de serem chamados de Tribunal, de serem integrados por Ministros (TCU)

37 OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. Manual de Direito Financeiro. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.217.

38 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.742.

39 CAVALCANTI, op. cit., p.333.

40 BRITTO, op. cit., p.106.

41 NOBREGA, Marcos. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p.277.

e de julgarem contas, não integram o Poder Judiciário. São tribunais administrativos e suas deliberações são de natureza administrativa”.

Não obstante, Hélio Mileski apresenta posição intermediária, no sentido de que a função de julgamento de contas daqueles que as devem prestar não possui caráter meramente ou puramente administrativo, e sim de “jurisdição administrativa”, pois as decisões proferidas pelas Cortes de Contas, embora sujeitas à revisão do Judiciário, possuem uma forma judicial, pois devem ser obrigatoriamente cumpridas pelos administradores jurisdicionados, sob pena de negação do próprio sistema de controle⁴².

Ora, admitir que os julgamentos realizados pelos Tribunais de Contas possuem caráter definitivo, dentro do âmbito de sua atuação, não quer significar que tais órgãos exerçam jurisdição judicial, no sentido escorreito do termo, uma vez que suas decisões não possuem definitividade, sendo, pois, passíveis de revisão pelo Poder Judiciário.

8 Medidas previstas no ordenamento jurídico ao Tribunal de Contas no caso de omissão do dever de prestação de contas

No caso de omissão do dever de prestação de contas, o Tribunal de Contas as declarará irregulares e estará autorizado a aplicar as sanções previstas em lei, como a multa, além de representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. É o que dispõe artigo 71, incisos VIII e XI da Constituição Federal de 88.

Art. 71

VIII-aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabeleçam, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

⁴² MILESKI, op. cit., p.212.

XI-representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurado⁴³.

Por exemplo, na omissão do dever de prestação de contas por parte do prefeito, a Corte de Contas poderá adotar as seguintes medidas: representar à Justiça Eleitoral para fins de declarar a inelegibilidade, conforme artigo 1º, inciso I, alínea “g” da LC 64/1990, representar ao governador do Estado para decretar a intervenção estadual, como prevê o artigo 35, inciso II da Constituição Federal de 1988, representar, inclusive, ao Ministério Público para adoção das medidas penais e cíveis cabíveis, porque a omissão na prestação de contas constitui crime de responsabilidade (ilícito penal) previsto no artigo 1º, incisos VI e VII do Decreto-lei 201/67 e ato de improbidade administrativa (ilícito civil), previsto no artigo 11, inciso VI da Lei 8429/92.

Além disso, o Tribunal de Contas poderá representar à Câmara Municipal para apuração de infração político-administrativa do prefeito, nos termos do artigo 4º do Decreto-lei 201/67, sem prejuízo de aplicação de sanções previstas nas Leis Orgânicas dos respectivos Tribunais de Contas e da sanção administrativa prevista no §1º do artigo 5º da Lei de Crimes Fiscais (Lei federal 10028/00), que corresponde à multa de 30% sobre os vencimentos anuais do agente que der causa.

9 Instrumentos de fiscalização no controle dos gastos públicos

No controle externo dos gastos públicos, o artigo 70 da Constituição Federal de 1988 ampliou, de forma substancial, a competência do Tribunal de Contas para realizar, sem ressalvas, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial de toda Administração Pública, verificando o desempenho global da gestão pública, no sentido de detectar as falhas e propor soluções.

Na fiscalização contábil, que é exercida sobre os registros contábeis, verifica-se não só a adequação dos demonstrativos contábeis às normas de escrituração, como também se aqueles representam, fielmente, a situação dos bens, direitos e obrigações do ente público. Como assevera Carlos Alberto Nogueira: “Os órgãos de controle não estão adstritos à mera verificação dos registros contábeis, mas, ao contrário, incumbem-lhes a retificação desses registros, quando errados, para que as demonstrações a que se referem reflitam com fidedignidade a gestão dos recursos públicos.”⁴⁴

Na fiscalização financeira, por sua vez, há análise dos registros referentes à arrecadação das receitas e realização das despesas, inclusive dos ingressos e dispêndios de recursos públicos e das “perspectivas para o atingimento ou manutenção do equilíbrio fiscal”. Com relação a esse último aspecto, leciona Marcos Nóbrega:

Cumprе lembrar que, com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, a fiscalização financeira ganhou novo fôlego e passou a dispensar maior atenção a pontos importantes para o equilíbrio das contas públicas, como, por exemplo, as metas de resultados entre receitas e despesas; renúncias de receitas; geração de despesa com pessoal, da seguridade social; a dívida pública consolidada e mobiliária. Além disso, deve preocupar-se com operações de crédito, que são aspectos importantes que podem impactar a boa gestão fiscal⁴⁵.

Por outro lado, a fiscalização orçamentária incide sobre a elaboração e execução do orçamento. Num conceito moderno, orçamento deve ser entendido como orçamento-programa, um instrumento de planejamento de gestão pública, que contém a previsão de receitas e despesas, programando a vida econômico-financeira do Estado num determinado período. Verifica-se,

44 NOGUEIRA, op.cit., p.275.

45 NOBREGA, op. cit., p.273.

portanto, a regularidade de todo ciclo orçamentário, desde a elaboração das leis orçamentárias e créditos adicionais, até o registro desses fatos pela contabilidade, inclusive o cumprimento do programa de trabalho.

A fiscalização operacional incorre na verificação do cumprimento das metas previstas nas leis orçamentárias, na eficiência, eficácia e economicidade da gestão dos recursos públicos, com formulação de recomendações para o melhor funcionamento operativo da Administração. Representa, na visão de Hélio Saul Mileski, um “estágio evolutivo no sistema de controle da atividade financeira do Estado”, porque preserva as finanças públicas e aperfeiçoa as instituições administrativas, na medida em que avalia a eficiência, a eficácia e a economicidade dos atos dos administradores, fazendo recomendações nesse sentido.

Por fim, na fiscalização patrimonial, analisa-se a situação de conservação dos bens públicos que, na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁶, são “todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de direito público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público, bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público”.

10 Conclusões

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 04.05.00) que foi criada para estabelecer um novo padrão fiscal no Brasil, pautado na responsabilidade, planejamento, transparência e, em especial, controle, completou nove anos e, não obstante os avanços da política fiscal, nota-se, ainda, uma irresponsabilidade dos governantes e administradores nos gastos públicos e, portanto, falhas no cumprimento da lei.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 866.

De acordo com art. 1º da LC 101/00, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece normas sobre finanças públicas a respeito da “responsabilização na gestão fiscal”, para todos os entes da federação e respectivos Poderes. Significa uma mudança de comportamento na administração financeira do Estado, no sentido de implementar um regime responsável de gestão fiscal.

Como observa Marcos Nóbrega,

Infelizmente, a experiência brasileira tem convivido, muitas vezes, com o despreparo dos governantes, aliado à acomodação e aprovação tácita da população, gerando muitos casos que permeiam o imaginário popular, em que o bom político é o ‘tocador de obras’ ou, em situação mais extrema, o administrador eficaz é aquele que ‘rouba, mas faz’. A LRF procura mudar esse estado de coisas, estabelecendo o que para muitos significa um ‘choque de moralidade’ na gestão pública, ensejado a responsabilização pelos gastos efetuados e buscando conscientizar governos, políticos e sociedade da importância desse tipo de mudança de padrão fiscal⁴⁷.

Nesse sentido, a Lei de Responsabilidade Fiscal, verdadeiro “código de finanças governamentais”, prevê limites e metas, por exemplo, com as despesas com pessoal, com dívida pública e operações de créditos, a serem observados pelos governantes e administradores na gestão fiscal, com objetivo de implementar um regime responsável de gastos públicos, através do equilíbrio entre receitas e despesas, nos termos do Programa de Estabilidade Fiscal de 1998.

O Programa de Estabilidade Fiscal de 1998 estabeleceu mudanças fundamentais no regime fiscal brasileiro, orientadas no sentido de conquistar um definitivo equilíbrio de contas públicas. Afinal, com o nivelamento das contas públicas a moeda nacional adquire estabilidade, há o crescimento sustentado da

47 NOBREGA, Marcos. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.17.

economia e uma progressiva melhoria das condições de vida para a sociedade. Assim, dispõe o Programa de Estabilidade Fiscal,

O equilíbrio das contas públicas representa um passo decisivo na redefinição do modelo econômico brasileiro. Trata-se, em essência, da introdução de mudanças fundamentais no regime fiscal do país, com objetivo de promover o equilíbrio definitivo das contas públicas, na velocidade necessária para permitir a consolidação dos três objetivos básicos do Plano Real: estabilidade da moeda, crescimento sustentado com mudança estrutural e ganho de produtividade e a melhoria progressiva das condições de vida da população brasileira.

A respeito da Lei de Responsabilidade Fiscal, Hélio Saul Mileski assevera:

É um verdadeiro código de procedimentos fiscais administrativos, tendo como premissa o estabelecimento de princípios norteadores para uma gestão fiscal responsável, com instituição de mecanismos prévios e necessários para assegurar o cumprimento de metas fiscais, no sentido de ser alcançado o equilíbrio orçamentário entre receita e despesa⁴⁸.

Dentro desse contexto, o Tribunal de Contas assume “funções vitais no organismo constitucional”, de controle externo das contas de governo e de gestão, com a fiscalização contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial de toda organização administrativa e gestão de dinheiro, valores e bens públicos, no sentido de fazer valer a Lei de Responsabilidade Fiscal, com a recondução dos gastos públicos aos seus respectivos limites, na busca do equilíbrio das contas públicas, tal como idealizado pelo paladino da nacionalidade brasileira, Rui Barbosa.

48

MILESKI, op.cit., p.64.

Court of accounts in the control of public spending

Abstract: In the state division of labor, the Court of Auditors, as a technical body independent of the other branches, performs comprehensive accounting, financial, budgetary, operational and property of all public administration. In the control of government accounts and management accounts, the Court of Auditors has jurisdiction constitutional in the first case, in cooperation with the legislative branch, prior opinion and in the second case, held, privately, trial, and impose penalties for those who misappropriate public funds. This accounts trial, however, has no nature of judicial jurisdiction, and therefore held in a technical character, based on the duty of accountability.

Keywords: Separation of powers. Court of accounts. Accounts of government and management.

Referências

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBOSA, Ruy. *Exposição de Motivos: Brasil*. Decreto n.966-A, de 07 nov. 1890.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 9 dez. 2001.
- BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CAVALCANTI, Augusto Sherman. Aspectos da Competência Julgadora dos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 237, 2004.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

- CRETELLA JUNIOR, José. Natureza das Decisões do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 166, p.1-16, out./dez. 1986.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- FERNANDES, Flávio Sátiro. O Tribunal de Contas e a fiscalização municipal. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, n. 65, jan./jun. 1991.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacob. *Tomada de Contas Especial*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.
- FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. 20. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1985.
- LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, n. 108, v. 27, out./dez. 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Funções dos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 72, 1984.
- MILESKI, Hélio. *O Controle da Gestão Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários a Constituição de 1967, com a Emenda n.1, de 1969. 2. ed. São Paulo: RT, 1970. Tomo III.
- NOBREGA, Marcos. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- _____. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. O controle do gasto público pelos tribunais de contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, v. 6, n. 23, out./dez. 2008.
- NOGUEIRA, Carlos Alberto. *Administração Pública*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASCOAL, Valdecir. *Direito Financeiro e Controle Externo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

ROCHA, C.Alexandre Amorim. Especialização e autonomia funcional no âmbito do Tribunal de Contas da União. *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n.157, jan./mar. 2003.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

VISSCHER, S.Paul. *Les Nouvelles Tendances de la Démocratie Anglaise*. Paris, 1947.

Trabalho Forense

Parecer em Apelação – Falta de cobertura do tratamento médico indicado ao paciente

PROCESSO N.º AAA

APELAÇÃO CÍVEL

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

APELANTE: BBB

APELADO: CCC

RELATORA: DDD

Parecer n.º EEE

Egrégia Câmara,
Eminente Desembargadora-Relatora,

Cuida-se de Apelação Cível interposta por BBB, pessoa jurídica de direito privado, inconformada com a Sentença prolatada pelo Juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Manaus que, em Ação de Obrigação de Fazer, cumulada com Tutela Antecipada e Danos Morais, ajuizada por CCC, por negativa de intervenção cirúrgica pelo método *By-pass* Gástrico por videolaparoscopia, julgou procedente a ação de obrigação de fazer, confirmando a antecipação de tutela deferida e fixou em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a indenização por danos morais, além de honorários advocatícios no percentual de 15%.

Nas respectivas razões recursais a Recorrente contesta a presença dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada; assegura que, ao autorizar a realização da cirurgia pelo método convencional, não estava deixando de reconhecer o direito ao procedimento, mas apenas querendo preservar e diminuir os riscos inerentes à cirurgia bariátrica.

Afirma ser indispensável a existência de parecer favorável do Conselho Técnico e de Especialidades da Cirurgia Bariátrica, para a realização da mencionada cirurgia, não havendo

sobreposição do médico cooperado às normas da cooperativa.

A Recorrente colaciona jurisprudência no sentido de que, ao firmar o contrato com o consumidor, a cooperativa pode excluir certos riscos, de acordo com o plano de cobertura solicitado pelo contratante, regras estas submetidas ao princípio da autonomia da vontade.

A Apelante nega, ainda, a ocorrência do dano moral pleiteado, seja pela ausência de prova, seja pela inexistência de nexo causal entre a negativa da autorização para o procedimento cirúrgico e a frustração pela demora, afirmando, por fim, que a responsabilização civil do médico perpassa pela aferição da culpa.

O Recorrido apelou adesivamente, requerendo a elevação da quantia fixada a título de danos morais, ao argumento de que referida indenização deve satisfazer quem recebe e punir o agente causador do dano.

Processado o apelo, subiram os autos. Após, abriu-se vista ao *Parquet* para manifestação pertinente.

É o breve relato. Passa-se a considerar.

De início, constata-se a presença dos pressupostos de admissibilidade da Apelação principal e do Recurso Adesivo, nos moldes dos artigos 500, 508, 511 e 514, todos do CPC, não havendo óbice para que sejam conhecidos pelo Juízo *ad quem*.

Quanto ao *meritum causae*, vê-se que a Apelante, Unimed Manaus, insurge-se contra a decisão confirmativa da tutela antecipada que determinou a realização da cirurgia bariátrica, pelo método *By-pass* Gástrico por videolaparoscopia.

Como será ulteriormente especificado, o apelo constante do recurso principal não merece prosperar, na medida em que desprovido de fundamento legal doutrinário e jurisprudencial.

Na espécie, CCC, à época dos fatos portador de obesidade mórbida, no grau 3 (três), solicitou autorização para realizar o tratamento indicado pelo médico, a saber, cirurgia bariátrica, pelo método *By-pass* Gástrico por videolaparoscopia.

A Apelante não autorizou o tratamento indicado, ao argumento de que o Conselho Técnico e de Especialidades não recomendava a incorporação da cirurgia bariátrica pela via laparoscópica, tratando-se de obesidade mórbida.

No entanto, muito embora o aludido Parecer, constante dos autos, não recomende o método solicitado pelo Apelado, neste mesmo documento, cuja conclusão não é vinculativa, os especialistas arremataram que, aprioristicamente, ambas as técnicas da cirurgia bariátrica, barriga aberta e *By-pass* Gástrico, apresentam vantagens e desvantagens.

Para melhor esclarecimento, é válido reproduzir esta fração do Parecer emitido pelo Conselho Técnico de Especialidades. *Ipsi literis*:

A cirurgia de *By-pass* gástrico com Y de Roux é considerada o padrão ouro para as cirurgias bariátricas, tanto por via aberta quanto laparoscópica.

Tanto uma técnica quanto outra apresentam vantagens e desvantagens do ponto de vista clínico. É difícil avaliar no geral, que tipo de complicação deve ser evitada, preferencialmente.

O custo da cirurgia laparoscópica é muito superior (cerca de 8 vezes mais) que a cirurgia aberta.

Não encontramos benefícios evidentes que justifiquem assumir esse custo mais elevado.

O CTE não recomenda a incorporação da via laparoscópica para a cirurgia de obesidade mórbida. (fl. 165).

Da análise desse trecho do Parecer, observa-se que, ao contrário do que afirma a Apelante, não foi pelos riscos que a técnica pode apresentar ao paciente que a equipe multidisciplinar da própria BBB deixou de recomendar a técnica *By-pass* Gástrico, na medida em que os dois métodos utilizados no procedimento cirúrgico apresentam benefícios e prejuízos. A inviabilidade está relacionada mesmo é com o alto custo proporcionado pelo procedimento indicado para o Apelado.

Dessa maneira, sob pena de incorrer em ilegalidade, a escolha do melhor tratamento não poderia (e não pode) ficar a critério da Apelante, por duas razões fundamentais: a primeira ligada à independência profissional do médico e a segunda relacionada à especificidade do tratamento que deve ser dado a cada paciente.

Ora, se fosse admitido que o plano de saúde indicasse qual o tratamento a ser dispensado a cada paciente, não se poderia falar em liberdade de atuação, inerente ao exercício profissional. Além disso, caso se admitisse referida interferência, não seria necessário que a pessoa acometida de qualquer patologia procurasse um médico. Bastaria dirigir-se diretamente ao plano de saúde contratado. Também seria dispensável a formação médica, sendo suficiente a criação de máquinas aptas a executar todas as ordens.

Afora isso, também é inaceitável que determinada técnica cirúrgica seja indicada sem levar em consideração as características do próprio paciente, as quais só podem ser aferidas por quem apreciou os exames médicos e laboratoriais, de maneira que não se pode chegar a outra ilação, senão a de que incumbe exclusivamente ao médico prescrever o tratamento. Qualquer cláusula contratual em sentido contrário a isso estaria eivada de vício insanável.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de que, efetivamente, ao profissional da medicina cabe indicar o tratamento considerado mais adequado; ao plano de saúde compete a decisão sobre a cobertura ou não da doença. Estabeleceu-se este entendimento no Resp 668216/SP. *In verbis*:

Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva. 1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo

simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 668216/SP; T3; Rel. Min. Menezes Direito; Data do Julgamento: 15/03/2007; Data da Publicação/Fonte: DJ 02/04/2007 p. 265; RDR vol. 38 p. 291; RNDJ vol. 91 p. 85).

Além de ilegal, chega a ser imoral a decisão administrativa que veda/proíbe/não autoriza determinada intervenção cirúrgica por ser dispendiosa. O consumidor, parte vulnerável na relação de consumo, não pode sujeitar-se à lógica lucrativa do fornecedor do serviço, cabendo ao Judiciário assegurar-lhe os direitos e reprimir as lesões já praticadas.

Quanto à assertiva de que não estavam presentes os pressupostos para a antecipação da tutela, cabe pontuar ser esta matéria já preclusa. Este momento é inoportuno para discutir a legalidade da decisão que concedeu a tutela antecipatória. O agravo era o instrumento processual de que dispunha para contestá-la, não o fazendo, é defeso trazer o assunto para rediscussão.

Igualmente, não se aplica ao caso a extensa e laboriosa argumentação no sentido de que a decisão judicial teria violado as regras da liberdade de contratar. Esta discussão não pode ser trazida para os presentes autos simplesmente porque em momento algum do processo foi questionada a cobertura do plano de saúde.

Assim, não estando em questão as cláusulas contratuais em si, relativas a cobertura do plano, não há falar em interferência nas regras contratuais.

Da mesma forma, deve ser julgado improcedente o pedido de exclusão do dano moral fixado. Aliás, esta lesão de ordem

extrapatrimonial emerge claramente dos fatos, tendo em vista que a recusa em autorizar o tratamento trouxe complicações de ordem física e psicológica.

Não é preciso passar por situação semelhante para saber o quão é frustrante contratar um serviço essencial, como é o caso da assistência à saúde, e dele não dispor no momento adequado, sobretudo tratando-se de um obeso, pessoa acometida de sofrimento físico e psicológico.

Muito além desse sofrimento psicológico, a conduta da Apelante contribuiu para o aumento de peso do Apelado e para a sua internação subsequente.

Sendo o dano moral classificado como *re in ipsa*, ou seja, aquele cuja presunção de sua ocorrência decorre da própria narrativa fática, desnecessária é a realização de perícia para sua constatação.

O aresto do Superior Tribunal de Justiça embasa esta assertiva. *in verbis*:

AGRAVO INTERNO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE ABERTURA DE CONTA-CORRENTE - LETRA DE CÂMBIO - PROTESTO - DANOS MORAIS - COMPROVAÇÃO DO DANO MORAL - *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - REEXAME DE PROVA - SÚMULA 7. I - É “nula a cláusula inserta em contrato de abertura de crédito que autoriza o credor a sacar letra de câmbio contra o devedor, com base em saldo apurado de forma unilateral na sua conta-corrente. Incidência da Súmula nº 60-STJ” (REsp 655034/SC, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 12.06.2006); II - Quanto ao dano moral, em si mesmo, não há falar em prova; o que se deve comprovar é o fato que gerou a dor, o sofrimento. Provado o fato, impõe-se a condenação, pois, nesses casos, em regra, considera-se o dano in re ipsa. III - Em âmbito de recurso especial não há campo para se revisar entendimento assentado em provas, conforme está sedimentado no enunciado 7 da Súmula desta Corte. IV - É possível a intervenção desta Corte para reduzir ou aumentar o valor indenizatório

por dano moral apenas nos casos em que o *quantum* arbitrado pelo acórdão recorrido se mostre irrisório ou exagerado, situação que não ocorreu no caso concreto. Agravo improvido. (STJ. AgRg no Ag 1062888 / SP. Rel. Min. Sidnei Beneti. Terceira Turma. Data de Julgamento: 18.09.2008. Data de Publicação: DJe 08.10.2008). (Sem destaque no original).

Deparando-se com situações similares a que ora se apresenta, os tribunais têm reconhecido que da vedação a determinado tratamento resulta dano moral.

Foi este o entendimento firmado do AgRg no Ag 797325 / SC, STJ. Veja-se:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA. AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA. LEGITIMIDADE. ESPÓLIO. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. *QUANTUM*. DISSÍDIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO E COMPROVAÇÃO. 1. “O espólio detém legitimidade para suceder o autor em ação de indenização por danos morais” (REsp 648.191/RS, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ 06.12.2004). 2. É possível a reparação moral quando, como no caso presente, os danos não decorrem de simples inadimplemento contratual, mas da própria situação de abalo psicológico em que se encontra o doente ao ter negada injustamente a cobertura do plano de saúde que contratou. 3. A análise dos motivos ensejadores da aplicação da multa por litigância de má-fé passa, necessariamente, no caso dos autos, pela interpretação de cláusulas contratuais e revolvimento de fatos e provas constantes dos autos, incidindo, pois, os vetos constantes das súmulas 05 e 07 desta Corte. Precedentes. 4. Malgrado a tese de dissídio jurisprudencial, há necessidade, diante das normas legais regentes da matéria (art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil c/c o art. 255, do RISTJ), de confronto, que não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, entre excertos do acórdão recorrido e trechos das decisões apontadas como dissidentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausente a

demonstração analítica do dissenso, há flagrante deficiência nas razões recursais, com incidência do verbete sumular nº 284/STF. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 797325/SC; T4; Rel. Min. Fernando Gonçalves; Data do Julgamento: 04/09/2008; Data da Publicação/Fonte: DJe 15/09/2008).

Importante mencionar, ainda, que a exigência mínima que se pode fazer a qualquer fornecedor, essencialmente àqueles que se dedicam a zelar pela saúde e vida humana, bem mais precioso, é que preste um serviço não apenas de qualidade, como também eficaz.

Se o serviço colocado à disposição do consumidor não apresenta essas características, cabe ao prejudicado recorrer ao Judiciário para pleitear a compensação ou reparação pelos danos decorrentes, até como forma de evitar novas violações aos direitos do consumidor.

Após a apreciação de todos os pontos da Apelação principal, passa-se para a análise do Recurso Adesivo, interposto com a finalidade de majorar a quantia fixada a título de danos morais.

No ponto, cabe consignar que, apesar de não existir parâmetro legal que estabeleça os critérios para a aferição do valor a ser pago a título de danos morais, o Magistrado, ao perseguir este desiderato, deve seguir alguns vetores, entre os quais se destacam o grau de reprovação da conduta lesiva, a capacidade econômica do ofensor e a proteção efetiva do direito.

Aplicando esses pressupostos às circunstâncias do caso em análise, admissível é o pedido de elevação do *quantum indenizatório*.

O grau de reprovação da conduta praticada pela Recorrente é inarredável, pois se o plano de saúde contratado cobre a doença do segurado, a Unimed não poderia recusar-se a autorizar o tratamento indicado pelo médico, ainda que mais dispendioso.

A compensação pelo dano moral sofrido também precisa atentar para seu caráter educativo, de maneira que o valor do

dano seja suficiente para desencorajar a reiteração da conduta ilícita.

Do mesmo modo, o *quantum* indenizatório deve representar uma defesa efetiva ao bem jurídico violado, na medida em que a proteção ineficiente de um direito pode ser comparada, quanto aos seus efeitos práticos, a própria impunidade. Em ambos, o agente infrator não se sente intimidado e o direito continuará sendo vilipendiado como se de proteção não dispusesse.

O Judiciário tem participação decisiva nessa questão, pois ao fixar uma indenização capaz de, ao mesmo tempo, compensar a vítima e punir o infrator, sem desprezar os demais elementos, no mínimo estará contribuindo para que os serviços postos à disposição do consumidor sejam prestados de forma eficiente.

Ao dissecar sobre o papel infligidor do dano moral, a doutrina é bastante enfática. Veja-se:

O quantum sancionatório a ser aplicado deve sobrelevar o dano moral aos demais existentes, de forma que obtenha uma valorização econômica suficiente a sobrestar a possibilidade de novos danos de igual natureza pelo agente ofensor e por outros, o que poderia, por falta de melhor parâmetro, amparar-se no potencial econômico deste. A importância obtida com a sanção aplicada ao infrator reverter-se-ia ao lesionado, mas não com o sentido de compensar ou atenuar a dor, e sim, como satisfação da promoção da justiça, onde o ofensor foi punido economicamente pelo dano cometido, servindo de exemplo para os demais membros da ordem social, e quando muito, saciando a vingança, inerente ao homem em tais casos¹

Sem embargos dessas considerações, para a efetividade dos direitos fundamentais, considerando que o dano moral viola direitos da personalidade, a quantia indenizatória não pode ser irrisória, insignificante, pois ao invés de punir o infrator, estará incentivando a reiteração da conduta.

1

AUGUSTIN, Sérgio (Coord.). Dano Moral e sua Quantificação. 3 ed. Caxias do Sul: Plenum, 2005. p. 27.

O Min. Luiz Fux, em brilhante voto proferido no Resp. 598.281/MG, destaca que, nas ações de dano moral, o juiz deve combater a lógica economicista das empresas, segundo a qual é mais rentável deixar que o prejuízo se realize do que preveni-lo.

Ipsi literis:

(...) Consolidada a tese ressarcitória, revaloriza-se progressivamente a possibilidade de utilizar a indenização como pena, recorrendo-se à tese anglo-saxônica do dano punitivo. “Na reparação por danos morais, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória é a pena”. O que nos interessa pôr em relevo é que essa teoria aponta, basicamente, para a destruição da razão econômica, que permitiu que o dano se ocasionara. Era mais rentável deixar que o prejuízo se realizasse que preveni-lo; o dano punitivo arruína esse negócio e permite a prevenção. Na concepção punitiva, não se reclama dinheiro como preço nem como reparação, mas como satisfação exigida do culpado, a vindicta, a pena. O dano moral é uma sanção por algo imoral.” (STJ; T1; RESp. 598281/MG; Rel. Min. Luiz Fux (1222); Data do julgamento: 02/05/2006; DJ 01.06.2006. p. 147).

O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha, majorou a quantia fixada a título de danos morais, em situação semelhante, por entender que o *quantum* estipulado pelo Tribunal *a quo* era irrisório.

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. INCIDÊNCIA DO CDC. PRÓTESE NECESSÁRIA À CIRURGIA DE ANGIOPLASTIA. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE “STENTS” DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS. - Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos

da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. - A quantia de R\$5.000,00, considerando os contornos específicos do litígio, em que se discute a ilegalidade da recusa de cobrir o valor de “stents” utilizados em angioplastia, não compensam de forma adequada os danos morais. Condenação majorada. Recurso especial não conhecido e recurso especial adesivo conhecido e provido. (986947/RN; T3; Rel. Ministra Nancy Andrigui (1118); Data do Julgamento: 11/03/2008; Data da Publicação/Fonte: Dje 26/03/2008).

No voto desse mesmo Recurso Especial a eminente Relatora cita diversos precedentes nos quais a Corte reconheceu o direito ao ressarcimento por danos morais advindos de injusta recusa a autorizar intervenções cirúrgicas indicadas pelo profissional da medicina.

Por todas as razões expostas, este Graduado Órgão Ministerial manifesta-se pelo conhecimento de ambos os recursos, pelo improvimento da Apelação principal e pelo provimento do apelo adesivo, para elevar o valor da indenização por danos morais.

É o parecer.

Manaus, 24 de abril de 2009.

MARIA JOSÉ DA SILVA NARAZÉ

Procuradora de Justiça

Parecer em Apelação – Rescisão contratual em indenização decorrente de atraso na entrega de imóvel

PROCESSO Nº AAA

APELAÇÃO CÍVEL

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

APELANTE: BBB

APELADO: CCC

DESEMBARGADOR-RELATOR: DDD

Parecer nº EEE

Egrégia Câmara,
Eminente Desembargador-Relator,

Cuida-se de Apelação Cível (fls. 212-219), interposta pela BBB, nos autos da Ação de Rescisão de Contrato de Compra e Venda de Imóvel, cumulada com pedido de Devolução Integral das Parcelas Pagas, Indenização de Danos Emergentes e Lucros Cessantes em face de CCC, irresignada com a Sentença de fls. 201-209, prolatada pelo Juízo da 13ª Vara Cível, que, com fulcro nos artigos 389, 402 e 475, do CPC, julgou totalmente procedente o pedido formulado na inicial.

A empresa Apelante requer, preliminarmente, o conhecimento de agravo retido e, por via oblíqua, a decretação de nulidade do processo. No que tange ao mérito, afirma não haver nexos de causalidade entre a conduta da Apelante e os prejuízos suportados pela Apelada; entende não ser cabível o pagamento da condenação em R\$ 127.000,00 e em lucros cessantes.

Com base em tais argumentos, vem, ao final, requerer o conhecimento do Agravo Retido, para anular o processo a partir do deferimento da juntada dos documentos de fls. 107-186. Alternativamente, requer o provimento da apelação para julgar improcedentes os pedidos formulados na exordial, ou que

seja reduzida a condenação para R\$ 27.236,25 (vinte e sete mil, duzentos e trinta e seis reais e vinte e cinco centavos).

A Recorrida apresentou contrarrazões pugnando pela manutenção integral da sentença prolatada pelo Juízo *a quo*.

Processado o apelo, subiram os autos. Após, abriu-se vista ao Ministério Público para manifestação pertinente.

É o relatório. Passe-se a considerar.

De início, constata-se a presença dos requisitos de admissibilidade do recurso em apreço, em conformidade com os artigos 508, 511 e 514, todos do CPC, não havendo óbice para seu conhecimento pelo Juízo *ad quem*.

Preliminarmente, verifica-se que foi interposto Agravo Retido, na audiência de instrução e julgamento, contra a decisão que admitiu a juntada de documentos, pela Autora, ora Apelada, comprobatórios de seu adimplemento contratual.

A este respeito, para melhor analisar o mérito do agravo retido, concernente à violação direta aos artigos 396 e 397 do Código de Processo Civil, é válido transcrever os dispositivos tidos por violados, *ipsis litteris*:

Art. 396. Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.

Art. 397. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

Da leitura dos dispositivos legais em alusão extrai-se que as partes processuais, seja autor ou réu, devem instruir, desde logo, suas respectivas manifestações com os documentos aptos a amparar as teses levantadas.

No caso em testilha, a Autora/Apelada juntou os documentos necessários à propositura da ação ajuizada, a saber, prova da celebração de promessa de compra e venda, bem como do inadimplemento contratual, conquanto constar na cláusula

10.0 que a unidade objeto da avença deveria ser sido entregue até dezembro de 1998.

Os documentos juntados na audiência de instrução e julgamento apenas dão conta de que a Apelada, efetivamente, havia efetuado o pagamento de todas as parcelas do imóvel objeto da lide.

Em comentário sobre a matéria, Marcelo Abelha Rodrigues¹ chega à conclusão de que é possível juntar documentos fora das hipóteses descritas nos artigos 396 e 397 (propositura e contestação da ação). Veja-se:

(...) pela determinação do próprio art. 397 do CPC, ao dizer que “é lícito às partes, em qualquer tempo, juntar documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos”. Outra pergunta surge diante da regra do art. 283, que exige que a petição inicial seja instruída apenas com documentos indispensáveis à sua propositura. E os documentos não indispensáveis àquele fim, ou seja, aqueles que não representam pressuposto do exercício do direito de ação, mas que são necessários para provar fatos articulados na inicial, poderiam ser juntados a posteriori? Parece-nos que a resposta também é positiva nesta hipótese, já que, do contrário, o rigor da vedação seria oposto do consignado no próprio art. 283 do CPC. (...) havendo juntada depois do momento citado, em respeito ao princípio do contraditório, o CPC prescreveu o art. 398 que sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz, ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 05 dias.

Nota-se, portanto, que a doutrina entende que somente os documentos tidos como indispensáveis, porque pressupostos da ação, é que devem acompanhar a inicial e a defesa. A juntada dos demais pode ocorrer em outras fases, até mesmo em via

¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. Teoria Geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica. 4. ed. refor. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.425.

recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes o espírito de ocultação premeditada e surpresa do juízo.

Veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JUNTADA DE DOCUMENTO COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 397 DO CPC. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte tem admitido a juntada de documentos que não os produzidos após a inicial e a contestação, em outras fases do processo, até mesmo na via recursal, desde que respeitado o contraditório e ausente a má-fé.

2. Não é absoluta a exigência de juntar documentos na inicial ou na contestação. A juntada de documentos em sede de apelação é possível, tendo a outra parte a oportunidade de sobre eles manifestar-se em contra-razões. O art. 397 do CPC assim dispõe: 'É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.'

3. Recurso especial desprovido. (STJ - 1ª T., REsp nº 780.396/PB, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 19 nov. 2007, p. 188).

Este também é o posicionamento de outros Tribunais pátrios:

PROVA - DOCUMENTO - JUNTADA EM QUALQUER FASE DO PROCESSO - CARÁTER ESSENCIAL E OCULTAÇÃO PREMEDITADA - AUSÊNCIA - ADMISSIBILIDADE - EXEGESE DOS ARTIGOS 396 E 397, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A regra do artigo 396 do Código de Processo Civil não é absoluta, pois tem-se admitido a juntada de documentos novos em qualquer fase do processo, até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo. (2º TAC/SP. 11ª C., Ap. c/ Rev. Nº 669.444-00/5, Rel. Juiz Mendes Gomes, julg. 21 jun.2004).

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - LANÇAMENTO ADITIVO DE IPTU - ALÍQUOTA DE IMÓVEL NÃO-CONSTRUÍDO - JUNTADA DE DOCUMENTO NOVO: POSSIBILIDADE
1- É possível apresentar documento em fase recursal, mormente quando a outra parte age de má-fé, afirmando inverdades. O STJ no REsp/Rs, julgado 14/10/2002, o admite.
2- É muito formalismo exigir da parte que apresente prova da construção do imóvel em determinado lote, quando quem afirma que não está construído deveria ter juntado prova suficiente de sua inexistência.
2.1-Não se pode confundir construção com “habite-se” com moradia no sentido popular. Para comprovar ocupação de imóvel, basta esta última.
3- Em matéria tributária, o excesso ou a multa devem ser efetivamente comprovados pela administração sob pena de se castigar o que está escorreito somente pela inércia do interessado. Quem coloca imposto a maior deve fazer prova plena do ato ou fato e não trabalhar com firulas processuais do que não foi contestado está afirmado. (TJ/DF – 2ª T. Cív., Ap. Cív. nº 20000110610373, Rel. Des. Sérgio Rocha, Rel. Desig. do Proc. João Mariosa, DJ 12.05.2004, p. 37)

APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO POSTERIORMENTE À PROPOSITURA DA AÇÃO. Uma vez obedecidos os princípios da lealdade processual e da estabilização da lide, a jurisprudência tem admitido a juntada de documentos sem as restrições do CPC 396 e 397 (2º TACivSP, Ag 288748, rel. Juiz Batista Lopes, j. 26.08.1991, BolAASP 1737, supl., p.5).

Conclui-se, destarte, que a juntada de documentos deferida pelo Juízo *a quo*, por não enquadrar-se no rol dos essenciais à propositura da demanda, não enseja na nulidade do processo, como pretende a empresa Apelante.

Nesta mesma esteira, cita-se, ainda, a Revista de Processo, periódico da Revista dos Tribunais:

JUNTADA APÓS ABERTURA DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. Não se anula o processo pelo fato de haverem juntos aos autos após aberta a audiência e julgamento. A juntada de documentos pode se operar a qualquer tempo, “quando forem destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois de articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos”. (RP 6/309).

No que concerne ao mérito do recurso de Apelação, não se pode acolher a tese de que a obra não foi entregue na data agendada por fato de terceiro, eis que questões relativas ao não licenciamento ou ao embargo da obra são riscos assumidos pela própria empresa, não podendo ser suportados pelo consumidor.

Ademais, se o embargo foi provocado por fato de terceiro, caberia à própria empresa prejudicada adotar as medidas legais viabilizadoras do prosseguimento da obra, como sugeriu o Laudo elaborado em 07 de junho de 1999, pela Prefeitura de Manaus. Caso isso não fosse possível, restava-lhe, ainda, requerer o ressarcimento pelos prejuízos suportados.

O inadmissível é que, tendo deixado de adotar uma dessas medidas, a Empresa apelante torne-se isenta de sua responsabilidade de entregar a obra e deixe de restituir o valor pago pela Apelada, considerando, sobretudo, que, quando proposta a presente ação, a obra já estava com mais de 07 (sete) anos de atraso.

A cláusula 9.2 do contrato em comento afirma que rescindido o contrato por inadimplemento do pagamento de qualquer das prestações ou por descumprimento de qualquer das cláusulas ou condições do contrato, ou ainda, no caso de desistência da aquisição já firmada, o promitente comprador fará jus ao eventual saldo existente em seu favor. Ou seja, a própria Apelante descumpriu as cláusulas e condições do contrato, quando não entregou o imóvel no prazo combinado, a saber, no mês de dezembro de 1998. Como a Apelada pagou integralmente o valor do imóvel e não recebeu o bem, não há

dúvidas quanto à necessidade de restituí-la o valor dispendido.

No caso em análise, a Apelada, imaginando que ao pagar todas as notas promissórias possuiria o bem, não deve arcar com o ônus decorrente da não conclusão das obras. Como a Apelante não cumpriu o disposto em contrato, deve restituir o valor pago pela Apelada.

No recurso, a Apelante ainda alega irregularidades constantes nas notas promissórias, como a falsificação de assinatura e de recibo. Ocorre que, ao alegar tais fatos, deveria produzir contraprova, através de instrumento próprio, o incidente de falsidade (art. 390, CPC), sendo este o meio adequado para aprofundar-se na questão e desconstituir a validade da prova documentada nos autos.

Verifica-se, destarte, que foi dado à empresa Apelante a oportunidade de se manifestar após a juntada dos documentos, bem como fazer contraprova. Todavia, houve apenas a alegação de teses, sem prova alguma.

É nítido que houve um lapso temporal considerável entre a data de entrega disposta em contrato e a data que a autora ajuizou a ação. A autora não só deixou de receber o imóvel já quitado integralmente na provável data de entrega, como também deixou de auferir lucros com o aluguel do imóvel.

Portanto, cabem os lucros cessantes, conforme entendimento já pacificado no STJ:

PROCESSUAL. ACÓRDÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. INTERPOSIÇÃO. AGRAVO INTERNO. APRECIÇÃO. COLEGIADO. PREJUÍZO. AUSÊNCIA. CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. QUITAÇÃO PARCIAL. PROPORCIONALIDADE. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. INEXISTÊNCIA.

I - A competência para julgar embargos de declaração opostos a acórdão é do colegiado que o proferiu. Contudo, se, por meio do agravo interno, a impugnação acabou sendo apreciada pelo órgão competente, não ocorre prejuízo à parte, razão pela qual não se declara

a existência de nulidade. Precedentes. II - A argüição de afronta ao artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, deve indicar os pontos considerados omissos e contraditórios, não sendo suficiente a alegação genérica, sob pena de aplicação do enunciado 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. III - Conforme entendimento desta Corte, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes. Nesse caso, há presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável. Não há falar, pois, em enriquecimento sem causa. Recurso não conhecido, com ressalva quanto à terminologia.(REsp 808446 / RJ.RECURSO ESPECIAL.2005/0216327-0/Ministro CASTRO FILHO/T3 - TERCEIRA TURMA/Data do julgamento: 15/09/2005/Publicação: DJ 10/10/2005 p. 365)

Destarte, não há que se falar em enriquecimento sem causa, visto que o atraso na entrega do imóvel impossibilitou a Apelada de usar e alugar o bem. Diante deste fato, verifica-se que a Apelada faz jus ao valor de 1% sobre o valor do bem, a título de lucros cessantes, como bem entendeu o Juízo *a quo*, valor este que deve incidir desde a data que deveria ser entregue o imóvel, até a restituição *in totum* do valor pela Apelada.

Ante o exposto, este Graduado Órgão Ministerial manifesta-se pelo conhecimento do presente recurso e, no mérito, pelo seu improvimento, para que seja mantida a decisão questionada em todos os seus termos.

É o parecer.

Manaus, 14 de setembro de 2009.

MARIA JOSÉ DA SILVA NAZARÉ

Procuradora de Justiça

Possibilidade de restituição de dinheiro na falência

Processo nº AAA

Falência : BBB

Parecer nº CCC

Ementa: Falência. Pedido de restituição de valores descontados pela empresa dos seus empregados, a título de imposto de renda, e não repassados aos cofres da União. Ausência de previsão legal autorizando a restituição. Não aplicação da Súmula 417 do STF. Impossibilidade de uso de analogia por se tratar de norma de privilégio, de exceção. Autuação em separado.

Senhor Juiz:

Vieram os autos com vistas ao Ministério Público para manifestação no processo falimentar da BBB no tocante a requerimento de restituição de R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais) efetuado pela Fazenda Nacional.

A Fazenda Nacional fundamentou seu pedido no disposto no artigo 76 do DL 7.661/45 e na Súmula 417 do Supremo Tribunal Federal, instruindo com os documentos de fls. 23.615 a 24.878 - Certidões de Inscrição na Dívida Ativa.

É, resumidamente, o relatório.

Dos Fatos

A Fazenda Nacional tem, em especial, a partir de 2003, nos vários pontos do país, ingressado em juízo com o objetivo de obter a restituição de valores descontados pelas empresas e não recolhidos para os cofres públicos, a títulos de imposto de renda e contribuições devidas por seus empregados.

Busca a Fazenda Nacional amparar o seu pedido na Súmula 417 do STF e no artigo 76 do Decreto-Lei n. 7661/45, a antiga lei de quebra, diploma legal que rege o presente processo falimentar.

Para manifestar-se no pedido o Ministério Público, inicialmente, examinará a restituição e sua natureza jurídica.

História da Formação do Instituto da Restituição

O pedido de restituição, que pode ser chamado de ação de restituição, remonta ao Código Comercial de 1850.

O direito patrimonial é sempre real ou obrigacional, e direito obrigacional é sinônimo de direito de crédito. Portanto, ou se está diante de direitos obrigacionais, ou se está diante de direitos reais, em outras palavras: ou se é credor ou proprietário.

Esta é a questão fulcral, pois tratando-se de coisas fungíveis não se pode invocar proteção possessória ou reipersecutória em negócios de depósito, como pretende a Fazenda Nacional, ao atribuir ao falido a condição de depositário infiel a fim de reivindicar ou obter a restituição de numerários descontados da remuneração dos empregados.

Veja-se, as coisas fungíveis, não tendo individualidade própria não poderão ser reivindicadas, pois o pedido de restituição objetiva a restituição do objeto *in natura* ao seu dono ou proprietário.

O depósito de coisas fungíveis – chamado depósito irregular – já estabelecia o Código Civil de 1916 (artigo 1280) e assim continua a ser pelo disposto no novo Código Civil (artigo 645) – regula-se pelo disposto acerca do mútuo, no qual o depositário se obriga a devolver não o bem depositado, mais sim outro objeto do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Não há sequela, pois sendo a coisa fungível, impossível é determinar exatamente qual o bem pertencente ao depositante

ou mutuário. O direito à devolução do bem emprestado ou entregue em depósito passa a ser um direito de crédito, de devolução de coisa do mesmo gênero, perdendo o vínculo real que caracteriza o direito de propriedade.

As várias leis de falência, ao longo do tempo, foram desvirtuando o instituto e, finalmente, a partir de 1945, com a edição da Lei de Falências (DL 7.661/45), o legislador contrariou todas as bases do instituto. Este diploma legal, à exceção da hipótese de venda a crédito de coisa entregue ao falido nos quinze dias anteriores à quebra, não mais discriminou as situações especiais de cabimento da restituição, abandonando o tradicional sistema de exaurir as circunstâncias de reivindicação para as pretensões de direito pessoal.

A restituição, na forma prevista na lei de falência aplicável ao fato, fundamenta seu pedido nas seguintes situações:

- a) contratos com garantia real que deveriam ser cumpridos pelo falido;
- b) contratos de arrendamento, como os de *leasing*;
- c) contratos de compra e venda de mercadoria a prazo, com a entrega da mercadoria ao falido nos quinze dias anteriores ao requerimento da falência, se ainda não alienadas pela massa.

Portanto, estas são as situações específicas que norteiam o pedido de restituição.

Do Artigo 76 do Decreto-Lei 7.661/45 - Direito Real - Contrato - Definição

Artigo 76- Pode ser pedida a restituição de coisa arrecadada em poder do falido quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato.

O que mais caracteriza o direito real é o *jus in re* ou poder do titular sobre a coisa. O mestre Orozimbo Nonato afirmou que o “*traço conspícuo do direito real é a senhoria direta*”. No relatório do Projeto de Código Civil Alemão, lê-se que a “*essência do direito real reside no poder imediato da pessoa sobre a coisa*”. Significa que, no direito real, o titular se acha vinculado diretamente à coisa, podendo exercer imediatamente o seu direito real sem dependência da prestação de outra pessoa. É por isso uma relação atual e indubitosa e uma situação tranquila para o titular, que já domina a coisa e pode exclamar: *tenho jus in re!*

Outro caráter típico do direito real é o poder absoluto do titular sobre a coisa, porque se exerce *erga omnes* ou contra toda a coletividade que deve se abster de perturbar essa relação.

Tributos não podem ser classificados como direito real, o que não quer dizer que a massa não tenha que responder por eles, porém não se utilizando o interessado do instituto da restituição.

Contrato, por seu turno, é um negócio jurídico, por sempre depender de pelo menos duas emissões de vontade de pessoas diferentes.

É no acordo de vontades que devemos buscar o conceito de contrato, mas não em qualquer acordo e sim naquele conforme a Lei, com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.

Enfim, é todo acordo de vontades de fundo econômico realizado entre pessoas de direito privado que tem por objetivo a aquisição, o resguardo, a transferência, a conservação, a modificação ou a extinção de direitos, recebendo o amparo do ordenamento legal¹.

Tributos também não caracterizam contratos, de forma que a regra do artigo 76 do DL 7661/45 invocada pela Fazenda Nacional não os atinge.

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: contratos. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica (Grupo GEN), 2009. v. 3.

Da Súmula 417 do Supremo Tribunal Federal

O verbete da Súmula 417 do Supremo Tribunal Federal, invocado pela Procuradoria da Fazenda Nacional, apenas coloca o que é inquestionável, ou seja, possibilidade de restituição de dinheiro na falência, do qual não tivesse o falido disponibilidade.

No entanto, esta restituição em absoluto haverá de se dar fora das hipóteses legais expressamente previstas (as do artigo 76 do DL 7.661/45). A ação de restituição é uma ação real, reipersecutória, possessória ou petítória, conforme esteja em discussão o direito de propriedade ou o direito de posse. Como não é possível a sequela, reivindicação, tutela possessória etc., em depósitos de coisas fungíveis, muita discussão foi suscitada pelos dispositivos que permitem a restituição em dinheiro (nas hipóteses previstas em lei) em falência e concordatas. Foi esta a razão da edição da Súmula 417 do STF.

Vejam, o que o Supremo fez foi garantir a vigência daqueles dispositivos que previam a restituição de dinheiro, evitando o movimento do Judiciário Estadual no sentido de negar incidência da norma naquelas três hipóteses em que o legislador foi taxativo.

Aliás, a Súmula 417 não é o único verbete editado em matéria de restituição em dinheiro nas falências e concordatas. O tema é tão polêmico que tanto a Corte Maior como o STJ precisaram editar outros verbetes para restituição de numerário em espécie, como o Verbetes 495 (STF) e o 133 (STJ).

Mas todas estas situações esclarecidas pela Súmulas dos Tribunais Superiores não se afastam das hipótese legais estritas, que são hipóteses de exceção e que acima foram demonstradas.

Aliás, a nova legislação falimentar Lei 11.101, ao contrário do Decreto-Lei 7.661/45 estabelece que a restituição somente será efetuada após o pagamento dos créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses

anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador, e que serão pagos tão logo haja disponibilidade de caixa (artigo c/ artigo 151).

Para afastar qualquer dúvida deixa o MP claro que tem conhecimento de que a nova lei não é aplicada a este específico processo falimentar, porém o objetivo maior da lei falimentar persiste, ou seja, em uma execução coletiva o privilégio é dos credores trabalhistas.

Portanto, existe expressa determinação para que as restituições em dinheiro só sejam realizadas após o pagamento dos créditos trabalhistas.

Analogia com Privilégios e Leis Excepcionais

Basta ler os arestos sobre a matéria para verificar que os Tribunais estão sempre decidindo acerca da restituição de dinheiro rigorosamente dentro das hipóteses legais alinhadas supra, nunca alargando o instituto para cobrir circunstâncias meramente semelhantes, utilizando interpretação analógica.

O saudoso Carlos Maximiliano chamava atenção para a vedação do emprego da analogia quando se tratasse de privilégios, base da lei falimentar, dizia: “...em matéria de privilégios, bem como em se tratando de dispositivos que limitam a liberdade, ou restringem quaisquer outros direitos, não se admite o uso da analogia...”.

Ora, a restituição de dinheiro é privilégio máximo no direito concursal justamente porque tangencia o concurso creditício, obtendo do Juízo Falimentar a pronta e imediata entrega do numerário, porém fora da moeda da falência. Esta a razão pela qual a Fazenda Nacional insiste na restituição, em um superprivilégio, sem dúvida superior aos créditos trabalhistas e por acidentes do trabalho, o que não é possível em questões alimentícias, como são os direitos trabalhistas.

Síntese da Ordem de Preferência dos Créditos Não-Concursais que devem ser Atendidos Preliminarmente

Na fase de liquidação, quando houver oportunidade de se efetuar os pagamentos, o síndico deverá efetuar os pagamentos dividindo-os em três etapas.

Na etapa preliminar, deverá pagar os créditos não-concursais, na seguinte ordem:

- a) Crédito trabalhista, constituído de salário e da indenização devida;
- b) Crédito fiscal;
- c) Crédito da massa (encargos e dívida da mesma);
- d) Crédito de indenização por acidentes do trabalho.

Portanto, esta ordem deverá ser respeitada.

Das Regras Processuais para a Restituição - Ação de Restituição

O artigo 77 e parágrafos do DL 7.661/45 determina que a restituição deverá ser autuada em separado, pois é ação incidental e, inclusive, deverá o juiz designar audiência de instrução e julgamento, com a presença dos interessados e do Ministério Público.

Conclusão

Com base nos fundamentos acima, o Ministério Público se posiciona pela improcedência do pedido de restituição, pois:

- a) A restituição cabe nos casos específicos definidos no artigo 76 e parágrafos do DL 7.661/45, e tributos não se adequam

ao estabelecido legalmente, ou seja, não se caracterizam como direito real ou contrato;

b) A Súmula 417 também não se aplica ao caso concreto;

c) Deve ser aplicada a regra do artigo 77 do DL 7.661/45, ou seja, autuação em separado e designação de audiência já que oferecida contestação;

d) Habilitação dos valores e documentos apresentados como créditos fiscais a serem, cumprindo a ordem de preferência, colocados em favor da Fazenda Nacional.

Manaus, 10 de junho de 2010.

KATIA MARIA ARAUJO DE OLIVEIRA

Promotora de Justiça

Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta nº 030/2009

Aos vinte e nove dias do mês de maio do ano de dois mil e nove, na sede da Procuradoria-Geral de Justiça do Amazonas, onde se achavam presentes o Dr. **AGUINELO BALBI JÚNIOR**, Promotor de Justiça da 62ª Promotoria de Justiça Especializada na Proteção e Defesa da Ordem Urbanística, o **MUNICÍPIO DE MANAUS**, neste ato representado por seu Procurador-Geral em exercício, Dr. **FRANCISCO AUGUSTO MARTINS DA SILVA**, Dra. **MARIA HELENA ALVES OLIVEIRA**, titular da Secretaria Municipal de Finanças e Controle Interno, e o Dr. **ÁTILA ARAUJO BENJAMIN**, Subsecretário Municipal de Receita, visando o encerramento da ação civil pública nº **001.04.098867-9**, em curso perante a 2ª Vara da Fazenda Pública Municipal, e perfeita adequação ao ordenamento jurídico vigente, firmam o presente ***Compromisso de Ajustamento de Conduta***, com natureza de título executivo extrajudicial, na forma do § 6º, do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, nos termos seguintes:

CLÁUSULA PRIMEIRA

O **MUNICÍPIO DE MANAUS**, através da **Secretaria Municipal de Receita**, ou órgão ao qual seja atribuída a competência para concessão de licença para exercício de atividades, compromete-se a

I – no prazo máximo de quinze (15) dias, contados a partir da assinatura do presente termo, **proceder levantamento de todos os alvarás de funcionamento concedidos a casas de diversão**, assim entendidos os estabelecimentos fechados ou ao ar livre, com entrada paga ou não, destinados ao entretenimento, recreio ou prática de esportes, conforme definição legal constante

do artigo 91, caput e seu § 1º da Lei 674/02, integrante do Plano Diretor Urbano e Ambiental de Manaus, **efetuando notificação** acompanhada do Termo de Início de Ação Fiscal no qual será lavrado o Termo de Verificação de Funcionamento Irregular, **cancelando de ofício**, após cumpridos os procedimentos que garanta o contraditório e ampla defesa, todos aqueles nos quais o contribuinte não atenda, no prazo legal de vinte dias, às regras constantes no item III abaixo, com **imediata comunicação** ao responsável pelo estabelecimento;

II – a partir da comunicação ao responsável pelo estabelecimento do cancelamento de seu alvará de funcionamento, **adotar todas as medidas necessárias e suficientes ao impedimento do exercício de atividades** (interdição, lacre, imposição de multa, inscrição em dívida ativa e outros previstos legalmente) naqueles considerados irregulares perante o ordenamento jurídico em vigor, comunicando no prazo de 48 horas a 62ª Promotoria de Justiça Especializada na Proteção e Defesa da Ordem Urbanística para adoção das providências de sua alçada;

III – a partir da data de assinatura do presente ajustamento, sem prejuízo de outras condições previstas em lei, **somente conceder alvará de funcionamento a casas de diversão** após vistoria por parte do agente fiscalizador e mediante a exigência de apresentação dos documentos abaixo relacionados, cujas cópias deverão ser mantidas no estabelecimento para apresentação à fiscalização, sempre que solicitado:

1) Habite-se (art 34, parágrafo único da Lei 673/02);

2) Laudo de Vistoria Técnica assinado por profissional legalmente habilitado quanto às condições de segurança, higiene, comodidade, conforto e capacidade de lotação, bem como ao funcionamento normal das instalações, aparelhos e

motores, se for o caso (art. 95 da Lei 674/02);

3) Certificado de Inspeção Técnico-Sanitário e Laudo de Vistoria Sanitária, (arts. 43, 132 e 655 e segs. do Código Sanitário do Município de Manaus);

4) Licença Ambiental expedida pela SEMMA (art. 43 do Código Ambiental de Manaus);

5) Exigência de comprovação de aviso afixado em local visível e de fácil acesso, com informação destacada sobre a natureza do espetáculo ou diversão, a faixa etária especificada no certificado de classificação e a capacidade de lotação (art 93 da Lei 674/02 e Lei 484/99).

6) Exigência de apresentação anual de laudo de vistoria técnica, referente à segurança e estabilidade do edifício e das respectivas instalações, assinado por profissional legalmente habilitado, registrados no órgão responsável pela fiscalização do exercício profissional (art 97 da Lei 674/02)

IV - iniciar imediata e **efetiva fiscalização** em relação a estabelecimentos que estejam funcionando ou venham a funcionar no perímetro do município de Manaus, **adotando todas as medidas necessárias e suficientes ao impedimento do exercício de atividades** naqueles considerados clandestinos perante o ordenamento jurídico em vigor; após regular procedimento administrativo que garanta o contraditório e ampla defesa, comunicando no prazo de 48 horas a 62ª Promotoria de Justiça Especializada na Proteção e Defesa da Ordem Urbanística para adoção das providências de sua alçada;

CLÁUSULA SEGUNDA

O **MUNICÍPIO DE MANAUS**, através da **Secretaria Municipal de Finanças e Controle Interno**, ou órgão ao qual seja atribuída a competência para concessão de licença para exercício de atividades, compromete-se a

I – no prazo de 30 (trinta) dias, contados da assinatura do presente termo, **efetuar levantamento de todos os alvarás de funcionamento concedidos a estabelecimentos de casas noturnas no perímetro da UES Centro Antigo, efetuando notificação** acompanhada do Termo de Início de Ação Fiscal no qual será lavrado o Termo de Verificação de Funcionamento Irregular, **cancelando de ofício** todos aqueles nos quais o contribuinte não apresente no prazo legal de vinte dias o Habite-se do imóvel de acordo com o uso pretendido (Decreto nº 8383/06), com **imediate comunicação** ao responsável pelo estabelecimento;

II – a partir da comunicação ao responsável pelo estabelecimento do cancelamento de seu alvará de funcionamento, **adotar todas as medidas necessárias e suficientes ao impedimento do exercício de atividades** (interdição, lacre, imposição de multa, inscrição em dívida ativa e outros previstos legalmente) naqueles considerados irregulares perante o ordenamento jurídico em vigor, após regular procedimento administrativo que garanta o contraditório e a ampla defesa, comunicando no prazo de 48 horas a 62ª Promotoria de Justiça Especializada na Proteção e Defesa da Ordem Urbanística para adoção das providências de sua alçada;

III – a partir da data de assinatura do presente ajustamento, **abster-se de conceder alvará de funcionamento a estabelecimentos de serviços de alojamento temporário e casas noturnas no perímetro da UES Centro Antigo** sem que seja apresentado o Habite-se do imóvel de acordo com o uso pretendido (Decreto nº 8383/06), sem prejuízo dos demais requisitos legais; e

IV – iniciar imediata e **efetiva fiscalização** em relação a

estabelecimentos de serviços de alojamento temporário e casas noturnas que estejam funcionando ou venham a funcionar **no perímetro da UES Centro Antigo** de Manaus, **adotando todas as medidas necessárias e suficientes ao impedimento do exercício de atividades** (interdição, lacre, imposição de multa, inscrição em dívida ativa e outros previstos legalmente) naqueles considerados clandestinos perante o ordenamento jurídico em vigor, após regular procedimento administrativo que garanta o contraditório e ampla defesa, comunicando no prazo de 48 horas a 62ª Promotoria de Justiça Especializada na Proteção e Defesa da Ordem Urbanística para adoção das providências de sua alçada;

CLÁUSULA TERCEIRA

O **MUNICÍPIO DE MANAUS**, através da **Secretaria Municipal de Finanças e Controle Interno**, ou órgão ao qual seja atribuída a competência para concessão de licença para exercício de atividades compromete-se a, sem prejuízo de outros documentos que a lei exija, **somente efetuar a liberação da AIDDP** – Autorização para Imprimir/Confecionar e Homologar Documentos de Diversões Públicas mediante a apresentação dos seguintes documentos:

solicitação específica feita pelo promotor/realizador do evento, identificado mediante apresentação do contrato de promoção/realização original e fornecimento da respectiva cópia autenticada, com reconhecimento de firmas (Decreto 7007, art 35, I);

cópia autenticada do contrato de locação ou cessão do imóvel onde o evento será realizado, firmado em nome de seu promotor/realizador, quando o imóvel pertencer a terceiro (Decreto 7007, art 35, II);

Certidão Negativa de Débitos Mercantil, expedida pela Semef (Decreto 7007, art. 35, III);

alvará de licença de localização e de funcionamento específico para as atividades realizadas no respectivo imóvel (Decreto 7007, art. 35, § 3º);

alvará de licença do promotor de eventos para realização de atividades solicitadas (Decreto 7007, art. 35, § 4º);

comprovante da inscrição fiscal do imóvel onde será realizado o evento;

comprovação do recolhimento do ISSQN resultado do contrato celebrado com os artistas, modelos, atletas, manequins e/ou bandas envolvidos no evento (item 37.01, da Lista de Serviços, anexa à Lei 714/2004);

CLAUSULA QUARTA

I - O MUNICÍPIO DE MANAUS, através da **Secretaria Municipal de Finanças e Controle Interno**, ou órgão ao qual seja atribuída a competência para concessão de licença para exercício de atividades, compromete-se a iniciar imediata e **efetiva fiscalização** em relação a estabelecimentos que estejam funcionando ou venham a funcionar no perímetro do município de Manaus sem que tenham obtido da Prefeitura a liberação da AIDDP – Autorização para Imprimir/Confeccionar e Homologar Documentos de Diversões Públicas, **adotando todas as medidas necessárias e suficientes ao impedimento da irregularidade**, principalmente, em obediência ao artigo 29 do Decreto 4.237/98, o **encaminhamento aos órgãos policiais** para adoção das medidas em relação à ocorrência de crime contra a ordem tributária previsto na Lei Federal nº 8.137/90, comunicando no prazo de 48 horas a 62ª Promotoria de Justiça Especializada na Proteção e Defesa da Ordem Urbanística para adoção das providências de sua alçada.

II – No curso da fiscalização constante do item anterior, deverá o **MUNICÍPIO DE MANAUS** efetuar **obrigatória inscrição em dívida ativa** dos créditos provenientes de impostos, taxas, contribuição de melhoria e multas de qualquer natureza, decorrentes de infrações à legislação tributária, com prazo de pagamento fixado pela legislação ou por decisão proferida em processo regular de fiscalização, sujeitando-se à responsabilidade civil, penal e administrativa, sem prejuízo de indenização ao Município do valor dos créditos prescritos ou não lançados, a autoridade fiscal responsável pela prescrição ou decadência ocorrida sob sua responsabilidade, na forma da Lei Orgânica do Município, artigo 136 e parágrafo único do artigo 137, comunicando no prazo de 48 horas a 62ª Promotoria de Justiça Especializada na Proteção e Defesa da Ordem Urbanística para adoção das providências de sua alçada.

CLÁUSULA QUINTA

Os Ajustantes poderão, somente em conjunto e de comum acordo, firmar ajustamentos de conduta com estabelecimentos que demonstrem, documentalmente, estar buscando sua regularização e dependam de prazos razoáveis para satisfazer os requisitos legais exigidos no ordenamento jurídico em vigor, encaminhando-os à **Secretaria Municipal de Finanças e Controle Interno**, ou órgão ao qual seja atribuída a competência para concessão de licença para exercício de atividades.

CLÁUSULA SEXTA

Na hipótese de qualquer ação ou omissão injustificada praticada em desacordo ao presente ajustamento, o funcionário que deu causa será responsabilizado nas esferas administrativa, penal e civil, bem como por quaisquer prejuízos causados ao erário público.

Nada mais, lido e achado conforme, vai o presente termo assinado pelo Ministério Público, Procurador Geral do Município, Secretária Municipal de Finanças e Controle Interno e Subsecretário Municipal de Receita.

AGUINELO BALBI JÚNIOR

Promotor de Justiça

FRANCISCO AUGUSTO

MARTINS DA SILVA

Procurador-Geral do Município

MARIA HELENA ALVES

OLIVEIRA

Secretária Municipal
de Finanças e Controle
Interno

ÁTILA ARAUJO BENJAMIN

Subsecretário Municipal de
Receita