

**Mala Direta
Postal**

9912297003/2012-DR/MG
PGJ

///CORREIOS///

MPMG
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

Revista Jurídica De Jure

www.mpmg.mp.br/dejure

Ana Carolina Barbosa Amaral
Ana Carolina Motta Guatimosim
Carolina Costa Val Rodrigues
Emerson Garcia
Fernanda Almeida Lopes
Flávia Álvares Guimarães
Guilherme Castelhane Chagas
José Roberto Marques
Kathryn Hope Wisner
Lara de Paula Silva
Luciana Oliveira Bottosso Braga
Marco Aurélio Nogueira
Raphael Silva Rodrigues
Rianny Alves de Freitas
Simara Silva Rodrigues de Oliveira
Wagner Marteleto Filho
Warley Belo

jul. | dez. 2015

ISSN n.º : 1809-8487

vol. 14

25

Revista Jurídica De Jure

www.mp.mg.gov.br/dejure

Ana Carolina Barbosa Amaral
Ana Carolina Motta Guatimosim
Carolina Costa Val Rodrigues
Emerson Garcia
Fernanda Almeida Lopes
Flávia Álvares Guimarães
Guilherme Castelhane Chagas
José Roberto Marques
Kathryn Hope Wisner
Lara de Paula Silva
Luciana Oliveira Bottosso Braga
Marco Aurélio Nogueira
Raphael Silva Rodrigues
Riany Alves de Freitas
Simara Silva Rodrigues de Oliveira
Wagner Marteleto Filho
Warley Belo

jul. | dez. 2015 **25**
ISSN n.º : 1809-8487
vol. 14

jul. | dez.
2015

**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL**

Endereço/Address:
Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-916, Brasil
www.mpmg.mp.br/dejure
dejure@mpmg.mp.br
+55 (31)3330-8179

De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

v. 14, n.25 (jul./dez. 2015). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2015.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

Continuação de: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34
CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo, Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinariedade, Transdisciplinariedade / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights, Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

PEDE-SE PERMUTA
WE ASK FOR EXCHANGE
ON DEMANDE L'ÉCHANGE
MANN BITTET UM AUSTAUSCH
SI RIQUIERE LO SCAMBIO
PIDEJE CANJE

Linha Teórica:

A Revista De Jure foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista transdisciplinar e multidisciplinar, permitindo o acesso à informação em diversas áreas do Direito e de outras ciências. A revista destina-se aos operadores de Direito e sua linha teórica segue, principalmente, o pós-positivismo jurídico no que é denominado neoconstitucionalismo, valorizando a Constituição Federal de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Theoretical Profile:

The Journal De Jure was systematized according to a new philosophy pluralist, transdisciplinary and multidisciplinary, allowing the access to information in many areas of Law and of other Sciences. It is intended for law enforcement agents and its theoretical grounds mainly follow the legal post-positivism doctrine, with a special emphasis on the neoconstitutionalist approach. Neoconstitutionalism is a new theory to study, interpret and enforce the Constitution, aiming at overcoming barriers imposed to the lawful democratic states by the legal positivism, which blocks the constitutional project of transformation of the social reality.

The responsibility for the content of the articles is solely of their respective authors.

**REVISTA DE JURE – REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)**

Publicação semestral editada pela Diretoria de Produção Editorial, órgão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em circulação desde 1997.

**JOURNAL DE JURE – REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)**

De Jure is a technical-scientific journal that has been published twice a year by the Center of Professional Development of the Public Prosecution Service of the State of Minas Gerais since 1997.

FOCO

A De Jure tem como foco a publicação de trabalhos técnico-científicos no campo do Direito ou ciências afins, tendo como tema principal o estudo das áreas de atuação do Ministério Público.

FOCUS

De Jure focuses on the publication of technical and scientific works in the areas of law that interest the Public Prosecution Service and other correlate areas.

MISSÃO

Divulgar a produção intelectual sobre estudos de áreas pertinentes à atuação funcional ou áreas de interesse do Ministério Público, democratizando o conhecimento e valorizando pesquisas acadêmicas, avanços teóricos e empíricos na área do Direito.

MISSION

The mission of De Jure is to disseminate intellectual production concerning areas of interest to the Public Prosecution Service, allowing wide access to information, and valuing academic research, theoretical and empirical improvements.

OBJETIVOS

- Promover a produção intelectual sobre temas relacionados às áreas de atuação ou de interesse do Ministério Público;
- Disseminar os conhecimentos teórico, metodológico e empírico do Direito junto aos operadores do Direito e à comunidade acadêmica;
 - Estimular a reflexão sobre temas relacionados às áreas de atuação do Ministério Público e outras áreas correlatas;
- Contribuir para melhorias nos processos de gestão estratégica das organizações, decorrentes da identificação de tendências e transformações no ambiente.

OBJECTIVES OF THE JOURNAL

- Promote intellectual production on topics related to the areas of interest of the Public Prosecution Service;
- Disseminate theoretical, methodological and empirical knowledge on Law amongst legal practitioners and the academic community;
 - Stimulate discussion on topics related to the areas of interest to the Public Prosecution Service;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due to the identification of environmental trends and transformation.

PÚBLICO ALVO

A De Jure está voltada a um público de membros do Ministério Público, magistrados, juristas, operadores do Direito em geral, pesquisadores, professores, estudantes, tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor.

TARGET AUDIENCE

De Jure is intended for an audience of public prosecutors, judges, public defenders, lawyers, legal practitioners, scholars, researchers, professors, post-graduation and undergraduate students, upper-managers and decision-maker agents who work in the administration of public, private and third sector organizations.

COPYRIGHT

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

A Revista De Jure requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na homepage da Revista De Jure, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

COPYRIGHT

The responsibility for the content of material published is solely of their respective authors. Partial or total reproduction of works is allowed provided there is explicit citation of the source.

De Jure requires that authors renounce their authorship rights so that the articles and other materials are reproduced and published in printed version or at the homepage of Journal De Jure, for non-profit scientific and cultural purposes.

INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Senado Federal; Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais; Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). A Revista De Jure recebeu ainda a qualificação de periódicos da QUALIS – sistema nacional de avaliação do Ministério da Educação (MEC), utilizado para avaliar e classificar periódicos como meios de produção científica. A revista é distribuída por meio de permuta e doação.

INDEXATION AND DISTRIBUTION

De Jure can be found in the main libraries of the Brazilian national system (COMUT) and it is indexed at: RVBI – Brazilian Federal Senate; Virtual Library of the Public Prosecution Service of Minas Gerais; Brazilian Institute of Information on Science and Technology (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). De Jure was also qualified in the QUALIS system – the national system of the Brazilian Ministry of Education (MEC) to evaluate and classify journals as means of scientific production. De Jure is distributed by means of exchange or donation only.

DE JURE - REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Procurador de Justiça Carlos André Mariani Bittencourt

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Promotor de Justiça Jarbas Soares Júnior

COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins

ASSESSORA ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA (CEAF)

Promotora de Justiça Danielle de Guimarães Germano Arlé

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO

Tereza Cristina Santos Barreiro

EDITOR RESPONSÁVEL

Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins

CONSELHO EDITORIAL

Procurador de Justiça Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Procurador de Justiça Rogério Greco, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Rosângelo Rodrigues de Miranda, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Wagner Marteleto Filho, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Prof. Dr. Antônio Gidi (Houston University, Estados Unidos)

Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá, Espanha)

Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Prof. Dr. Eduardo Martinez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)

Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior no Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal)

Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)

Prof. Dr. Luis María Desimoni (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)

Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)

Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento, Itália)

Prof. Dr. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasil)

Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)

Profa. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)

Prof.ª. Ma. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
 Esp. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)
 Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Estado do Paraná, Brasil)
 Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
 Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Conselheiro do Conselho Nacional Ministério Público, Brasil)
 Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
 Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, Brasil)
 Prof. Me. José dos Santos Carvalho Filho (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
 Prof. Dr. José Roberto Marques (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
 Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
 Profa. Dra. Jussara S. A. Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
 Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)
 Prof. Me. Luciano José Alvarenga (Centro de Atualização em Direito - CAD, Universidade Gama Filho, Brasil)
 Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo, Brasil)
 Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
 Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
 Profa. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
 Profa. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)
 Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
 Profa. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
 Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
 Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
 Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)
 Prof. Dr. Robson Renault Godinho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
 Profa. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)
 Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)

EDITORACÃO

Helena Carvalho Moysés
 João Paulo de Carvalho Gavidia

REVISÃO

Fernanda Cunha Pinheiro da Silva
 Josane Fátima Barbosa
 Larissa Vasconcelos Avelar
 Renato Felipe de Oliveira Romano

CAPA

João Paulo de Carvalho Gavidia
 Rafael de Almeida Borges

PROJETO GRÁFICO

João Paulo de Carvalho Gavidia

DIAGRAMAÇÃO

Rafael de Almeida Borges

TRADUÇÃO

Alessandra de Souza Santos

DE JURE - JOURNAL OF THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE OF THE STATE OF MINAS GERAIS

ATTORNEY-GENERAL

Carlos André Mariani Bittencourt – Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais

DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Minas Gerais State Prosecutor Jarbas Soares Júnior

PEDAGOGICAL COORDINATOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Minas Gerais State Prosecutor Luciano Luz Badini Martins

SPECIAL ADVISOR OF THE ATTORNEY-GENERAL (CEAF)

Minas Gerais State Prosecutor Danielle de Guimarães Germano Arlé

SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Tereza Cristina Santos Barreiro

CHIEF EDITOR

Minas Gerais State Prosecutor Luciano Luz Badini Martins

EDITORIAL BOARD

Rodrigo Cançado Anaya Rojas, MA

(Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Rogério Greco, PhD

(Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Bergson Cardoso Guimarães, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto Valera, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Leonardo Barreto Moreira Alves, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Rosângelo Rodrigues de Miranda, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Wagner Marteleto Filho, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Antônio Gidi, PhD (Houston University, USA)

Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo, PhD (Universidad de Alcalá, Spain)

Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Prof. Eduardo Martínez Álvarez, PhD (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)

Prof. Giovanni Aldo Allegretto, PhD (Senior researcher – Center of Social Studies, Coimbra, Portugal)

Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidad de Huelva, Spain)

Prof. Luis María Desimoni, PhD (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)

Prof. Mário Frota, PhD (Portuguese Association of Consumer Law, Portugal)

Prof. Vittorio Manes, PhD (University of Salento, Italy)

Prof. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, PhD (Minister of Brazilian Superior Court, Brazil)

Prof. Aziz Tufti Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itaipua, Brazil)

Prof. Belinda Pereira da Cunha, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)

São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)

Distrito Federal e Territórios Prosecutor Dermeval Farias Gomes Filho, BA (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)
 Federal Prosecutor Elton Venturi, PhD (Procuradoria da República do Estado do Paraná, Brazil)
 Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
 Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Conselho Nacional Ministério Público, Brazil)
 Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
 Prof. José Aroudo Mota, PhD (Institute of Economic Applied Research, Brazil)
 Rio de Janeiro State Prosecutor José dos Santos Carvalho Filho, MA (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
 São Paulo State Prosecutor José Roberto Marques, PhD (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)
 Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Vice Attorney-General, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
 Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
 Prof. Leonardo Silva Nunes, PhD (Universidade Federal de Ouro Preto, Brazil)
 Prof. Luciano José Alvarenga, MA (Centro de Atualização em Direito – CAD, Universidade Gama Filho, Brazil)
 Prof. Luiz Flávio Gomes, PhD (Coordinator of the LFG Co. – São Paulo, Brazil)
 Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
 Prof. Maria Creusa de Araújo Borges, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)
 Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
 Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, Brazil)
 Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)
 Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
 Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
 Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
 Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
 Rio de Janeiro State Prosecutor Robson Renault Godinho, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
 Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
 Prof. Rosemiro Pereira Leal, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)

EDITING

Helena Carvalho Moysés
 João Paulo de Carvalho Gavidia

PROOF READING

Fernanda Cunha Pinheiro da Silva
 Josane Fátima Barbosa
 Larissa Vasconcelos Avelar
 Renato Felipe de Oliveira Romano

COVER

João Paulo de Carvalho Gavidia
 Rafael de Almeida Borges

GRAPHIC PROJECT

João Paulo de Carvalho Gavidia

LAYOUT

Rafael de Almeida Borges

TRANSLATION

Alessandra de Souza Santos

PREFÁCIO

Com alegria, comunicamos aos nossos leitores que a Revista De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – chega à sua 25ª edição. Novamente trazemos à discussão questões jurídicas da atualidade, analisadas sob um olhar multidisciplinar dada a necessidade de se cuidar dos temas afetos ao Direito sempre os relacionando a outras áreas do conhecimento. A De Jure publica ensaios e artigos, além de comentários à jurisprudência brasileira. Estes últimos são textos de opinião, fundamentados, a respeito de jurisprudência recente dos tribunais pátrios.

Nesta edição, apresentamos dois ensaios na seção de Doutrina Internacional: o primeiro, em inglês, é um trabalho realizado pela autora Kathryn Hope Wisner, da Syracuse University, sobre o problema da educação dos menores encarcerados nos Estados Unidos. O segundo é um estudo do promotor de Jus-

tiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Wagner Marteleto Filho, no qual aborda a legitimidade de se manter o sistema penal fundado na ideia de culpa.

O êxito das nossas publicações se deve, indubitavelmente, à participação de todos aqueles que nos remetem seus textos para serem publicados na De Jure. Assim, reafirmamos o convite aos autores interessados em enviar seus artigos doutrinários e comentários à jurisprudência, lembrando que o cadastro dos trabalhos e a sua submissão à avaliação do Conselho Editorial são realizados exclusivamente pelo site da revista: <www.mpmg.mp.br/dejure>.

Boa leitura!

JARBAS SOARES JÚNIOR
Procurador de Justiça
Diretor do Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional
do Ministério Público do Estado
de Minas Gerais

APRESENTAÇÃO

Caros leitores da Revista De Jure,

Apresentamos a vocês nossa edição n. 25. Com o constante objetivo de atingir a excelência e ampliar o reconhecimento da De Jure no cenário acadêmico, estamos empenhando esforços para melhorar a estrato em que a revista está classificada no Qualis da Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior).

Esclarecemos que o Qualis é o conjunto de procedimentos adotado pela Capes para estratificar/classificar a produção intelectual do país. Por meio de critérios previamente fixados, o Qualis afere anualmente a qualidade dos artigos publicados nos periódicos científicos nacionais e, como resultado, disponibiliza uma lista com a classificação destes periódicos.

Dentre os requisitos exigidos encontra-se a avaliação cega por pares, procedimento pelo qual os pareceristas avaliam e aprovam os artigos anonimamente,

sem conhecerem a autoria dos mesmos, da mesma forma como os autores também desconhecem quais conselheiros foram os responsáveis pela avaliação do seu trabalho. Outro requisito é a exogenia, que se caracteriza pelo número de autores e conselheiros editoriais de outra unidade da federação distinta de Minas Gerais que colaboram com a revista De Jure. Quanto maior for o número de colaboradores de outros estados, mais bem qualificada estará a revista.

Firmes no propósito de consolidar a De Jure, a cada dia mais, como um espaço legítimo de discussão e sem alterar sua essência pluralista e multidisciplinar, convidamos todos a continuar participando da revista.

CARLOS ANDRÉ MARIANI BITTENCOURT
Procurador-Geral de Justiça
Ministério Público do
Estado de Minas Gerais

ANA CAROLINA BARBOSA AMARAL

Advogada. Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera – UNIDERP.

ANA CAROLINA MOTTA GUATIMOSIM

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Público pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais e em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Pós-graduanda em Direito de Família pela Universidade Cândido Mendes.

CAROLINA COSTA VAL RODRIGUES

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Pós-graduada em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e em Controle Externo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

EMERSON GARCIA

Pós-doutorando, Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Education Law and Policy pela European Association for Education Law and Policy (Antuérpia, Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Diretor da Revista de Direito e Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Professor convidado de inúmeras instituições de ensino. Autor de diversas obras e artigos jurídicos, publicados no Brasil e no exterior. Examinador em dezenas de concursos públicos. Membro da American Society of International Law e da International Association of Prosecutors.

FERNANDA ALMEIDA LOPES

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto Metodista Izabela Hendrix em convênio com o Praetorium e em Gestão Pública pela Universidade Cândido Mendes em convênio com o Praetorium.

FLÁVIA ÁLVARES GUIMARÃES

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Faculdade Internacional Signorelli.

GUILHERME CASTELHONE CHAGAS

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (2015). Estagiário na 1ª Promotoria de Justiça de Uberlândia/MG (2012/2014).

JOSÉ ROBERTO MARQUES

Graduado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino, de Bauru (1981). Mestre e doutor em Direito: Difusos e Coletivos (Direito Ambiental), pela PUC-SP. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo (Ribeirão Preto). Professor convidado dos seguintes cursos de especialização: PUC-SP; Fundação Faculdade de Direito (UFBA) e Fundace (USP). Autor dos livros: Lições preliminares de Direito Ambiental (Editora Vebatim); Meio ambiente urbano (Editora Forense Universitária-RJ); O desenvolvimento sustentável e sua interpretação jurídica (Editora Verbatim). Autor de vários capítulos de livros e artigos sobre meio ambiente. Coordenador pedagógico do curso de Direito da UNIP, campus de Araraquara-SP, de 2011-2012. Professor titular da UNIP-Campus Ribeirão Preto.

KATHRYN HOPE WISNER

Estudante de graduação na Syracuse University e do doutorado em Direito com Certificate of Advanced Study in Disability Law and Policy. Mestre em Ciências da Educação pela University of Northern Colorado.

LARA DE PAULA SILVA

Estagiária de pós-graduação no Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Ambiental.

LUCIANA OLIVEIRA BOTTOSSO BRAGA

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

MARCO AURÉLIO NOGUEIRA

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (1989). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Professor doutor em Direito das Relações Sociais. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, Direito Civil e Tributário, atuando principalmente nos seguintes temas: direito, história do direito, direito civil, direito empresarial, fundações, direito tributário e processual, justiça no vídeo e juizado criminal.

RAPHAEL SILVA RODRIGUES

Advogado. Professor dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Processual e em Direito do Trabalho pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), de Gestão de Tributos pelo Centro Universitário Newton Paiva e de Direito e Processo Previdenciário pelo Centro Universitário de Belo Horizonte - UniBH. Professor da Graduação em Direito da Faculdade Novos Horizontes.

RIANY ALVES DE FREITAS

Analista de Informática na Promotoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos. Especialista em Gestão Estratégica da Informação pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Penal pela Faculdades Integradas Jacarepaguá. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Tecnóloga em Processamento de Dados pela Fundação Mineira de Educação e Cultura.

SIMARA SILVA RODRIGUES DE OLIVEIRA

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

WAGNER MARTELETO FILHO

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do estado de Minas Gerais.

WARLEY BELO

Advogado Criminalista. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Pós-graduação da Escola Superior da Advocacia – OAB/MG. Professor das Faculdades Kennedy de Belo Horizonte.

SUMÁRIO

1 ASSUNTOS GERAIS

Doutrina Internacional • Ensaio

23 | 46 **S**TRATEGIC USE OF LAW TO EFFECT STUDENT PLACEMENT WITHIN THE JUVENILE JUSTICE SYSTEM

Kathryn Wisner

Doutrina Internacional • Artigo

47 | 79 **O**UARTO DE LOCKE E A CULPA PENAL: BREVES REFLEXÕES SOBRE LIBERDADE, DETERMINISMO E RESPONSABILIDADE

LOCKE'S ROOM AND CRIMINAL GUILT: BRIEF REFLECTIONS ON FREEDOM,
DETERMINISM, AND RESPONSABILITY

Wagner Marteleto Filho

Doutrina Nacional • Artigo

80 | 95 **A**UNIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: ESSÊNCIA, LIMITES E ARELEVÂNCIA PRAGMÁTICA

UNITY OF PUBLIC MINISTRY: ESSENCE, LIMITS AND PRAGMATIC RELEVANCE

Emerson Garcia

Diálogo Multidisciplinar • Artigo

96 | 122 **I**NSTABILIDADE JURÍDICA NA INTERNET E A LEI N. 12.737/2012

LEGAL INSTABILITY OF INTERNET AND LAW N. 12.737/2012

Riany Alves de Freitas

2 DIREITO PENAL

Artigo

127 | 147 A NOÇÃO DE BEM JURÍDICO NO FUNCIONALISMO RADICAL SISTÊMICO

IL CONCETTO DI BENE JURIDICO NEL FUNZIONALISMO RADICALE

Warley Belo

3 DIREITO CIVIL

Artigo

151 | 188 **A** RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA BRASILEIRA E A QUESTÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO AFETO

THE CIVIL RESPONSABILITY FOR AFFECTIVE ABANDONMENT: HISTORICAL EVOLUTION OF THE BRAZILIAN FAMILY AND THE MATTER OF THE AFFECTION JURIDICAL NATURE

Ana Carolina Barbosa Amaral

Comentário à Jurisprudência

189 | 210 **I**NDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE DESCUMPRIMENTO DE PRAZO CONTRATUAL PARA ENTREGA DE IMÓVEL

Simara Silva Rodrigues de Oliveira

4 DIREITO COLETIVO

Artigo

215 | 294 OS DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE POR POLUIÇÃO SONORA, ELETROMAGNÉTICA, VISUAL E LUMINOSA: REPARAÇÃO, SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS

DAMAGE CAUSED TO THE ENVIRONMENT BY NOISE, ELECTROMAGNETIC, VISUAL AND LIGHT POLLUTION: REPAIR, CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE SANCTIONS

José Roberto Marques

Comentário à Jurisprudência

295 | 318 FRACIONAMENTO DE EMPREENDIMENTOS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Lara de Paula Silva

Artigo

323 | 359 **A** INICIATIVA PROBATÓRIA DO JULGADOR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

PROBATIVE INITIATIVE OF THE JUDGE IN THE LIGHT OF FEDERAL CONSTITUTION

Marco Aurélio Nogueira
Guilherme Castelhane Chagas

Comentário à Jurisprudência

360 | 375 **O** DIREITO CONSTITUCIONAL DE AUTODEFESA E A APRESENTAÇÃO DE FALSA IDENTIDADE - BREVES APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E A EDIÇÃO DA SÚMULA 522

Ana Carolina Motta Guatimosim

6 DIREITO ADMINISTRATIVO

Artigo

379 | 407 **A** INTERPRETAÇÃO DA FALTA GRAVE NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: UMA VISÃO PRINCIPIOLÓGICA

INTERPRETATION OF SERIOUS LACK UNDER THE ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY PROCESS: A PRINCIPLED VIEW

Raphael Silva Rodrigues
Flávia Álvares Guimarães

Comentário à Jurisprudência

408 | 420 **P**OSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA EM INQUÉRITO CIVIL PREPARATÓRIO À AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Carolina Costa Val Rodrigues
Fernanda Almeida Lopes
Luciana Oliveira Bottosso Braga

7 ANEXOS

425 **N**ORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES

432 **W**RITERS' GUIDELINES

438 **N**UMERAÇÃO DOI

STRATEGIC USE OF LAW TO EFFECT STUDENT PLACEMENT WITHIN THE JUVENILE JUSTICE SYSTEM

KATHRYN WISNER¹

Student

Syracuse University College of Law, United States of America

ABSTRACT: There is an educational crises in the juvenile justice system in America with around 80% of all incarcerated juveniles having a documented educational disability. The systematic failures of the American educational and justice systems to provide these children with their legally protected rights. Using a combination of the three main American disability laws The American's with Disabilities Act, The Individuals with Disability Education Act, and section 504 of the Rehabilitation act there are strategies backed by law that provide remedies to protect the right of these students.

1. Introduction

Youth in the nation's various juvenile incarceration facilities are guaranteed, by law, educational support for those special education services for which they qualify. Despite the protection guaranteed by the statute, these students are systematically being denied these services. The scope of this problem is enormous, with an estimated 70%-80% of children in the juvenile justice system having been identified as having an educational disability². Given these proportions,

¹ I would like to thank my mentor at Syracuse University College of Law, Arline S. Kanter for all her help and guidance throughout this paper and all of my legal education. I would also like to thank Professor Richard S. Risman for his invaluable help in my writing process.

² Stopping the Schoolhouse to Jailhouse Pipeline By Enforcing Federal Special Education

and a current incarcerated population of approximately 57,900 children³, there are around 40,500 students at minimum, being denied their constitutionally protected rights⁴. That is more than the entire special education population of New York State⁵. If New York was so systematically failing to educate its children with special needs, there would be a national outcry. However, the failure of our juvenile justice system to educate the youth with disabilities under its care is shockingly absent from public discourse.

The problem of education in the juvenile justice system extends beyond the systemic issues that surround the special education system in general. The overall education within the juvenile justice system is poor, but there are sectors that are better than others, and all are certainly more effective than the complete lack of support or educational opportunity that is suffered by some students. The educational experience in jail mirrors our national system of public education inasmuch as the most enriching experiences are available to the main population of students. The majority of resources are directed towards the population that is easiest to educate or perhaps cheapest to educate, which in the juvenile justice system at least, is a minority population. In the national system this would be the general education classroom. In the juvenile justice system, they are found in the general population.

One of the primary safeguards guaranteed by law is that the special education services required by qualified students must be provided in the least restrictive environment (“LRE”) possible. There is often confusion amongst advocates as to precise definition of LRE, leading to its misidentification as a form of mainstreaming. The difference between LRE and inclusion and mainstreaming, while sub-

Law,” American Bar Association’s Children’s Rights Litigation Committee (Winter 2007).

³ Easy Access to juvenile Justice Population, The National Center for Juvenile Justice (Feb. 24, 2015) http://ojjdp.gov/ojstatbb/ezapop/asp/profile_selection.asp

⁴ This figure was arrived at using the lower estimated number of 70% of incarcerated children having an educational disability.

⁵ Information and Reporting Statistics, New York State Department of Education, (Feb. 26, 2015) <http://www.p12.nysed.gov/irs/statistics/enroll-n-staff/home.html> (reporting that the special education population of New York State is an estimated 39397 students.)

le, is very important for an accurate view of the current situation facing disabled students. The court system has recognized some tension between IDEA's goals of providing an education suited to a student's needs otherwise known as a free appropriate public education ("FAPE") and of educating that student with his non-disabled peers as much as circumstances allow known as LRE. Because there are no clear-cut rules associated with this provision, administrators and IEP teams must rely on the preponderance of educational and behavioral data, and guidance from past court cases. As such, courts have established the necessity of a case-by-case analysis in reviewing whether both of those goals have been accommodated, for they realize that each child's circumstances will be different consequently, a one size fits all approach is not practical⁶. There are two common approaches in education that are often mistaken for LRE: mainstreaming and inclusion. There are proponents of both systems and those who argue that both fail to meet the requirements of the law.

Educating children in the regular education classroom part time based on the child's supposed capabilities is known as mainstreaming. This can mean as little as inclusion in a single hour or part of the day, or up to full time in the regular classroom with the ability for the child to go to an alternate setting if the need arises. IDEA incorporates a strong preference for children with disabilities to be educated to the maximum extent appropriate together with their regular education peers. Opponents of mainstream claim that it allows segregation of students with disability based on nothing more than a teacher's recommendation.

Inclusion, on the other hand requires a system that eliminates categorical special needs programs and removes the current distinction between regular and special education. This system would meet the needs of learners by requiring professionals to personalize instruction the practice of which is currently referred to as differentiation and is called for in IDEA's modification mandate. Opponents of inclusion claim that it removes many of the safeguards put in place by the laws and removes the continuum of services. There are provisions under each of the three main federal laws that pro-

⁶ See *P. v. Newington Bd. of Educ.*, 546 F.3d 111, 113 (2d Cir. 2008)

vide procedures for the administration of modifications or accommodations for individuals with disabilities. Each of these laws, The Individual with Disabilities Education Improvement Act (IDEIA), The Americans with Disabilities Act (ADA), and Section 504 of the Rehabilitation Act (Section 504), contain either explicit mandates or have interpretive case law that instruct that the accommodations or modifications required by individuals with disabilities need to be provided in the least restrictive environment (LRE) possible. While it is true that some placements are not feasible for incarcerated students, such as traditional school setting. However, as there are varied settings within the justice system itself, it should be possible within that system to change the placement of children with education needs based on the LRE provisions, in a way consistent with the restrictions placed on the system as a condition of the fact that it is, at its core, a prison.

2. Background

To fully understand the reality of the plight of a child with special needs in America's juvenile justice systems, one must understand not only the background of the system itself, but of the human rights fight for educational access and equality with respect to students with disabilities.

a. Of the Juvenile Justice System

The juvenile justice system has grown and changed substantially in the United States since 1899, when the first juvenile court was established in Cook County, Illinois⁷. Originally, the court process was informal and unregulated, with minors being denied many of the constitutionally protected rights granted to adults. The process was often nothing more than a conversation between the youth and the

⁷ Juvenile Justice History, The center on Juvenile and Criminal Justice (Mar. 12, 2015) <http://www.cjcj.org/education1/juvenile-justice-history.html> (continuing by the middle 19th century, following the creation of houses of refuge, new innovations such as cottage institutions, out-of-home placement, and probation were introduced. These new approaches were typically the result of enterprising social reformers who sought new and better ways to address the problem of wayward youth.

This collection of institutions and programs were finally brought together with the creation of the juvenile court. First established in 1899 in Cook County, Illinois and then rapidly spread across the country, the juvenile court became the unifying entity that led to a juvenile justice system.)

judge who had almost total discretion over the result of the case⁸. To change the nature of the juvenile incarceration experience, was deemed that it was improper to house most juvenile offenders in jails with adults⁹. The early juvenile courts created a system of probation to monitor the youths and used a separate incarceration system that was designed to provide the juvenile with rehabilitative services, with the court acting in *parens patriae*, or in place of the parent. The new system was designed to give the juvenile supervision, guidance, and education¹⁰. This model was followed by every state and the District of Columbia¹¹.

The process of the juvenile justice system changed once again with the seminal ruling in the case of *In re Gault*. In *Gault*, the Supreme Court determined that the Constitution required that youth in the juvenile system have many of the same due process rights and protections guaranteed to adults in the criminal system, including the right to an attorney¹².

b. The Educational Rights Fight

Prior to the 1960s a large majority of America's children with disabilities were placed in institutions or asylums by the government or parents who felt that there was no other recourse. However, inspired by other social rights movements' disability rights activists mobilized locally and nationally demanding change on a national level to address physical and social barriers, lobbying for institutional change, and fighting negative attitudes and stereotypes that were facing the disability community¹³. Parents were and continue to be one of the driving forces in the disability rights movement, advocating for

⁸ Juvenile Justice: an Overview, The Juvenile Law Center, (March 13, 2015) <http://www.jlc.org/news-room/media-resources/youth-justice-system-overview>

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.*

¹² *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967).

¹³ A Brief History of the Disability Rights Movement, The Anti-Defamation League, (Feb. 26, 2015) http://archive.adl.org/education/curriculum_connections/fall_2005/fall_2005_lesson5_history.html

their children demanding that they be taken out of institutions and into schools where their children would have the opportunity to receive an education just like their non-disabled peers¹⁴.

In the 1970s, disability rights activists took the fight to Congress and marched on Washington in an effort to secure the political influence necessary to include language protecting the civil rights of people with disabilities into the 1972 Rehabilitation Act. The Rehabilitation Act was passed in 1973, and for the first time in history, civil rights of people with disabilities were protected by law¹⁵.

The next legislative victory in the educational rights fight was the 1975 Education for All Handicapped Children Act (EAHC). It was passed to guarantee equal access to public education for children with disabilities¹⁶. This act dictated that every child had a right to education, and mandated the inclusion of children with disabilities in mainstream education classes¹⁷. The EAHC was renamed in 1990 to the Individuals with Disabilities Education Act (IDEA), which further expanded the scope of the inclusion of children with disabilities and also broadened the responsibilities of schools and provided for more due process rights for parents and students¹⁸. IDEA required that an Individual Education Plan (IEP) be designed with parental approval to meet the educational needs of a child with a disability¹⁹.

The court system was integral part securing the right of children with disabilities to an education alongside their non-disabled peers. The early case law such as the *Pennsylvania Association for Retarded Children v. Commonwealth of Pennsylvania*²⁰ (PARC) and *Mills*

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

¹⁷ A Brief History of the Disability Rights Movement, The Anti-Defamation League, (Feb. 26, 2015) http://archive.adl.org/education/curriculum_connections/fall_2005/fall_2005_lesson5_history.html

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Pa. Ass'n for Retarded Children v. Pennsylvania*, 343 F. Supp. 279 (E.D. Pa. 1972).

*v. Board of Education of the District of Columbia*²¹ (Mills) established some of the basics and laid the groundwork for the least restrictive environment mandate. In *PARC*, the court found:

It is the Commonwealth's obligation to place mentally retarded child in a free public program of education and training appropriate to the child's capacity... among the alternative programs of education and training required by the state to be available placement in the regular public school class is preferable... to placement in any other type of program of education.²²

The *Mills* case expanded the mandate laid out in the *PARC* case to include all children with a diagnosed handicap not just those with mental disabilities²³.

Placement in a more restrictive environment cannot be instituted simply because the alternative option does not exist in a specific service district. If an option does not exist but is deemed appropriate for a given child, there exists legal precedent to mandate the establishment of funding for appropriate placement²⁴.

3. Current Reality of the Situation

The link between a poor education and incarceration is borne out in data. High School dropouts are three and a half times more likely to be arrested than graduates²⁵. In America, sixty eight percent of all adult males in prison do not have a high school diploma²⁶. Only

²¹ *Mills v. District of Columbia*, 571 F.3d 1304 (D.C. Cir. 2009)

²² *Pa. Ass'n for Retarded Children*, 343 F. Supp. 279 at 281.

²³ *See Mills*, 571 F.3d 1304

²⁴ Danielson, L. C., & Bellamy, G. T. (1989). State variation in placement of children with handicaps in segregated environments. *Exceptional Children*, 55, 448-455.

²⁵ Economic Impacts of Dropouts, National Dropout prevention center/network <http://www.dropoutprevention.org/statistics/quick-facts/economic-impacts-dropouts> (last visited Apr. 20, 2015).

²⁶ *Schools v. prisons: Education's the way to cut prison population*, San Jose Mercury News, 5/16/2014, http://www.mercurynews.com/opinion/ci_25771303/schools-v-prisons-

twenty percent of adult inmates in California demonstrate even a basic level of literacy²⁷. When one combines the lack of education in prison in general with the high prevalence of incarcerated juveniles that qualify for educational support, one finds a systematic lack of education provided to students in jails.

All juvenile incarceration facilities have some sort of educational system; however the differences between the different programs are shocking. There are reports of students being provided only GED prep books and no actual support²⁸. One student with severe mental disabilities is in segregation due to his inability to control his behavior and he receives 20 minutes a week with a teacher²⁹. His release is contingent upon him earning a GED³⁰. His reading level is lower than that of a third grader. The likelihood that he will complete this GED while in prison is vanishingly small.³¹ However on the other hand, there are programs through the country that offer true educational experiences with many if not most of the students gaining a high school diploma or equivalent³². There is an argument that tutoring and GED classes, do not constitute specialized academic instruction because it is not consistent with the students' IEP goals and does not allow youth with disabilities to continue to participate in the general education curriculum.

4. Law cases and their application to placements changes within the Juvenile justice system

There are three main federal laws that police the policies of schools and other providers of educational services to ensure that they are not engaging in discriminatory behavior or practices towards people

educations-way-cut-prison-population

²⁷ *Id.*

²⁸ *TD. v. Louisiana*, 1624 ILDER 1205, 1206 (2014).

²⁹ *Id.*

³⁰ This is a common stipulation that is placed on older students with long sentences

³¹ *Id.*

³² *Id.*

with disabilities and more explicitly towards children with disabilities. The laws are often cited together in education discrimination cases. However, they actually cover different groups of people and in different contexts though there is a fair amount of overlap and often more than one of the laws may be applicable to any given situation.

a. IDEA

i. Who is a Qualifying Individual

To qualify, a child with a disability a child must be between the ages of three and twenty-one and have one of thirteen designated conditions and prove that that condition is having an adverse impact on their education³³.

ii. Application to the Juvenile Justice System

Under IDEA, a state is eligible for financial assistance under the act if it endeavors to meet a number of conditions including making sure that a free appropriate public education (“FAPE”) is made available to “all children with disabilities residing in the State between the ages of 3 and 21, inclusive, including children with disabilities who have been suspended or expelled”³⁴.

The law clearly states that “state and local juvenile and adult correctional facilities” or if are included in the list of political subdivisions of the state that are involved in the education of children with disabilities and must therefore comply with the IDEA³⁵.

The law allows for exception when it would be inconsistent with state law or practice, the individual is incarcerated in an *adult* facility and were not prior to their incarceration identified as a qualifying

³³ 20 U.S.C. § 1411 (a)(3)(A). (Stating the thirteen categories are deaf, hard of hearing, vision impairment(including blindness), deaf-blind, intellectual disabilities, speech and language impairments, orthopedic, autism, traumatic brain injury, specific learning disability, emotional disturbance, and other health impairments.)

³⁴ 20 U.S.C. § 1412 (a)(1)(A).

³⁵ 34 C.F.R. §300.2(b)(1)(iv)

individual or did not have an IEP³⁶. The law doesn't allow for an exemption for juvenile justice facilitates and so they are covered under the law. It even included the administrators of both juvenile and adult facilities on the suggested list of interested parties that should be included on the state advisory panels³⁷.

iii. Relevant Provisions

1. Children with disabilities must be educated in the “least restrictive environment.”

(2) Each public agency must ensure that—

(i) To the maximum extent appropriate, children with disabilities, including children in public or private institutions or other care facilities, are educated with children who are nondisabled; and

(ii) Special classes, separate schooling, or other removal of children with disabilities from the regular educational environment occurs only if the nature or severity of the disability is such that education in regular classes with the use of supplementary aids and services cannot be achieved satisfactorily³⁸.

A child's educational placement must be re-evaluated at least annually and must be based on his/her IEP.³⁹ He/she also has a right to the LRE⁴⁰.

“In selecting the LRE, consideration is given to any potential harmful effect on the child or on the quality of services that he or she needs.”⁴¹ In 1994, the ninth Circuit held that non-non-academic benefits needed to be considered in deciding placement⁴².

³⁶ *Id.* At (A)(1)(B) emphasis added

³⁷ *Id.* At (a)(21)(B)(xi)

³⁸ 34 C.F.R. § 300.114

³⁹ *Id.* § 300.116(b).

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ § 300.116(d).

⁴² *Bd. Of Educ. v. Rachel H.*, 14 F.3d 1389 (9th Cir. 1994).

2. Stay Put Provision

if...[juvenile correctional facilities] remove a youth with a disability from school and place him or her in restrictive security programs for more than 10 school days without conducting a manifestation determination or without providing the special education and related services he or she is eligible for, they have violated the IDEIA.⁴³

If a youth with an IEP is removed from school for more than 10 days in a year, IDEIA considers that removal a “change of placement” which triggers a series of procedural safeguards⁴⁴.

First, the school is required to conduct a Manifestation Determination Review (MDR) to determine if the behavior in question is caused by, or has a direct and substantial relationship to, the youth’s disability or the failure to implement the youth’s IEP⁴⁵.

If the behavior is related to the youth’s disability, the school must conduct a Functional Behavioral Assessment (FBA) and implement a Behavior Intervention Plan (BIP). Then, the youth must be returned to school, unless special circumstances (carrying weapon, drugs, or inflicting serious bodily injury) are present or the new BIP mandates a change in placement⁴⁶.

If the youth is removed for more than 10 school days, the school is required to provide services so the youth can “continue to participate in the general education curriculum and progress toward meeting the goals set out in the child’s IEP”⁴⁷. The Department of Justice’s Sta-

⁴³ Statement of Interest of the United States of America re *G.F. v. Contra Costa County*, Case No. 3:13-cv-03667-MEJ (Feb. 13, 2014).

⁴⁴ 20 U.S.C. § 1415(k); *Honing v. Doe*, 484 U.S. 305, 327 (1988) (holding removal of more than 10 days constituted a change in placement that requires parental consent).

⁴⁵ *Id.* § 1415(k)(l)(E).

⁴⁶ *Id.* § 1415(k)(l)(F).

⁴⁷ IEP” *Id.* § 1415(k)(l)(D)(i).

tement of Interest in *G.F. v. Contra Costa County* makes clear that all of these requirements apply to juvenile correctional facilities⁴⁸.

While one administrative decision finds that danger posed by a student excused the denial of FAPE⁴⁹, other decisions have held that problematic behavior is actually evidence behavioral services were not fully implemented, and thus, that a student was denied FAPE⁵⁰.

3. The only formal exception to the IEP and FAPE requirements of IDEIA applies only to youth incarcerated in adult prisons:

If a child with a disability is convicted as an adult under State law and incarcerated in an adult prison, the child's IEP Team may modify the child's IEP or placement notwithstanding the requirements of sections 1412(a)(5)(A) of this title and paragraph (1)(A) if the State has demonstrated a bona fide security or compelling penological interest that cannot otherwise be accommodated⁵¹.

Few Courts have examined this exception. One administrative hearing officer found that an adult prison was exempt from IDEIA's requirements, but also noted, “[T]here is simply no jurisprudence that contemplates how this exception is triggered, or what this exception permits⁵².

ii. Case law interpretation

4. Who bears the ultimate responsibility to oversee the implementation of the law?

Most cases involving incarcerated youth involve agency-punting, with each involved agency claiming other agencies are responsible

⁴⁸ 113 LRP 43079

⁴⁹ *State Correctional Institution Pine Grove*, 113 LRP 32792 (SEA PA 02/09/13),

⁵⁰ District of Columbia Pub. Schs., 113 LRP 24543 (SEA DC 05/05/13).

⁵¹ 20 U.S.C. § 1414(d)(7).

⁵² *State Correctional Institution Pine Grove*, 113 LRP 32792 (2013) (pending appeal in *Buckley v. State Correctional Institution Pine Grove*, 62 IDELR 206 (Pa. Dist. 2014)).

for the failure to implement IDEIA⁵³. This decision appears to conflict with IDEIA's mandate that public entities are jointly responsible for educating youth, because the state has the ultimate responsibility for implementing IDEIA⁵⁴.

The Fifth Circuit held that, in Louisiana, the Louisiana Department of Education has the ultimate responsibility for insuring IDEIA requirements are met. The court imposed liability on the Louisiana Department of Education, rather than the St. Tammany Parish School Board, for paying for a student's residential placement:

IDEIA places primary responsibility on the state educational agency, by providing that it shall be responsible for assuring that the requirements of [IDEIA] are carried out... ultimately, it is the [state educational agency's] responsibility to ensure that each child within its jurisdiction is provided a free appropriate education. Therefore, it seems clear that [a state educational agency] may be held responsible if it fails to comply with its duty to assure that IDEIA's substantive requirements are implemented⁵⁵.

This case reflects the current majority view in the country as it has been cited in all of the other Federal appellate circuits save the First Circuit. Though the other circuits have accepted this line of reasoning officially. However, they also each have an individual take on the practical implementation of this rule⁵⁶.

⁵³ See, e.g. San Diego County Office of Edu., 39 IDELR 169 (SAE CA 2003). (arguing that provision of services and placement decisions of youth in juvenile facilities were not up to the district, because the youth was under the court's jurisdiction. The hearing officer granted a Motion to Dismiss, because the County Office of Education did not have control over the youth's education.)

⁵⁴ 20 U.S.C. § 1413(a)(13).

⁵⁵ *Tammany Parish School Board v. State of Louisiana*, 142 F.3d 776 (5th Cir. 1998) (citing *Gadsby v. Grasmick*, 109 F.3d 940 (4th Cir. 1997)) (citations omitted).

⁵⁶ Id. (raising that some incarcerated youth could be placed in facilities that are not of their own state. This case focused on a child sent to a "home for children" in New Hampshire while her parents were residents of another state. The court held that the sending district is liable for the costs of educating the child not the receiving district and so must make payments to the receiving district who is bearing the costs.); (The First circuit has a very similar rule stating that, The New Hampshire legislature has recognized the, "state's

b. ADA

i. Who Is a Qualifying Individual

The ADA sets the definition for a qualifying individual is a person with, “a physical or mental impairment that substantially limits one or more major life activities of such individual; a record of such an impairment; or being regarded as having such an impairment”⁵⁷.

ii. Application to the Juvenile Justice System

Title II of the ADA prohibits discrimination against individuals with disabilities by public entities that receive funding from state and local governments.⁵⁸

When drafting the ADA, Congress intended the ADA to address problems of isolation and segregation in education and institutionalization—which is exactly what many children in the juvenile justice system seem to be experiencing. Congress’ findings state:

[H]istorically, society has tended to isolate and segregate indivi-

responsibility to ensure that children with educational disabilities receive a free appropriate education as mandated by federal law.” The court continued noting that the continuance of federal funding was contingent upon the state’s insurance of that right); (The Second Circuit held that both the State department of education and the local school district share responsibility for ensuring that the IDEA requirements. The court emphasized the shared nature of the responsibilities. In *Handberry v. Thompson*, the court explained the check and balance nature of the relationships of the parties who share these vital roles in the oversight of education. *Handberry v. Thompson*, 446 F.3d 335 (2d Cir. 2006)); (In the third circuit the enforcement of the provisions of IDEA was held by the federal appellate courts to be the responsibility of the individual LEA. In *Lawrence Township Board of Education v. New Jersey*, the court stated that every local educational agency that receives federal funding under the IDEA must provide disabled children with a free appropriate public education (FAPE). 20 U.S.C.S. § 1412(a)(1). The court also stated that Federal funding under the IDEA is contingent on compliance with its numerous substantive and procedural requirements. “In New Jersey, the LEAs are vested with the responsibility for providing and administering a FAPE, in accordance with the requirements of the IDEA.” *Lawrence Twp. Bd. of Educ. v. New Jersey*, 417 F.3d 368 (3d Cir. 2005))

⁵⁷ 42 USCS § 12102(1).

⁵⁸ 42 USCS § 12132

duals with disabilities, and, despite some improvements, such forms of discrimination against individuals with disabilities continue to be a serious and pervasive social problem...in such critical areas as... education... institutionalization, [and] health services, and access to public services⁵⁹.

Title II of the ADA, and the Regulations enforcing the ADA, require that disabled individuals be treated equally by public entities.⁶⁰ An incarcerated child has the right to the same services, programs, and activities as other youth. The incarcerated child with a disability cannot be treated differently based on his diagnosis. A child also cannot be excluded from participation in or denied the benefits of services, programs, or activities of a public entity.

To date, no courts have looked at the ADA as applied to youth in correctional facilities. However, Supreme Court jurisprudence implies that the ADA is applicable in juvenile facilities, since it is applicable in adult facilities.⁶¹ Further, the Department of Justice makes clear the ADA applies to youth incarcerated in correctional facilities.⁶²

c. 504

i. Who Is a Qualifying Individual

Under §504, there is no list of “approved” disabling conditions. A person with a “disability” is simply one who (1) “has a physical or mental impairment which substantially limits one or more major life activities,” (2) has a record of such an impairment, or (3) is regarded as having such an impairment⁶³

ii. Application to the Juvenile Justice System

⁵⁹ 42 U.S.C. § 12101(a)(2-3).

⁶⁰ 42 USCS § 12102

⁶¹ See *Pennsylvania DOC v. Yeskey*, 524 U.S. 206 (1998) (applying anti-discrimination principles in ADA to prison inmates).

⁶² State of Interest of the United States at 16.

⁶³ 34 C.F.R. §104.3(j)(1)

[N]o otherwise qualified handicapped individual... shall, solely by the reason of his handicapped, be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any program or activity receiving federal financial assistance⁶⁴.

The 504 regulation applies to all recipients of federal assistance and is intended to ensure the federal programs and activities are not discriminating on the basis of disability⁶⁵.

While the stipulations of Section 504 are required of institutions receiving federal funding⁶⁶, a program that receives federal funding for any program brings the whole program under the auspices of the law⁶⁷. So while most juvenile incarceration facilities are state run they do receive federal funding for various parts of their operations and thus are required to comply with the rules and regulations set forth under section 504.

iii. Relevant provisions

Subsection D of 504 concerns education and is very closely coordinated with the LRE mandate in IDEA⁶⁸. Appropriate education is to be provided to all children with disabilities in a setting that resembles the general education classroom and is also appropriate⁶⁹. It also ensures that proper evaluation procedures are to be used to ensure the best possible placement and ensures that due process procedures are available to handle dispute over the placement⁷⁰. Subsection D also indicates that if a placement is necessary because of the severity of a person's handicap then that must also be taken into account. It goes on state that nonacademic extra servi-

⁶⁴ 29 USCS § 794(a)

⁶⁵ US Department of HEW. 1977 b.p. 2267 6.

⁶⁶ 34 CFR 100.2

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ 34 CFR 104.34(a)

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ 34 CFR 104.35(a)

ces and activities must be provided and include non-handicapped students⁷¹. This would perforce provide a lot of the extra-academic activities that are available even to students in prison such as recreation time or the ability to socialize with others of varying academic and social backgrounds, which has been found to be an important component of education⁷².

There is however a provision stating that if behavior is so disruptive that is no longer manageable in the regular classroom then it may warrant a separate placement⁷³. However, the facilities must be comfortable and comparable. This leads one to assume that if a child in an incarcerated facility's behavior is such that they cannot be educated with other incarcerated children that not only must the facilities in which they are educated be similar, but so also must the amount and quality of the instruction received.

There are also requirements that are set forth for when a change of placement is warranted. "At the elementary and secondary education level, the amount of information required is determined by the multi-disciplinary committee gathered to evaluate the student. The committee should include persons knowledgeable about the student, the meaning of the evaluation data, and the placement options"⁷⁴.

iv. Socially Maladjusted youth

One of the subgroups that could find protection under 504 are those who are socially maladjusted, as they are specifically exempted under IDEA⁷⁵.

Although the term socially maladjusted does not have a unique definition, it is often interpreted as "a child who has a persistent pattern of violating societal norms with truancy, substance abuse, a perpe-

⁷¹ 34 CFR 104.37(a)

⁷² See *Rachel H.*, 14 F.3d 1389.

⁷³ 34 CFR 104.35(a)

⁷⁴ OCR guidance report(2010)

⁷⁵ C.F.R. § 300.7(c)(4)(ii).

tual struggle with authority, is easily frustrated, impulsive, and manipulative⁷⁶. However, this is similar to the definition of emotional disturbance in IDEIA⁷⁷. And there is no bright line rule over where the two are separate. So while there are an estimated 70 to 80% of the population currently in the juvenile justice system that have already been identified as having a disability that affects their education⁷⁸. It is likely that the other 20% would also find safeguards and protections under section 504, the term social maladjustment.

Under sections 504, the onus for finding and identifying a student with a disability is placed on the school⁷⁹, or in the case of the juvenile justice system it would be on the incarceration facility. This process of identification is a yearly requirement⁸⁰ and so there should be a constant evaluation of the children that are wards of the various facilities to determine if they qualify for educational support.

v. The Effects of Olmsted And at the secure care objection

The Supreme Court held that Title II prohibits the unjustified segregation of individuals with disabilities. The Supreme Court held that public entities are required to provide community-based services to persons with disabilities when:

(a) such services are appropriate; (b) the affected persons do not oppose community-based treatment; and (c) community-based services can be reasonably accommodated, taking into account the resources available to the entity and the needs of others who are receiving disability services from the entity⁸¹.

⁷⁶ *Doe v. Board of Education of the State of Connecticut*, (D. Conn. Oct. 24, 1990)

⁷⁷ 34 C.F.R. § 300.5 (b)(8).

⁷⁸ Stopping the Schoolhouse to Jailhouse Pipeline By Enforcing Federal Special Education Law," American Bar Association's Children's Rights Litigation Committee (Winter 2007).

⁷⁹ 34 CFR 104.35

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Olmstead v. L.C.*, 527 U.S. 581 (1999).

The Olmstead requirement could be used in much the same way as the LRE provision in IDEA, mandating that when possible, services are to be provided in the most community based environment⁸². In the juvenile justice context, providing services the community would not necessitate a release of the prisoner into the general outside environment, it would instead be the provision of services in the general population with supports.

The reach of Olmsted is not limited to just Title II, but can be applied to both section 504 and the ADA, allowing for more this specific requirements to remove some of the ambiguity that the juvenile justice system is employing in an attempt to dodge providing educational services for youth in a less restrictive environment in an attempt to make the provision of such services easier upon the institution. This argument is known as secure care objection.

However, the fact that a child is in secure care does not change the state's obligations under IDEIA⁸³. Rather, the incarceration system is required to provide "comparable services" to the child's IEP from school⁸⁴. "Comparable services" is defined as services that are similar or equivalent to those described in the IEP from the previous public agency⁸⁵.

In *Baltimore County Public Schools*, the administrative hearing officer found that on adult prison was required, not only to provide "comparable services" under IDEIA, but also that the youth's IEP could not be based "solely on factors such as category and severity of the student's disability, availability of services, configuration of the service delivery system, availability of space, or administrative

⁸² See *Id.*

⁸³ See *Sacramento City Unified Sch. Dist.*, 113 LRP 23312 (SEA CA 04/18/12) (requiring school district to implement the IEP of incarcerated juvenile, despite limitations imposed by the probation office.)

⁸⁴ 34 C.F.R. § 300.323

⁸⁵ Federal Register, Vol. 71, No. 156, p. 46681, August 14, 2006). (analyzing the Comments and Changes to the IDEIA), See also *Baltimore County Public Schools*, 112 LRP 49531 (SEA MD 7/19/2012).

convenience”⁸⁶. In short, the fact that child is incarcerated and the consequential barriers to providing him/her with adequate services do not justify changing his IEP to comport with the facility’s ability to provide services or failing to provide services without changes:

Special education services provided may not be based upon the pre-determination by school system staff of what is possible and not possible in [detention] facilities... [Rather,] the public agency must ensure that the IEP meets the individual student’s needs that arise out of the disability⁸⁷.

This reasoning is just as applicable to both the ADA and Section 504. The fact that a child is incarcerated does not relieve the state of any responsibility as it relates to not only the provision of special education services, but the finding and identify a finding of students who may require them, and the provision of such services in the least restrictive environment possible.

Through a combination of the least restrictive mandate and IDE IA subsection D of section 504 and the Homestead provision, any child who qualifies under any of the laws should be able to challenge of placement that is placed provided in a juvenile incarceration facility that is either failing to meet the needs of the child or when such services are not being provided in the least restrictive environment possible.

v. Solution

a. Multipronged Approach

Like most things in education and the justice system this is a complicated issue with no simple options and will likely take a coordinated multi-pronged approach to implement effective change.

⁸⁶ *Id.* at 5.

⁸⁷ *Id.* (citing 34 C.F.R. §§ 300.2 & 300.320, and Analysis of Comments and Changes to the IDEIA, Federal Register, Vol. 71, No. 156, p. 46662, August 16, 2006).

5. Legislative

The LRE provision in IDEIA should be amended, reinforcing its mandate with more definite language to clear up many of the ambiguities that seem to surround the provisions and clarifying that it must be used in all contexts, specifically highlighting that the provision should be used in the juvenile justice context whenever possible. This will hopefully lead to system reform perpetuated by the system itself. However, if it fails to produce timely reform then it will provide a legal platform that attorneys may use in behalf of clients to ensure compliance.

Language should also be added to address the “penological exception” to reinforce the idea that services are not optional for administrative convenience and it is only extreme emergency circumstances that these services may be removed without the proper due process procedures. They should also not be able to claim a lack of staff as a defense, as it is not available to any other affected agency.

Language also be added to be ADA mandating the provision of modifications to programs within the juvenile justice system be provided in the least restrictive environment possible. In order to further the full inclusion of children with disabilities in their current situation.

Language specific to the juvenile justice context should be added to 504 to reinforce the notion that it is applicable to youth in the juvenile justice and adult correctional facilities.

6. Advocacy

Concurrently advocates should respond to individual institutions encouraging the use of education in the least restrictive environment as a tool and not only better the lives of the participants but as a way of improving the juvenile justice system as well as recidivism rates.

7. Court System

The legal community should also work together to bring a series of court cases to emphasize in state jurisdictions the use of the LRE

provision as a tool for placing additional pressure leading to system changes. Due to the nature of the way the laws are written and as well as where the circuit courts have interpreted the law, suits not only can be brought against the juvenile facility as an LEA itself, but also against the state education system.

Test cases should also be brought test the use of the social maladjusted label to provide students who qualify for additional educational supports while incarcerated.

a. Sample system: The Missouri System.

The Missouri approach is more than a program model. While structural changes such as small programs close to home, family-like groups, and least restrictive environments have been vehicles for change, the organizational culture has clearly fueled the change. The culture is like a healthy tree that has roots that run deep and wide. You can see it in the faces of young people⁸⁸.

For example the Rosa Parks Center and Waverly youth center both are last chance centers one for boys and girls⁸⁹. Here, even the most violent of youth live together in a community style dorm environment, with no guards or locks, but escapes are few and far between⁹⁰. The students attend school with their peers in the house five days a week and as a result the students are experiencing both traditional graduations and GED success rates far above those in prison⁹¹. The 2014 results of all students in the custody of DYS: 461 students completing their secondary education, including 49.19% percent of all 17 year-olds at the time of discharge which is over 3 times the national average⁹².

⁸⁸ The Missouri Approach: A meaningful approach to Juvenile Justice Reform (Mar, 11,2015),<http://missouriapproach.org/>

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.*

Even though approximately 33% of the youth served by the Division have diagnosed educational disabilities, 74% of the students begin closing the achievement gap by improving academically during their commitment to DYS⁹³.

The students speak about how the staff care about them and take a true interest in them, they said they feel wanted, some for the first time in their lives⁹⁴. The councilors say that the most important thing they do is something that one never sees in a traditional prison hug; they say that some of the kids don't feel that they are worthy of hugs⁹⁵.

This system focuses on the rehabilitative nature of the juvenile justice system, every student gets the same sentence 'indeterminate' they don't are not released until staff thinks that they have been rehabilitated. This allows them to focus on the problems that are the root of the destructive behavior⁹⁶. The youths say that it is harder in this system where they are forced to face their problems rather than just sitting in a cell⁹⁷.

The cost per child in Missouri is half of the national average per child. This program has been working for over two decades. And only 10% of the juveniles reoffend as adults⁹⁸.

5. Conclusion

The above solutions would be effective but would require substantial time to gain the momentum necessary to get a congressional and judicial action requiring the implementation of the proposed changes. Using other large-scale educational initiatives as models

⁹³ *Id.*

⁹⁴ The Missouri Approach: A meaningful approach to Juvenile Justice Reform (Mar, 11, 2015), <http://missouriapproach.org/>

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Id.*

which took seven years from conception to adoption in all 50 states, I predict that it would be at least ten years before this process would face a comparable level of acceptance. The reason for the increased time span is based in the public perception of children that are system involved. Other large-scale educational initiatives had large political backers from the beginning but with a less universally accepted population the political and popular acceptance will likely to take longer to take effect.

It would be necessary for the advocacy part of the process to start as soon as possible to not only raise awareness of the reality of these students but also to start showing the failures of the prison system and the disparate effect it is having on students with disabilities. The process would also need to start in the court system as the time for these case to reach conclusion would be even more drawn out than regular court cases which deal with special education students as there is the additional burden of having to exhaust not only the educational administrative process but also the administrative process that are present in the justice system.

Autora convidada.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150016

**O QUARTO DE LOCKE E A CULPA PENAL: BREVES REFLEXÕES
SOBRE LIBERDADE, DETERMINISMO E RESPONSABILIDADE¹**

**LOCKE'S ROOM AND CRIMINAL GUILT: BRIEF REFLECTIONS
ON FREEDOM, DETERMINISM AND RESPONSIBILITY**

WAGNER MARTELETO FILHO

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
marteleto@mpmg.mp.br

RESUMO: O presente artigo tem por escopo investigar a possibilidade da responsabilidade subjetiva em cenários internos e externos determinísticos e, em especial a legitimidade de se manter o sistema penal fundado na ideia de culpa.

PALAVRAS-CHAVE: culpa; determinismo; indeterminismo; compatibilismo; liberdade; responsabilidade; livre-arbítrio.

ABSTRACT: This paper aims to investigate the possibility of subjective responsibility in internal and external deterministic scenarios and, in particular, the legitimacy of maintaining the criminal system based on the idea of guilt.

KEY WORDS: guilt; determinism; indeterminism; compatibilism; freedom; responsibility; freewill.

¹ O presente artigo foi originalmente publicado, com pequenas alterações, na Revista Anatomia do Crime, vol.I, 2015, p.173-194, do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Indeterminismo – determinismo – compatibilismo: impactos da discussão nas teorias da culpa. 2.1. Em um extremo: *liberum arbitrium indifferetiae* e culpa como possibilidade de agir de outro modo. 2.2. No outro extremo: o determinismo no sentido forte, as neurociências e o “pior cenário”. 3. Um caminho alternativo: perspectivas compatibilistas. 3.1. O compatibilismo e a culpa pelo caráter. 4. A culpa como comunicação da deslealdade ao direito e o livre arbítrio como constructo social válido. 5. A liberdade da espontaneidade e a imputação: uma proposta de solução para o dilema do “quarto de Locke”. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

Um sujeito fechado em um quarto, do qual não pode sair e no qual deseja permanecer, é livre? A liberdade exige sempre alternativa de ação ou se integraliza na simples espontaneidade do comportamento? Essas perguntas inspiram a presente investigação, pretendendo-se tomar o exemplo do “quarto de Locke”² como uma metáfora para problematizar os impactos das recentes descobertas das neurociências no campo do direito penal, bem ainda dialogar com as contemporâneas vertentes filosóficas que investigam a antiga querela entre o determinismo e o livre-arbítrio.

A base ética do direito penal consiste na ligação entre a pena e a culpa do autor, tomando-se por fundamento a liberdade (JÄGER, 2013, p. 11. Também: HILLENKAMP, 2005, p. 316). Parte-se do princípio de que não há possibilidade moral, ética e jurídica de responsabilização sem a constatação da culpa (KAUFMANN, 1961, p. 15), da qual a liberdade é o substrato material. Cabe aqui relembrar a em-

² O dilema, concebido por Locke (1689, posição 3282 – obra digital – Kindle edition), consiste no seguinte: uma pessoa a dormir é levada para um quarto; quando acorda, deseja permanecer, uma vez que se encontra com um conhecido, com o qual pretendia dialogar; não realiza qualquer conduta, portanto, direcionada a sair do quarto. Ocorre, porém, que o sujeito se encontra efetivamente preso - algo que ignora - e não poderia sair, mesmo que o quisesse. Indaga-se, pois: a conduta de permanecer no quarto, mesmo que sem uma oportunidade real de escolha, pode ser predicada como livre? Esclareça-se que Locke apresenta o exemplo no sentido de postular que a liberdade se configura a partir da possibilidade de atuação segundo a vontade, em um sentido ou n'outro, não se reduzindo à vontade mesma. Certo é que o exemplo do quarto de Locke recobra sua atualidade diante das inquietantes descobertas das neurociências no que concerne ao fenômeno da consciência, para as quais o direito penal não pode fazer ouvidos moucos. (PALMA, 2005, p. 21).

blemática advertência de Binding (1919, p. 24): “o elaborador da lei penal pode dizer: puno também o comportamento isento de culpa. Mas aí se transformará em um déspota e fomentador de injustiças”³.

Este axioma marcadamente liberal – *nulla poena sine culpa*⁴ – vem sendo colocado em discussão nos tempos atuais, especialmente em face das descobertas dos neurocientistas, que tomaram o livre-arbítrio por seu objeto de questionamento – e mesmo de negação –, re-acendendo um debate antigo sobre o determinismo e a liberdade⁵.

A incômoda pergunta sobre a “existência”⁶ do livre-arbítrio, em um mundo informado pela causalidade determinista, parece mesmo abalar um dos pilares tradicionais da culpa, a saber, a possibilidade concreta de o autor atender ao comando da norma, na situação fáctica em que se encontrava.

É certo que, de há muito, encontra-se superada a concepção de uma “liberdade absoluta”⁷ – identificada com o *liberum arbitrium indifferentiae* –, que traduziria, reconheça-se, uma negação da escolha livre e uma queda no puramente aleatório⁸. Neste cenário, seriam todos responsáveis por tudo (PALMA, 2005, p. 36).

³ Vejam-se os comentários sobre esse pensamento de Binding em Armin Kaufmann (1976, p. 348 et seq.)

⁴ Sobre o desenvolvimento do princípio, indicando que sua formulação negativa não esclarece seu conteúdo material, veja-se Kaufmann (1961, p. 15; p. 116 et seq.), com uma fundamentação ontológica do princípio da culpa a partir do Ser (*Sein*) e não ôntica, do ente (*Seiende*). Para Kaufmann, o que distingue o homem dos outros seres vivos, fazendo-o passível de culpa, é exatamente sua natureza espiritual, sua personalidade. No direito italiano, veja-se ainda, no mesmo sentido, Mantovani (2001, p. 302).

⁵ Confira-se um breve resumo sobre a problemática do livre-arbítrio no plano dogmático, com referência às posições dos seus defensores e detratores, em: Schmidhäuser (1970, p. 285-286).

⁶ É de se questionar se o “existir” seja aplicável ao constructo. Isso passa pela discussão da razão teórica, que tem por objeto o que algo “é” e a razão prática, que tem por objeto perquirir sobre se algo vale.

⁷ Veja-se, sobre isso, o posicionamento de um defensor do indeterminismo que não subcreve a ideia de liberdade absoluta, como Dreher (1992, p. 15).

⁸ Neste caso, já nos parece correta a posição de Liszt (1927, p. 32). Veja-se também, em sentido crítico da liberdade como autonomia absoluta em Sartre: Kaufmann (1961, p. 127); e ainda: Dias (1995, p. 34 e 52).

Acrescente-se que a ideia da culpa fundada no critério racional do *poder agir de outro modo*, geralmente associada ao indeterminismo, encontra-se em descrédito (JESCHECK;WEIGEND, 1996, p. 409), dada a inviabilidade de se produzir uma prova empírica concludente em tal sentido (HASSEMER, 2009, p. 851), bem assim em face dos riscos de uma excessiva eticidade do direito penal (GÜNTHER, 2005, p. 2)⁹.

Aceitam-se, de há muito, seja na filosofia (estoicismo¹⁰, existencialismo etc), seja nas ciências empíricas (neurociências, antropologia, psicologia, sociologia etc)¹¹, a existência de fatores externos (cultura, religião, etnia, condições socioeconômicas etc) e internos (sentimentos¹², afetos, inconsciente etc), que de algum modo condicionam ou influenciam o comportamento do sujeito.

Nesse cenário, o que resta?

Apresenta-se, por um lado, uma concepção de culpa eventualmente compatível com o determinismo¹³, como se vê nas teorias da “culpa da vontade referida ao caráter”¹⁴, tais como a “culpa na condução de vida”

⁹ O Autor destaca a aproximação dessa perspectiva da responsabilidade moral, fundada na autonomia, o que pode ameaçar a necessária separação, em um Estado liberal, entre o direito, a moral e a ética. Tal concepção de culpa, ainda de acordo com o Autor, acaba por lidar com o autor do fato como pessoa moral ou ética, e não como um sujeito de direito (*Personen des Rechts*).

¹⁰ Para os filósofos estoicos, a liberdade autêntica é resultado de um longo trabalho sobre si, sendo entendida como um processo de emancipação de ilusões ou medos. Confira-se: RENAUT (2010, p. 639).

¹¹ Veja-se o alerta de Jorge de Figueiredo Dias (2012, p. 513 e 517) para o problema de individualização ou generalização do juízo de censura, em face dos desenvolvimentos das ciências do homem.

¹² Fernanda Palma (2005, p. 26-27) esclarece que, no sistema português, os sentimentos e emoções não podem conduzir à exclusão da culpa de um agente imputável. Assim, ou bem se conduzem ao conceito de anomalia psíquica, podendo ensejar a inimputabilidade, ou, quando muito, podem configurar atenuantes especiais.

¹³ Já assim, no século XIX, Adolph Merkel (1889, p. 73).

¹⁴ Sobre o tema, especialmente acerca do elemento caracterológico da culpa, confira-se: Achenbach (1974, p. 55 et seq.).

(*Lebensführungsschuld* – MEZGER; BLEI, 1967, p. 154-155¹⁵), a “culpa como dever responder pelo caráter próprio” (ZU DOHNA, 1966¹⁶), a “culpa da personalidade” (CORREIA, 1968, p. 317)¹⁷ e a culpa ético-existencial, baseada na liberdade pessoal (DIAS, 1995, p. 119 et seq.¹⁸).

De sua parte, as teorias da culpa de orientação funcionalista, sejam as radicais, como a “culpa como atribuição segundo necessidades preventivas gerais, para estabilização da ordem normativa” (JAKOBS, 1991, p. 476 et seq.), sejam as moderadas, como “a culpa como atuação injusta, em que pese a existência de acessibilidade normativa” (ROXIN, 2006, p. 868 et seq.)¹⁹, põem entre parênteses a problemática do livre arbítrio e do determinismo, assumindo uma postura agnóstica (JAKOBS, 1991, p. 484). Mas isso não significa que o pressuposto da liberdade, ainda que como possibilidade de motivação segundo expectativas normativas, seja objeto de total renúncia, mesmo para tais vertentes (ROXIN, 2006, p. 870).

O problema consiste, pois, em verificar a possibilidade de se afirmar um espaço suficiente de liberdade de ação que torne aceitável a ideia de responsabilidade ética e jurídica²⁰, de modo coerente com uma específica concepção de culpa.

¹⁵ Mezger (1949, p. 254) deixa bastante claro que a referência ao caráter, na culpa, somente pode se realizar de forma mediata, na medida em que a culpa é culpa do ato, tendo o ato relação com a personalidade do autor que o realiza.

¹⁶ Para o Autor, como o homem tem o domínio de seu fato, ele é feito responsável pelo que fez. E isso independentemente do fato de que o agente, exatamente por ser o que e quem é, não poderia ter decidido de outra maneira.

¹⁷ O Autor defende, em síntese, um indeterminismo relativo, aceitando limitações endógenas e exógenas e postulando que, mesmo em face delas, o homem possui liberdade para se decidir e agir de outra maneira.

¹⁸ Veja-se que Jorge de Figueiredo Dias faz questão de explicitar, distanciando-se dos demais, que sua concepção é abertamente “crente na liberdade da pessoa”, não sendo determinista, antes se fundando na personalidade como fruto de uma decisão livre (2012, p. 525).

¹⁹ Note-se que Jorge de Figueiredo Dias (2012, p. 520) situa essa concepção de culpa no âmbito da culpa da vontade, na medida em que se baseia na capacidade de motivação segundo o apelo normativo.

²⁰ Para Jorge de Figueiredo Dias, a liberdade ocupa mesmo um papel central na controvérsia em torno da culpa, tanto nela se exprimindo o efeito limitador que cumpre à última como o caráter de censura ético-pessoal (2012, p. 515).

Destaco, por oportuno, que me interessará aqui uma análise especialmente no âmbito do princípio da culpa²¹. Obviamente se podem problematizar as questões nos terrenos da ação (especialmente quanto às estruturas de capacidade e competência), da imputação objetiva e subjetiva (sobretudo no tocante à problemática do dolo como decisão). Mas esse não é o problema principal, que na verdade o precede e também o sucede: precede porque a estrutura da imputação depende do modelo de sistema penal adotado, ou seja, se ancorado, ou não, no princípio da culpa; e sucede porque a liberdade também é um pressuposto da culpa *stricto sensu*, no modelo do sistema penal atual²², em uma perspectiva de culpa essencialmente normativa (FRANK, 1905, p. 12)²³.

Se, afinal, o modelo da culpa porventura tiver que ser descartado²⁴, as regras de imputação terão que se transmutar em outras, adequadas, por exemplo, a um “direito penal”²⁵ puramente preventivo, de medidas, como propõem alguns neurocientistas²⁶.

2. Indeterminismo - determinismo – compatibilismo: impactos da discussão nas teorias da culpa

Não há dúvidas de que existe uma crença generalizada, no nível do *sensus communis* e da psicologia cotidiana, de que possuímos livre-arbítrio²⁷, crença essa que se sustenta em duas premissas básicas: a)

²¹ Enfocando o problema sob este prisma, ou seja, de clarificação dos pressupostos na base dos quais devem se encontrar critérios para a solução dos problemas que se relacionam com a culpa penal, veja-se Albuquerque (1994, p. 89).

²² Refiro-me, aqui, aos sistemas português, alemão e brasileiro, por exemplo, com os quais irei trabalhar.

²³ Para uma visão geral sobre a guinada da teoria psicológica para a normativa, começam com Reinhard Frank, confira-se: Achenbach (1974, p. 97 et seq.).

²⁴ Apenas para esclarecer, desde logo, minha posição, acompanho Tonio Walter (2006, p. 131) em uma feliz assertiva que resume bem as coisas e as coloca no devido lugar: “onde o direito penal se vincula a algo diverso da culpa, ele deixa de ser, em sentido material, direito penal”.

²⁵ As aspas se devem à negação de que tal modelo possa ser predicado como “direito penal”.

²⁶ Confira-se, criticamente, e citando as posições de Gerhard Roth, Singer e outros: Stuckenberg (2007, p. 154, nota 788).

²⁷ Sobre uma ideia de liberdade referida à condição humana geral, que se distingue da ideia de liberdade política e se funda em uma perspectiva metafísica, veja-se: Renaut (2010, p. 633-634).

depende de nós decidir (*is up to us*) diante de alternativas possíveis de escolha; b) a origem de nossas escolhas está em nós mesmos, e não em fatores externos (Deus, natureza, outra pessoa etc).

Por força de tal concepção, que se sustenta no plano da razão prática, o livre arbítrio é associado a múltiplas noções valorativas, como autonomia, responsabilidade moral, merecimento, censura etc. Esta moldura geral se aplica tanto a nós mesmos como aos outros que se relacionam conosco na vida social; é ela quem permite distinguir um esbarrão involuntário de um empurrão, como sugestivamente exemplifica Hart (2009, p. 183), algo essencial para que o ofendido possa valorar a conduta que lhe causou dor.

Lança-se, porém, a hipótese de que talvez nossas escolhas estejam pré-determinadas inconscientemente e de que apenas aparentemente usufruímos de liberdade. Diante dos fatores determinísticos de variadas ordens, a ideia do livre-arbítrio se torna, pois, controvertida.

Assim, a questão que se coloca é a de saber se o livre-arbítrio é compatível com o determinismo causal, especialmente endógeno, permitindo-se a adscrição da responsabilidade ética e jurídica.

2.1. Em um extremo: *liberum arbitrium indifferantiae* e a culpa como possibilidade de agir de outro modo

O indeterminismo, em um sentido radical, identifica-se com a liberdade absoluta, da indiferença (*liberum arbitrium indifferantiae*), de se fazer qualquer coisa, uma ou outra de duas ações diametralmente opostas (MENDES, 2007, p. 53).

O indeterminismo “puro” instaura a ausência da causalidade, e o ato se prende ao mero acaso (WALTER, 2006, p. 132. WELZEL, 1954, p. 109-110). Mas a atuação, vinculada no acaso ou na sorte, não se predica como uma ação livre (INWAGEN, 2002, p. 168-169 e 174), o que torna o livre-arbítrio, de partida, incompatível com o indeterminismo radical.

Em uma perspectiva mais modesta, os autores classificados como “libertários” afirmam o livre-arbítrio, geralmente em base racional, e rechaçam a proposta determinista (KANE, 2007, posição 118).

Para tal perspectiva, o genuíno-livre arbítrio não pode existir em um mundo que seja completamente determinado pelo destino ou por Deus; por leis da física; pela hereditariedade ou pelo ambiente; ou ainda por condicionamentos psicológicos ou sociais etc. Em tais cenários, o determinismo eliminaria o poder de fazer outra coisa (*power to do otherwise*), que seria a base mesma do livre-arbítrio (KANE, 2002, p. 11).

Vinculando-se a tal concepção, Peter Inwagen (2002, p. 159), através do denominado “*consequence argument*”, finca duas premissas e extrai uma conclusão: 1 - se tudo o que ocorre obedece a uma lei causal determinística, preexistente ao sujeito; e 2 - se o sujeito nada pode fazer para alterar tal causalidade antecedente, infere-se: a ação jamais poderá ser livre, pois não compete a ele (*up to him*) decidir sobre sua realização. Portanto, caso se assuma que o determinismo seja verdadeiro, ninguém pode ser responsabilizado por nada.

Para os libertários, considerado um mesmo cenário passado, com idênticas condições (fáticas, psicológicas, neurológicas etc), um agente poderia ter atuado de uma ou outra forma, estando presente um fator não determinístico fundado em uma espécie extra de regulação, geralmente designada como “*agent-causal*”. Essa *agência*, que se prende ao dualismo cartesiano, já foi concebida de distintas formas, seja como um *noumenon* (KANT)²⁸, seja como um “centro de poder transempírico” etc (KANE, 2007, posição 408), em bases metafísicas.

A fragilidade do pensamento libertário consiste em que se sustenta em uma suposição puramente racional do livre arbítrio, postulando-o, no limite, como uma categoria apriorística fundada na razão (inteligível), sem nenhuma base empírica²⁹, ou simplesmente apoiada

²⁸ No caso de Kant, trata-se da liberdade inteligível, ontológica (*noumenon*), em oposição à liberdade fenomênica, empírica, que é uma liberdade causal e de conteúdo negativo. Sobre a autonomia da pessoa, em Kant, relacionada ao “*homo noumenon*” ou “*homo intelligibilis*”, que independe do homem empírico, veja-se a explicação muito clarificadora de Arthur Kaufmann (1961, p. 119).

²⁹ Vejam-se as críticas de Daniel Dennett e Christopher Taylor (2002, p. 158) sobre o absolutismo da moral kantiana, que desconsidera (obviamente de modo proposital) a realidade empírica do sujeito.

no sistema normativo³⁰. Arrancando da filosofia racional kantiana, em que a liberdade inteligível acaba por se fundar num postulado do dever³¹ (*tu podes porque tu deves*), os libertários³² defendem que nós necessitamos acreditar no livre-arbítrio para fins de que a moralidade e a responsabilidade tenham sentido.

Tal perspectiva é a que melhor parece se entrosar com a ideia normativa de culpa como reprovabilidade (FRANK, 1905, p. 12), exigibilidade (GOLDSCHMIDT³³. 1913, p. 162) e possibilidade de agir de outro modo, concepções essas que compartilham das mesmas dificuldades que a base filosófica sobre a qual estão sedimentadas (ROXIN, 2006, p. 860 et seq.).

Claro está que não posso analisar todas as nuances das teorias normativas da culpa que se apoiam na ideia central da possibilidade de ação diversa por parte do agente³⁴, salvo situações concretas de inexigibilidade. O que mais importa é assinalar que tal concepção pressupõe, no sujeito, uma capacidade de dominar seus instintos e atuar racionalmente, ou seja, de fazer o que dele exige o Direito³⁵ (criticamente: KARGL, 1993, p. 68-69), capacidade que só pode ser afastada diante da presença de circunstâncias especiais, que tornem

³⁰ Nesse último sentido (normativo), veja-se: Dreher (1992, p. 14-15). Também, defendendo a compatibilidade da perspectiva indeterminista com o sistema penal alemão vigente, confira-se: Walter (2006, p. 135-136). Contra, vejam-se as críticas de Jorge de Figueiredo Dias (2012, p. 517).

³¹ Criticamente, abordando a questão desde uma perspectiva de inviabilidade de prova empírica acerca da possibilidade de o agente, em determinada situação, ter atuado de outra maneira: Roth (2003, p. 45; 48).

³² Note-se que a classificação “libertários” se aplica aos filósofos contemporâneos que não só afirmam que o livre-arbítrio seja incompatível com o determinismo, como ainda postulam sua efetiva existência. Para eles há duas tarefas: primeiro, negar o determinismo; segundo, negar a compatibilidade entre o determinismo e o livre-arbítrio. Neste sentido, confira-se: Kane (2002, p. 22).

³³ No conhecido trabalho *Der Notstand, ein Schuldproblem*, Goldschmidt desenvolveu e situou os fundamentos da desculpa no plano da teoria da culpa (ACHENBACH, 1974, p. 114). O Autor apontou as distinções entre os aspectos objetivos e subjetivos, desvelando a existência de circunstâncias subjetivas que tornam inexigível o cumprimento do dever pelo sujeito (1913, p. 162).

³⁴ Veja-se, sobre o tema, de modo mais desenvolvido: Achenbach (1974, p. 143 et seq.).

³⁵ Desenvolvendo as ideias de Frank, no sentido da culpa como censura, Goldschmidt (1913, p. 141 et seq.) colocava acento na violação da norma de dever, cujo cumprimento se exige do agente, salvo se estiver presente uma causa de exculpação.

inexigível (subjetivamente) o cumprimento do dever (GOLDSCHMIDT, 1913, p. 141-142; 162 et seq., sobretudo em relação ao estado de necessidade de exculpação).

Partindo da ideia de culpa como censura, Welzel (1954, p. 106) sustentava que somente na comparação entre o que o agente fez e o que poderia e deveria ter feito, como “homem que é”, torna-se possível a imputação de merecimento ou do reproche como culpa. Mas o Autor já advertia que a censura da culpa deve se voltar ao sujeito individual, e não a um “outro em seu lugar”, devendo ser considerada a concreta capacidade daquele em cumprir a norma, seja no plano do livre-arbítrio, seja ao nível da capacidade como imputabilidade. Portanto, para Welzel (1954, p. 112), a culpa surge com a ausência de autodeterminação com sentido, por um sujeito que poderia se autodeterminar (com sentido).

Nada obstante a força dos seus fundamentos, os críticos apontam que as consequências político-criminais da concepção de culpa como exigibilidade direcionada ao sujeito concreto seriam intoleráveis (DIAS, 2012, p. 518). De um lado, sua aplicação consequente deveria conduzir à absolvição sempre que o delinquente afirmasse que não pôde agir de outro modo, na medida em que a prova do caso oposto seria impossível (ROXIN, 2006, p. 861). Por coerência, os delinquentes mais perigosos deveriam ser tratados de modo mais tolerante, na medida em que encontrariam maiores dificuldades de atender ao apelo normativo, resistindo aos impulsos (em sentido crítico, CORREIA, 1968, p. 52).

Diante das insuperáveis dificuldades de análise do indivíduo concreto, a manutenção da ideia de culpa fundada no poder agir de outro modo passou a se apoiar em uma inevitável generalização/abstração, buscando-se uma medida de comparação social³⁶. Assim, indaga-se sobre se um cidadão mediano (*Durchschnittsmenschen*), em condições análogas, poderia ter atendido ao apelo normativo³⁷.

³⁶ Assim, na doutrina tradicional: Jescheck; Weigend (1996, p. 427). Também: Bockelmann (1987, p. 35-36).

³⁷ Achenbach (1978, p. 147-148) imputa a paternidade da teoria a Arthur Wegner, ressaltando que foi seguido por James Goldschmidt e Eberhardt Schmidt.

Mas agora ressurgem todas as oposições conhecidas ao critério do “homem médio”, que tomam o indivíduo como um homúnculo, o que acaba por esvaziar o juízo da culpa, rejeitando-se o pressuposto em que pretendia se estabelecer (ROXIN, 2006, p. 861).

Paradoxalmente, a liberdade racional e formal de escolha, atribuída ontologicamente, e não ao “homem-fenômeno”, pode também conduzir à responsabilidade absoluta, na medida em que permite impor o cumprimento de uma ordem qualquer, desconectando-se das limitações internas e externas do sujeito individual (PALMA, 2005, p. 36-37. Também: KARGL, 1993, p. 69).

Nesta seara, assiste razão a Adolph Merkel (1889, p. 108), no momento em que observa que a causa da censura ou da atribuição de mérito não é ter tido o agente a oportunidade de realizar outra conduta, mas sim a conduta que este exteriorizou segundo a sua própria individualidade.

Também se podem convocar aqui os “exemplos de caráter”, propostos por Daniel Dennet, para justificar a responsabilidade diante da falta de possibilidade de agir de outro modo. A frase: “Aqui estou, eu não posso fazer outra coisa”, proferida por Lutero, ao romper com a Igreja Católica, não sugere falta de liberdade; ao contrário, indica a afirmação da liberdade existencial, mesmo que não haja escolha (*alternative possibilitie*) para o agente³⁸, em face de ele “ser quem ele é”³⁹.

Portanto, se esta concepção de culpa, fundada racionalmente na possibilidade de agir de outro modo, não fornece uma solução satisfatória, impõe-se, pois, testar a viabilidade das outras hipóteses, inclusive das que partem do determinismo, para fundamentar a responsabilidade.

³⁸ O que Dennet pretende com o exemplo é defender a compatibilidade entre o determinismo e o livre-arbítrio, sustentando que este nem mesmo requer o poder de fazer outra coisa ou alternativa possível. Veja-se ainda: Zu Dohna (1966, p. 80).

³⁹ Apesar de se alinhar aos libertários, Robert Kane considera que decisões como essas, representativas da ideia de “*ultimate responsabilitie*”, são o resultado da personalidade formada ao longo da vida, não colidindo, em absoluto, com o livre-arbítrio (2007, posição 653).

2.2. No outro extremo: o determinismo no sentido forte, as neurociências e o “pior cenário”

Em sua formulação radical ou em seu sentido forte, o determinismo implica que tudo o que acontece obedece a uma lei causal necessária (DENNET; TAYLOR, 2002, p. 272) e é, por isso, inevitável; abrange, nesse sentido, tanto os fatos da natureza como as ações humanas (EKSTROM, 2002, p. 318).

Para tal perspectiva (“incompatibilismo no sentido forte”, ou *hard incompatibilism*⁴⁰), não existe nenhum espaço para o livre arbítrio e, portanto, para a responsabilidade moral em sua concepção tradicional (PEREBOOM, 2007, posição 1366)⁴¹. Quando muito, abrem-se espaços para um direito penal de medidas terapêuticas e de inocuidade, uma vez que o reproche, com conteúdo ético, está, à partida, fora de questão⁴².

Gerhard Roth (2006, p. 11), por todos, sustenta que a vontade livre não pode ser de nenhum modo causadora puramente espiritual da ação, conforme comprovam os atuais conhecimentos neurobiológicos e da psicologia comportamental. Uma concepção de decisão como vontade reflexiva, livre de motivos inconscientes, seria, nesse sentido, absolutamente insustentável⁴³. Ao contrário, segundo o Autor, as modernas pesquisas sobre o cérebro comprovam que a vivência subjetiva de percepções, pensamentos, representações e planos são claramente dependentes de processos neuronais (ROTH, 2003, p. 47), realizados no sistema límbico, de modo inconsciente. Em re-

⁴⁰ Sobre isso, detalhadamente, veja-se: Pereboom (2007, posição 1366 et seq.).

⁴¹ O Autor compara a situação dos criminosos com a situação dos infectados por doenças contagiosas, que devem ser mantidos em quarentena. Defende, assim, que os criminosos perigosos devem ser sujeitos à detenção, procurando-se oferecer-lhes a reabilitação. Observa que tais indivíduos não devem ser julgados moralmente, o que desautoriza, consequentemente, a aplicação da pena com fins retributivos ou dissuasórios. Os déficits de legitimidade de tal concepção são tão evidentes e alarmantes que dispensam muitos comentários. Basta refletir sobre o perigo de um direito de medidas para a liberdade individual, para se concluir sobre sua inadequação em um Estado de Direito Democrático.

⁴² Confira-se a breve explicação de Jorge de Figueiredo Dias sobre a hiperacentuação de momentos subjetivos e empíricos da conduta, que levam o direito penal à fronteira das medidas terapêuticas (1987, p. 178).

⁴³ Reportando-se a Roth, em sentido crítico: Demetrio Crespo (2011, p. 15).

sumo: tudo seria decidido antes da tomada de consciência, ficando dependente de fatores gravados no cérebro durante a formação da personalidade e do caráter, inclusive de natureza hereditária. Portanto, para o Autor (2003, p. 57), o direito penal deveria se transformar em um direito de medidas terapêuticas e de prevenção de perigos, destinado a condicionar o sistema límbico, abandonando-se o caráter de censura (contra: HILLENKAMP, 2005, p. 315 et seq.). Cumpre referir aqui Liszt (1968, p. 329) – que era um determinista convicto –, o qual rechaçava, como se sabe, o caráter retributivo da pena e defendia, exclusivamente, seus fins preventivos/terapêuticos (explicativamente: JESCHECK; WEIGEND, 1996, p. 408).

Mas a hipótese de um determinismo forte, que não deixa nenhum espaço de liberdade, também não pode ser acolhida, por razões de várias ordens.

A primeira é bastante direta e simples: não foi comprovada cientificamente a impossibilidade do livre-arbítrio (LIBET, 2002, p. 562. HILLENKAMP, 2005, p. 318) nem, por conseguinte, a hipótese oposta do determinismo forte (PALMA, 2005, p. 45).

Os testes levados a cabo pelo neurocientista norte-americano Benjamin Libet, na década de 80 do século passado, indicam que o surgimento da consciência nas ações voluntárias é “posterior” à leitura cerebral que programa/prepara o ato (*readiness potential* ou, na terminologia alemã, o *Bereitschaftspotential*⁴⁴). Assim, com base nos reportes dos envolvidos nos experimentos, a preparação no cérebro do ato de dobrar o pulso (ou mexer um dedo) ocorreria antes mesmo da respectiva tomada da consciência (*awareness*). Essa diferença de tempo foi medida pela escala de milhares de microssegundos, considerando-se, como ponto de chegada, o momento em que o sujeito toma consciência da vontade de executar o movimento (*first aware*) (LIBET, 2002, p. 552). Em síntese, os experimentos comprovariam que o ato voluntário é o resultado direto ou indireto desse potencial de preparação inconsciente do cérebro (ROTH, 2003, p. 50).

⁴⁴ Veja-se, em resumo: Koch (2006, p. 228-232). Confirmam-se, ainda, as críticas diretas e precisas de Tonio Walter (2006, p. 137), defendendo o Autor que os experimentos não detêm nenhuma aptidão para alterar as bases do sistema penal, fincadas na ideia de liberdade e responsabilidade.

Todavia, os testes foram realizados em um campo demasiado restrito (atos “quase-reflexos”), sendo inservíveis para a apreciação de comportamentos complexos, com conteúdo moral (JÄGER, 2013, p. 9)⁴⁵, que são os que contam para o direito⁴⁶.

De se ver, de qualquer sorte, que nos seus experimentos posteriores, Libet constatou que a consciência possui ainda um “direito de veto” (*Vetorecht*), derivado de uma função de controle (ROXIN, 2006, p. 872). Há, assim, uma liberdade de evitar movimentos (*free won't* – ou a liberdade-de-não-querer) cuja preparação se iniciou (HILLENKAMP, 2005, p. 319). A consciência pode paralisar o processo volitivo, antes que a consequência (o ato) efetivamente ocorra (KOCH, 2006, p. 226-227). E isso ocorre especialmente em se tratando de atos com implicações no plano moral (LIBET, 2002, p. 556)⁴⁷. É por isso que o próprio Libet insiste na ideia de que seus testes não negam o livre-arbítrio, advertindo que a hipótese determinista não foi comprovada empiricamente.

O emprego desavisado dos testes para se exigir, por exemplo, a ruptura com o direito penal da culpa configura o “erro categorial” apontado por Hassemer (2009, p. 6. No mesmo sentido, veja-se: Kindhäuser⁴⁸, 1980, p. 14), ou seja, a pretensão de se submeter a

⁴⁵ Também no mesmo sentido, Streng (2007, p. 685). Contra, Roth (2003, p. 54), para quem a capacidade de avaliação não é menos determinada do que os afetos e emoções. Ainda segundo Roth, mesmo que o resultado provenha de ponderações racionais, isto se liga à última decisão do sistema límbico.

⁴⁶ Sobre a consciência moral como a marca distintiva do humano, confira-se: Renaut (2005, p. 34). Aliás, a coisa já pode ser lida mais agudamente: não há que se aplicar o termo liberdade fora do contexto de um ato moral, o que torna o teste, de partida, imprestável para a sua aferição. O que está em jogo aqui, é de se insistir, é um julgamento prático (que remete ao valor) e não teórico.

⁴⁷ Sobre o poder de veto, Jäger (2013, p. 5-7) menciona os processos hipnóticos, nos quais o hipnotizado pode realizar condutas sem conteúdo moral, como latir, mas não obedece a comandos com forte conteúdo moral, como por exemplo matar uma pessoa (salvo se tal decisão já houvesse sido tomada anteriormente pelo próprio hipnotizado).

⁴⁸ O Autor refere-se ao emprego de expressões fora de seus contextos de designação significativa, o que faz nascer estranhezas e problemas aparentes. Isso se daria, precisamente, com o fato de se duvidar do livre-arbítrio em face de um possível condicionamento da vontade por correntes cerebrais.

ciência jurídica (uma ciência do espírito, referida a valores), a uma tal perspectiva empírica, exclusiva das ciências naturais⁴⁹.

A rejeição do “determinismo forte” pode ser fundamentada na compreensão da realidade, intersubjetivamente compartilhada e com altíssimo grau de consenso⁵⁰, sobre a existência de certo espaço de liberdade de escolha, o “*elbow room*” de Daniel Dennet e Christopher Taylor (2002, p. 169), como algo inerente ao ser (ou ao *existir*)⁵¹ humano⁵².

Ora, a liberdade não se submete à experiência empírica como se fora um objeto⁵³, nem se confunde com um fenômeno causal-naturalístico (PALMA, 2005, p. 44-45)⁵⁴. A autonomia do pensamento ético, para a avaliação dos comportamentos próprios e alheios, joga aqui um papel mais decisivo do que responder à polêmica acerca da compatibilidade do livre-arbítrio com o determinismo, no quadrante em que a questão se coloca (JESCHECK; WEIGEND, 1996, p.412).

Ainda que, na pior hipótese, as neurociências venham a comprovar o determinismo endógeno, provavelmente esta “prova empírica” será rechaçada pelo direito, enquanto instrumento de regulação da vida social (STRENG, 2007, p. 691. Também: HASSEMER, 2009, p. 850).

Portanto, uma vez que a hipótese do livre-arbítrio não foi validamente falsificada, não há razão para o acolhimento da perspectiva determinista radical, que conduziria à aniquilação do Direito Penal da culpa.

⁴⁹ Esclarece o Autor que o erro decorre do fato de que o instrumento de uma ciência resulta determinado por seu objeto formal. O ingresso em outro objeto, com o instrumental equivocado, implica uma confusão de categorias. Sobre isso, também: Kaufmann (1979, p. 67).

⁵⁰ Sobre a importância do consenso intersubjetivo para a ciência jurídica, sobretudo para o conceito de verdade, veja-se: Kaufmann (1979, p. 72-73).

⁵¹ Sobre a liberdade fundada no existir humano, como característica essencial do ser-*ai* (*Dasein*), veja-se: Dias (1987, p. 196-197).

⁵² Sobre a impossibilidade de a ciência penal se distanciar da teoria da linguagem cotidiana, confira-se: Stuckenberg (2007, p. 160).

⁵³ Conforme resume Tonio Walter (2006, p. 144): “A liberdade do homem permanece sendo seu maior desafio e seu mais elevado bem”. Também, afastando a possibilidade de se analisar a prova da liberdade a partir do método mecânico-naturalístico, Albuquerque (1994, p. 105).

⁵⁴ Abordando-se a questão a partir da perspectiva da responsabilidade do homem como ser-com-o-outro, que também supera a querela do determinismo/indeterminismo, confira-se: Dias (1987, p. 179-180).

3. Um caminho alternativo: perspectivas compatibilistas

A perspectiva compatibilista é assumida, com significativas distinções, pela maior parte dos filósofos modernos (como Thomas Hobbes, John Locke, David Hume, John Stuart Mill entre outros) e também contemporâneos (Daniel Dennet, Harry Frankfurt, John Fischer etc), quando menos por uma razão pragmática: permite dissolver o problema da contrariedade entre o determinismo e o livre-arbítrio.

De um modo geral, o compatibilismo postula, com múltiplos e distintos fundamentos, a possibilidade simultânea de uma pessoa ser determinada por leis causais e, independentemente disso, ser livre (KANE, 2002, p. 7), ou possuir liberdade de decisão (WALTER, 2006, p. 133).

Apresentam-se como características centrais do pensamento compatibilista “clássico”: a) o reconhecimento de que deve haver um poder ou aptidão para agir segundo o querer, não importando a origem determinística do desejo ou da vontade; b) a defesa de que tal poder só pode ser afastado em situações de coação ou constrição externa, que impeçam a ação; c) a exigência de uma possibilidade alternativa de ação (*altenative possibility*), para a afirmação da liberdade. A atuação segundo a natureza das coisas, ainda que em certo sentido determinada pela escolha atual, pode, assim, ser predicada como livre (MERKEL, 1889, p. 73).

Já para uma vertente contemporânea do compatibilismo, a possibilidade de alternativa de ação não é sequer necessária para que se configure uma ação livre, antes bastando a liberdade do querer e a ausência de coerção na sua execução. Por outras palavras, contentam-se com a “liberdade da espontaneidade” (BEROFSKY, 2002, p. 188).

Parte-se da ideia de que, se uma ação não foi querida, revela-se desnecessário indagar sobre sua possibilidade de execução fática; basta que o agente atue sem constrição, expressando seu querer, ainda que em um cenário fático determinístico, para ser considerado livre e passível de responsabilização.

O poder causal do desejo é, nesta concepção, suficiente para a ideia de liberdade e responsabilidade (PALMA, 2005, p. 40-41 e 56), ainda que não existam alternativas concretas de ação.

Para essa perspectiva, a responsabilidade decorre do *conteúdo da vontade* e da *qualidade da volição*; pressupõe uma liberdade do querer, que se manifesta no ato (o *guidance control*, de que fala John Fischer), e não a liberdade de alterar o curso (causal) das coisas (PALMA, 2005, p. 74). O que importa já não é aqui a liberdade factual, mas sim a experiência de liberdade, fundada na crença do sujeito de que poderia atuar de outro modo.

Na filosofia analítica, uma estratégia conhecida para rechaçar o princípio de possibilidades alternativas de ação foi desenvolvida através dos exemplos contrafactuais de Harry Frankfurt⁵⁵. O exemplo clássico é o do voto: um sujeito poderia votar entre os Democratas e os Republicanos, na eleição norte-americana; porém, foi instalado um dispositivo no cérebro do eleitor, que seria acionado por um observador externo, se aquele decidisse por votar pelos Republicanos, conduzindo-o a votar pelos Democratas. Caso o sujeito se decidisse, autonomamente, a votar pelos Democratas, o observador externo quedaria inerte e o voto seria a expressão da vontade livre. Com isso, pretende-se demonstrar, argumentativamente, que na última situação o eleitor é responsável por sua escolha, ainda que não houvesse, no plano fático, alternativa possível (cenário determinístico). A questão é que o eleitor poderia ter formado seu ato de vontade em outra direção, ainda que não pudesse, de fato, *fazer outra coisa*.

Nos casos dos exemplos de Frankfurt, ainda que não esteja no poder do sujeito (*up to him*) realizar ou não o ato, está em seu poder o *como fazê-lo*, ou o “*how*”, por si mesmo ou em virtude de uma ação do controlador externo.

A contribuição do pensamento compatibilista consiste, essencialmente, em explicitar, em um nível lógico-argumentativo, que a atuação do sujeito, segundo seu próprio querer, não é necessariamente antagonista da ideia de livre-arbítrio e não afasta a possibilidade do julgamento ético, mesmo em face de um cenário endógeno determinístico. A dúvida é se será isso suficiente para fundamentar a culpa penal.

⁵⁵ FRANKFURT, 1969.

3.1. O compatibilismo e a culpa pelo caráter

As designadas “doutrinas caracterológicas da culpa” parecem coerentes com a ideia do compatibilismo, na medida em que acabam se fundando em uma base determinística da vontade, sem negar a responsabilidade do sujeito pelas suas escolhas.

No século XIX, Adolph Merkel (1889, p. 108) defendia que a liberdade não é outra coisa senão o poder que tem uma individualidade para atuar conforme suas próprias condições ou natureza. Assim, a manifestação livre da vontade é tão mais completa quanto mais completamente possa explicar o acontecimento pelo caráter do indivíduo agente.

Nesse âmbito – e sob a ressalva de que o Autor recorre à expressão “indeterminismo relativo” – há também de se situar a teoria da culpa pela formação da personalidade, de Eduardo Correia. Para o Autor (1968, p. 325), o que torna o agente censurável consiste em uma omissão permanente, na vida do delinquente, “do cumprimento do dever de orientar a formação ou a preparação da sua personalidade de modo a torná-la apta a respeitar os valores jurídico-criminais”.

Por sua vez, Jorge de Figueiredo Dias (2012, p. 522) defende que a culpa se baseia no dever de responder pela personalidade, tendo por fundamento a comissão de um tipo de ilícito. Dar-se-ia um recuo da liberdade da ação em favor da liberdade “*como característica do ser-total-que-age*”.

Mas, se o agente atua sob o estrito condicionamento interno-caracterológico (de desejos, emoções, fatores hereditários, adições etc), como é possível, no plano ético, fazê-lo responsável, se nem tudo é controlável por aquele? (ROXIN, 2006, p. 864 et seq.).

Outra oposição que se apresenta a esta concepção de culpa consiste em que nunca poderá ser provado o modo de ser do homem (KAUFMANN, 1961, p. 195), o que torna inviável a análise efetiva da culpa caracterológica no plano do processo penal.

Independentemente da subscrição a qualquer uma destas teorias da culpa da personalidade, é de se reconhecer que fornecem uma resposta possível (ainda que não necessariamente correta) aos desafios postos pe-

los neurocientistas, na medida em que compatibilizam as ideias de liberdade e responsabilidade com uma perspectiva determinista endógena.

O problema agora é saber se a culpa pelo caráter fornece uma resposta adequada para a fundamentação da culpa penal. A pergunta que se faz é o que torna válida a exigência de que o sujeito forme sua personalidade de acordo com as expectativas normativas e permite a censura em caso de desvio⁵⁶.

O caminho para a resposta parece ser legitimar isso tudo “a partir de baixo”, ou seja, da construção de uma concepção de liberdade-responsabilidade comunicativamente compartilhada, que não seja imposta a partir de uma ideia pura de dever (GÜNTHER, 2005, p. 253)⁵⁷, nem quede refém de uma análise naturalista. O fundamento, para tal, arranca da ideia de reciprocidade, presente nos jogos de linguagem correlatos à atribuição de mérito e demérito, bem como insita nas relações sociais entre pessoas racionais e autônomas⁵⁸.

4. A culpa como comunicação da deslealdade ao direito e o livre-arbítrio como constructo social válido

Contemporaneamente, é lícito afirmar a prevalência das hipóteses funcionais, que se ocupam especialmente com os *fins* da atribuição da culpa, mais do que com sua *essência*, colocando mesmo a problemática do livre-arbítrio entre parênteses.

Em uma perspectiva normativa mais estrita ou extremada, Jakobs defende que somente o fim da pena dota de sentido (funcionalmente)

⁵⁶ Vejam-se, sobre isso, as críticas formuladas por Fernanda Palma (2005, p. 67-68). Questiona, precisamente, a Autora a possibilidade de se justificar a culpa em face da violação do dever jurídico, exprimido este nas necessidades do ser na sua totalidade.

⁵⁷ Sustenta o Autor que os papéis do cidadão, enquanto participante da produção das normas (*Staatsbürger*) e destinatário destas (*Rechtsperson*), embora distintos, não podem ser totalmente dissociados, para fins de se assegurar que o cumprimento das regras não decorra tão somente de sua positividade. Nesse sentido, o Estado de Direito Democrático viveria de uma troca de papéis entre o cidadão e a pessoa de direito, de forma institucionalizada, sem que ambos os papéis se misturem ou se separem totalmente.

⁵⁸ Puppe (1991, p. 14) observa, corretamente, que a ordem jurídica trata o autor como uma pessoa racional e autônoma, competente para participar dos processos comunicativos e para decidir em face das expectativas normativas.

a culpa, sendo que este fim é a prevenção geral positiva, direcionada ao exercício da fidelidade ao direito. O fator predominante da culpa consiste, pois, em um déficit de motivação do autor, que deve ser reprimido com a pena, para a manutenção da confiança na norma (JAKOBS, 1991, p. 481 e 484). Não se questiona, aqui, sobre a prova empírica da capacidade de cumprimento da norma, sendo a autonomia atribuída por razões funcionais (JAKOBS, 1991, p. 484 e ss.)

De seu lado, Roxin põe acento na ideia de culpa como atuação injusta, em que pese a “acessibilidade normativa”. Isto é, afirma-se a culpa se o sujeito estiver disponível, no momento do fato, para o chamado da norma, segundo seu estado mental e anímico (2006, p. 868). Essa disponibilidade para decidir de forma orientada pela norma é afirmada seja diante da liberdade ou da determinação psíquica de controle, a qual, para o Autor, existe no “adulto são” na maioria das situações. Nas situações excepcionais se podem comprovar, empiricamente, as restrições da capacidade de controle, com impacto direto na culpa.

Independentemente das críticas que possam ser feitas a sua concepção de culpa, é de se concordar com Roxin no sentido de que, quando existe uma capacidade de controle, o indivíduo deve ser tratado como livre. A suposição da liberdade seria, assim, uma “asserção normativa, uma regra social de jogo, cujo valor social é independente do problema da teoria do conhecimento e das ciências naturais” (2006, p. 868).

Mas é possível dar ainda alguns passos adiante, conquanto que tímidos, na busca da legitimação normativa da culpa penal, partindo-se da ideia da liberdade e com atenção para seus fundamentos.

Ainda que o livre-arbítrio não se submeta a uma prova empírica, a ideia de liberdade e responsabilidade encontra raízes na experiência da convivência humana, sendo parte irrecusável da realidade social, de onde toma sua validade (empírica, no sentido antropológico, caso se queira); não se trata já de lhe aplicar o predicado de *verdadeiro* (julgamento teórico), mas sim o de *válido* (julgamento prático).

A noção de alteridade joga aqui um papel essencial. É precisamente a tomada da perspectiva do outro, no campo discursivo/comunicati-

vo⁵⁹, que permite a formação da personalidade individual; e é também essa troca de lugares que legitima, em uma comunidade historicamente situada, a atribuição intersubjetiva de responsabilidade (KINDHÄUSER⁶⁰, 1995, p. 714-715). Através da censura da culpa, o que se faz é, precisamente, reconhecer o autor como participante de uma interação orientada pelo entendimento (KINDHÄUSER, 1995, p. 730-731), o que evita sua pura e simples instrumentalização. Nesse sentido, a alteração da norma só pode ser buscada pelo autor através de um *agir comunicativo*, com atenção aos direitos dos terceiros, em um processo de entendimento. A violação desse processo com a quebra unilateral da norma é o que dá à culpa seu fundamento material (KINDHÄUSER, 2013, p. 181).

A ideia de culpa, assim, apresenta-se alinhada com um juízo de validade (prático) acerca da liberdade, que lhe é o pressuposto irrenunciável, conquanto em um sentido discursivo e não apenas racional-metafísico. O sentido é o de uma liberdade em um espaço social – diga-se normativo, caso se queira – de ação, e não o de uma liberdade metafísica, de base indeterminística, de se fazer qualquer coisa. Este pode ser o ponto de partida para a análise das demais categorias da teoria do delito, consagrando-se um sistema de responsabilidade penal subjetiva. Quem não arranque daqui, vê-se mesmo livre para construir um modelo totalmente distinto, mas que não se predica como um sistema penal tal qual o compreendemos (HILLENKAMP, 2005, p. 315).

5. A liberdade da espontaneidade e a imputação: uma breve proposta de solução para o dilema do “quarto de Locke”

No quadro de em um Direito Penal fundado na culpa, e já agora ingressando no plano específico da imputação, é certo que o compor-

⁵⁹ Convém aqui citar as palavras de Habermas, para definir a ação comunicativa: “Designo por comunicativas aquelas interações em que os intervenientes coordenam os seus planos de ação de comum acordo; neste contexto, o acordo alcançado em dado momento afere-se pelo reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade” (2014, p. 46).

⁶⁰ Kindhäuser se vale aqui dos fundamentos teóricos da ação comunicativa para construir seu conceito de culpa através do processo discursivo e tentar fundamentá-lo materialmente (1995, p. 725 et seq.).

tamento do sujeito nem sempre deixará de ser atribuível em cenários factuais determinísticos, como nos casos em que o resultado esteja também garantido, de modo absoluto, por um fator externo independente. Assim, o assassino que atira contra a vítima não ficará imune à imputação porque esta iria falecer quase que de imediato, em virtude de uma queda inevitável (já iniciada), em um penhasco. O risco proibido criado pela conduta (*atirar*) “explica”, em termos práticos, o resultado naturalístico (*morte*), não se excluindo a imputação em virtude de um curso causal hipotético que também poderia conduzir, de forma totalmente segura, a ele (PALMA, 2009, p. 56-57).

Da mesma maneira, é imputável a conduta de desligar o aparelho que confere sobrevida a um doente terminal, mesmo que se possa comprovar empiricamente que a morte ocorreria minutos ou segundos depois, caso o aparelho fosse mantido ligado⁶¹.

Isso tudo é assim porque o sujeito se expressou intencionalmente em seu ato, vulnerando o bem jurídico e revelando a deslealdade comunicativa em relação ao direito do outro, nada indicando que tal resultado ocorreria de toda sorte, em outros cursos causais hipotéticos. O que importa não é o que teria ocorrido sem o risco criado, mas sim o que ocorreu, realmente, com ele (JAKOBS, 1991, p. 224).

Partindo-se de tais considerações, pode-se também, racionalmente, argumentar que, mesmo em um cenário (endógeno ou exógeno) determinístico, os critérios utilizados para a imputação penal viabilizam a responsabilização.

Mas isso não significa que a simples liberdade da espontaneidade seja desde logo o bastante para a imputação objetiva e subjetiva⁶².

No caso específico do comportamento omissivo (para retomar o exemplo de Locke), a liberdade da espontaneidade não será sufi-

⁶¹ Roxin (2006, p. 741-742) anota que matar uma pessoa que está perdida implica um encurtamento arbitrário da sua vida; admiti-lo seria abandonar o princípio de que inclusive a vida do condenado a morrer está sob a proteção do ordenamento.

⁶² Sobre a insuficiência da liberdade da espontaneidade como fundamento para a censura jurídico-penal e exigência de uma alternativa de ação possível, confira-se: Palma (2005, p. 78-81).

ciente para a imputação, em face da própria estrutura comportamental e das exigências normativas especiais a ele dirigidas. É ver.

Suponha-se que um médico, responsável por um paciente em estado gravíssimo, encontre-se no “quarto de Locke”. Suponha-se mais, que o paciente não recebeu os cuidados necessários, que deveriam ser executados pelo médico, e faleceu. O médico não realizou o atendimento porque não *quis* fazê-lo, na medida em que desejava permanecer no quarto, a descansar, e inclusive anuíu com a morte do paciente. Mas, no plano objetivo, era impossível prestar os cuidados, na medida em que o médico estava preso no quarto e não sabia (falta de capacidade de ação). *Quid juris?*

A omissão, embora possua uma estrutura comportamental, é essencialmente normativa (GRISPIONI, 1952, p. 30); não existe em si mesma (WELZEL, 1959, p. 151); é a valoração, seja ética seja jurídica, quem a precede; na verdade é mesmo a valoração quem a *cria* (BRITO, 1965, p. 90).

Se, na ação o que se indaga é sobre a criação ou o incremento do risco para o bem jurídico, na omissão o que se perquire é a relevância do comportamento omitido para – agora sim – em um juízo causal contrafático, baseado na probabilidade⁶³, a evitação da lesão ao bem jurídico (BRITO, 2000, p. 23)⁶⁴. Entender de modo diverso implicaria reconhecer o injusto penal, na omissão, já na resolução de atuar contra a norma, o que redundaria na adoção de um direito penal da atitude interna (ROXIN, 2006, p. 326).

Portanto, no que se refere à omissão, o *não querer agir* (liberdade da

⁶³ Sobre o juízo de causalidade hipotética baseado na probabilidade, confira-se: Welzel (1954, p. 155). Aponta o Autor que somente com uma probabilidade próxima da certeza, no sentido de que o resultado seria evitado através da ação omitida, é que se pode reconhecer a mesma relevância penal da causação e da não evitação do resultado. E contra, sustentando a causalidade real da omissão, em face de o não fazer ser *conditio sine qua non* do resultado, por implicar a não realização da ação devida, confira-se: Baumann (1961, p. 196).

⁶⁴ Em referência ao famoso teste de relevância da omissão, através do qual, imaginando-se a execução da ação omitida, excluir-se-ia o resultado, confira-se: Stratenwerth (1971, p. 271) e Puppe (2005, p. 251).

espontaneidade) não basta para a imputação, na medida em que, em face da sua estrutura relacional⁶⁵, esta exige um *efetivo poder agir* (ou uma capacidade geral de ação), com aptidão para salvar o bem jurídico do perigo em que se encontra (causalidade hipotética da omissão)⁶⁶.

A morte do paciente, ainda que aceita pelo médico⁶⁷ – que se encontrava, de início, na posição de garante⁶⁸ – foi um fato naturalístico que não podia ser por ele evitado, e não uma lesão de expectativa normativa⁶⁹. Não há possibilidade de imputação objetiva, pois não havia capacidade de ação⁷⁰, e a omissão há de ser sempre referenciada à ação com potencial para evitar o resultado⁷¹.

Uma situação é a ideia de liberdade intersubjetivamente compartilhada, que nos permite, no plano ético – das representações que temos sobre nossos comportamentos e sobre os comportamentos alheios – considerarmo-nos livres e passíveis de responsabilização por nossos atos (DIAS, 1985, p. 178-179). Já outra circunstância bem distinta é a sensação de liberdade meramente subjetiva ou introspectiva, a qual é

⁶⁵ Tratando da omissão a partir da teoria subjetiva do atuar esperado, veja-se: Gallas (1959, p. 17).

⁶⁶ Nesse sentido: Brito (2000, p. 23).

⁶⁷ Repita-se: ressalvada a hipótese de o médico ter se autocolocado na situação de incapacidade. Destaque-se, ainda, que o problema da tentativa inidônea, no caso, não se apresentaria em hipótese de mera negligência, na medida em que a pena prevista para o delito não supera 03 (três anos), não atingindo o patamar exigido para a dignidade penal da tentativa (nos termos do que dispõe o artigo 23 do Código Penal português).

⁶⁸ Sobre os fundamentos dos deveres de garante (*Garantenpflicht*), veja-se: Köhler (1997, p. 210-211) e Stratenwerth (1971, p. 262 et seq.).

⁶⁹ Antony Duff, ao analisar a estrutura da adscrição de responsabilidade, aponta, corretamente, que o mal que a lei penal visa evitar, no tocante ao homicídio, não é simplesmente o mal consequencial (morte), mas sim o mal intrínseco ao ataque à vida do outro (1990, p. 112-113).

⁷⁰ Indicando que, quando muito, haveria uma tentativa impossível de omissão e que a responsabilidade jurídica seria de todo duvidosa, confirmam-se: Palma (2005, p. 81) e Baumann (1961, p. 196). Analisando, de forma aprofundada, a fundamentação da imputação (*imputatio facti*), a partir da ideia de liberdade e da possibilidade de uma intencional observância da norma, veja-se ainda Moura (2013, p. 114-115).

⁷¹ Indicando que, em caso contrário, abrem-se as portas para a redução do ilícito à mera violação de deveres, confira-se: Palma (2013, p. 67). E note-se que, no caso, nem sequer se trata da questão de alta probabilidade de salvamento – como exige parte da doutrina alemã (Welzel, Jescheck e outros) para reconhecer a omissão – mas sim de uma efetiva impossibilidade de salvamento.

vivenciada por um indivíduo que não se encontra em uma condição de liberdade factual, na perspectiva da comunicação.

Assim, no plano de uma construção intersubjetivamente compartilhada – que é o que mais importa para as ciências do espírito, em termos de *validade*⁷² –, o que se pode afirmar é que não há um quarto fechado, pois a liberdade é vivenciada em um sentido comunicacional, através do qual o indivíduo compreende a sua própria liberdade e suas ações ao se colocar no lugar do outro, trocando de papéis⁷³. Cuida-se de uma liberdade social, legitimamente limitada e exercida em um espaço de ação, que pode fundamentar suficientemente a ideia de responsabilidade⁷⁴.

6. Considerações finais

De tudo quanto se disse, é possível extrair, agora, algumas breves conclusões.

O *liberum arbitrium indifferantiae* não se sustenta nem se deseja, na medida em que, por um lado, finca-se no aleatório e, por outro, pode conduzir à responsabilização total, à maneira do “*tu podes porque tu deves*”.

Fora de uma perspectiva puramente metafísica, o livre-arbítrio deve ser submetido a um teste de validade, mas não a um juízo apofântico. Isto significa não hipostasiar (Stuckenberg, 2007, p. 50) um conceito moral, que busca validade na ação comunicativa e nos processos de entendimento linguístico/intersubjetivo, em que os atores interagem entre si em um espaço social de vida em comum (Kindhäuser, 1980, p. 151-152).

A liberdade não é, portanto, antagonista do determinismo, podendo servir, em um sentido discursivo, de fundamento para a responsabilidade ética e jurídica.

⁷² As sentenças normativas não são validáveis ou invalidáveis no sentido da verdade proposicional. Veja-se, desenvolvidamente, Habermas (2014, p. 44 et seq.).

⁷³ No plano da filosofia da ação e identificando a ação como algo que só obtém seu significado no âmbito dos jogos de linguagem, veja-se: Kindhäuser (1980, p. 151).

⁷⁴ Sobre a atribuição de responsabilidade moral, como uma instituição social a ser mantida, veja-se: Dennett (2002, p. 162 et seq.). Também: Hassemer (2009, p. 848 et seq.).

Partindo-se dessa hipótese de trabalho, é viável tentar fundamentar a culpa material a partir da ideia ética de que todos estão comprometidos com o reconhecimento recíproco de autonomia, bem ainda com a atribuição e a aceitação de responsabilidade em face da violação dessa mesma autonomia (GÜNTHER, 2005, p. 255). E isso não em um sentido puramente racional, de uma ética metafísica diretamente vinculada no dever, mas sim em um sentido de liberdade possível, compatível com o sujeito que vive concretamente em um mundo e com ele se relaciona, condicionando-o e sendo condicionado por ele.

Se não somos todos puramente racionais, na perspectiva kantiana de que a razão possa a tudo comandar, submetendo os instintos sensíveis e identificando-se a liberdade com o cumprimento do dever (DENNET, 2002, p. 164) e se podemos, ainda assim, ser considerados responsáveis, há de se considerar tal responsabilidade de uma maneira modesta e restrita, fora de uma perspectiva metafísica-idealista – que ignore os fatores sensíveis – e também fora de uma perspectiva empírico-naturalista, que menospreze a autonomia e reduza o homem a um mero servo dos instintos.

Nesse sentido, a ideia de um completo determinismo endógeno, além de não demonstrada, não inviabiliza a construção social de categorias como o livre-arbítrio e a responsabilidade – cujas bases não são empíricas – permitindo a manutenção de um direito penal fincado na culpa, que cumpra suas funções com respeito à autonomia individual.

7. Referências

ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts-systematischen Schuldlehre*. Berlin: Schweitzer Verlag, 1974.

_____. Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad. In: SCHÜNNEMANN, Bernd (Coord.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50 aniversario*. Traducción Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. *Introdução à actual discussão sobre o problema da culpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 1994.

BAUMANN, Jürgen. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 1961.

BINDING, Karl. *Die Schuld im deutschen Strafrecht*. Leipzig: Felix Meiner, 1919.

BEROFISKY, Bernard. If, cans, and free will: the issues. In: KANE, Robert (Ed.) *The Oxford handbook of free will*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 181-201.

BRITO, Ana Bárbara Pina de Moraes de Sousa. *A cognoscibilidade individual da realização do facto típico como elemento essencial da negligência inconsciente: uma investigação dogmática à luz das ciências cognitivas*. 2012. 459 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais)–Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2012.

BRITO, José Inácio Clímaco de Sousa e. *Estudos para a dogmática do crime omissivo*. 1965. 258 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais e Políticas)–Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Universidade de Lisboa, 1965.

BRITO, Teresa Quintela de. *A tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta típica*. Coimbra: Coimbra, 2000.

COSTA, José Eduardo de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra, 2005.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1968.

DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo. Libertad de la vontade, investigación sobre el cerebro y derecho penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. *InDret, Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, n. 2, abr. 2011.

DENNETT, Daniel C.; TAYLOR, Christopher. Who's afraid of determinism. In: KANE, Robert (Ed.) *The Oxford handbook of free will*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 25-277.

DENNETT, Daniel C. *Elbow room: the varieties of free will worth wanting*. New York: Oxford University Press, 2002.

DIAS, Augusto Silva. *Delicta in se e delicta mere prohibita*. Uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal*. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. *Direito penal, parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 2. ed. 2. reimp. Coimbra: Coimbra, 2012. Tomo I.

_____. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1987.

DREHER, Eduard. Unser Indeterministisches Strafrecht. In: SEEBODE, Manfred (Hrsg.). *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11 Juli 1992*. Berlin: Walter de Gruyter, 1992. p. 13-22.

DUFF, R.A. *Intention, agency & criminal liability: philosophy of action and the criminal law*. Oxford: Blackwell, 1990.

EKSTROM, Laura Wadell. Libertarianism and Frankfurt-style cases. In: KANE, Robert (Ed.) *The Oxford handbook of free will*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 309-321.

FRANK, Reinhard. Über den Aufbau des Schuldbegriffs. In: FRANK, Reinhard (Hrsg.). *Festschrift der juristischen Fakultät der Universität Giessen*. Giessen: Alfred Töpelman, 1905. p. 521-547.

FRANKFURT, Harry G.. Alternate possibilities and moral responsibility. *The Journal of Philosophy*, **New York**, v. 66, No. 23, p. 829-839, Dec. 4, 1969. Disponível em: <http://www.unc.edu/~dfrost/classes/Frankfurt_PAP.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

FRISCH, Wolfgang. Neuroscience and the future of culpability in criminal law. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord). *Emoções e crime: filosofia, ciência, arte e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

GALLAS, Wilhelm. *La teoria del delito en su momento actual*. Traducción Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959.

GOLDSCHMIDT, James. *Der Notstand, ein Schuldproblem: mit Rücksicht auf die Stragesetzentwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz*. Wien: Manzschke K.u.k. Hof- Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1913. p. 129-196.

GRISPIGNI, Filippo. *Diritto penale italiano: la struttura della fattispecie legale oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1952. Volume secondo.

GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit: Studien zur personalen zurechnung strafbaren unrechts im demokratischen Rechtsstaat*. Frankfurt am Main: Victorio Klostermann, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Ética do discurso*. Tradução Lumir Nahodil. Lisboa: Almedina, 2014. Vol. III.

HART, Herbert. *Punishment and responsibility*. New York: Oxford University Press, 2009.

HASSEMER, Winfried. Grenzen des Wissens im Strafprozess. Neuvermessung durch die empirischen Wissenschaften vom Menschen? *ZStW*, Berlin, v. 121, n. 4, p. 829-859, Dez. 2009.

_____. Neurociencias y culpabilidad en derecho penal. Traducción de Manuel Cancio Meliá. *Indret*, Barcelona, n. 2, abr. 2011.

HILLENKAMP, Thomas. Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung. *JuristenZeitung*, n. 7, Apr. 2005, p. 313-320.

INWAGEN, Peter Van. Free will remains a mystery. In: KANE, Robert (Ed.) *The Oxford handbook of free will*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 158-177.

JÄGER, Christian. Willensfreiheit, Causalität und Determination. Stirbt das moderne Schuldstrafrecht durch die moderne Gehirnforschung? *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, v. 160, n. 1, 2013, p. 3-14.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.

_____. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Traducción de Manuel Cancio Melliá. Madrid: Civitas, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

KANE, Robert. The contours of contemporary free wills debates. In: KANE, Robert (Ed.) *The Oxford handbook of free will*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 3-41.

_____. Libertarianism. In: FISCHER, John Martin; KANE, Robert; PEREBOOM, Derk; VARGAS, Manuel. Four views on free will. London: Blackwell Publishing, 2007. Kindle Edition.

KAPITAN, Tomis. A Master Argument for Incompatibilism? KANE, Robert (Ed.) *The Oxford handbook of free will*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 127-157.

KANT, Immanuel. *The critique of pure reason*. Translated by J. M. D. Meiklejohn. 1789. Public domain book. Kindle Edition.

KARGL, Walter. *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis kognitiven Handlungstheorie*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1993.

KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Richard Paul Netto. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961.

_____. Einige Bemerkungen zur Frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. In: KAUFMANN, Arthur; BEMMANN, Günter; KRAUSS, Detlef; VOLK, Klaus. *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck'sche, 1979. p. 67-73.

KINDHÄUSER, Konrad. *Intentionale Handlung*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1980.

_____. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013.

_____. Rechtstreue als Schuld-kategorie. *ZStW*, Berlin, v. 107, n. 4, Jan. 1995, p. 701-733.

_____. Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, *ZStW*, Berlin, v. 96, n. 1, Jan. 1984, p. 1-35.

KOCH, Frank. Kein Abschied von der Willensfreiheit. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)*, Stuttgart, v. 92, n. 2, Apr. 2006, p. 223-236.

KÖHLER, Michael. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 1997.

KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2013.

LANGE, Richard. Ist Schuld Möglich? In: KAUFMANN, Arthur; BEMMANN, Günter; KRAUSS, Detlef; VOLK, Klaus. *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck'sche, 1979. p. 261-278.

LIBET, Benjamin. Do we have free will? In: KANE, Robert (Ed.) *The Oxford handbook of free will*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 552-564.

LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*. 2. ed. Traducción Luis Jiménez Asúa. Madrid: Reus, 1927. Tomo segundo.

LOCKE, John. *An essay concerning humane understanding*. 1689. Public domain book. Kindle Edition. Vol. I.

MANTOVANI, Fernando. *Diritto Penale*. Milani: Casa Editrice Dott, 2001.
MENDES, Paulo de Sousa. *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena*. Coimbra: Coimbra, 2007.

MERKEL, Adolph. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1889.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht: Ein Lehrbuch*. Berlin: Duncker & Humblot, 1949.

MEZGER, Edmund; BLEI, Hermann. *Strafrecht I: Allgemeiner Teil*. 12. ed. München: C.H. Beck, 1967.

MOURA, Bruno de Oliveira. *A não-punibilidade do excesso na legítima defesa*. Coimbra: Coimbra, 2013.

PALMA, Fernanda Maria. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

PALMA, Fernanda Maria; PEREIRA, Rui Carlos. Crime e pena – textos. In: PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel. *Casos e materiais de direito penal*. Lisboa: Almedina, 2009. p. 56-57.

PALMA, Fernanda Maria. *Direito penal: parte geral: a teoria geral da infracção como teoria da decisão penal*. Lisboa: AAFDL, 2013.

PEREBOOM, Derk. Hard incompatibilism. In: FISCHER, John Martin; KANE, Robert; PEREBOOM, Derk; VARGAS, Manuel. *Four views on free will*. London: Blackwell Publishing, 2007. Kindle Edition. posição 1366 et seq.

PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung, Band 2*. Baden-Baden: Nomos, 2005.

_____. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. *ZStW*, Berlin, v. 103, n. 1, p. 1-42, Jan. 1991.

RENAUT, Alain. *A filosofia*. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2010.

ROTH, Gerhard. Willensfreiheit und Schuldfähigkeit aus Sicht der Hirnforschung. In: ROHT, Gerhard; GRÜN, Klaus-Jürgen (Hg.). *Das Gehirn und seine Freiheit: Beiträge zur Neurowissenschaftlichen Grundlegung der Philosophie*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG Göttingen, 2006.

_____. Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen aus Sicht der Hirnforschung. In: DÖLLING, Dieter. *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht: Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*. Duncker & Humblot: Berlin, 2003. p. 43-63.

ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*. 3 ed. München: C.H. Beck, 2006.

_____. Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Sfraecht. KAUFMANN, Arthur; BEMMANN, Günter;

KRAUSS, Detlef; VOLK, Klaus. *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck'sche, 1979. p. 277-309.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Tübingen: J.C.B Mohr, 1970.

STRATENWERTH, Günter. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Berlin: Carl Heymanns, 1971.

STRENG, Franz. Schuldbeginn und Hirnforschung. In: PAWLIK, Michael; RAINER, Zaczyc (Hrsg). *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag* am 26. Juli 2007. Berlin: Carl Haymanns, 2007. p. 683 et seq.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*: Versuch einer Elementarlehre für eine über-nationale Vorsatzdogmatik. Berlin: De Gruyter Recht, 2007.

WALTER, Tonio. Hirnforschung und Schuldbeginn. In: HOYER, Andreas et al. (Hrsg). *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C.F. Müller, 2006. p. 131-144.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. Berlin: Walter de Gruyter, 1954.

ZU DOHNA, Alexander Graf. *Kernprobleme der Rechtsphilosophie*. Bad Homburg: Hermann Gentner, 1966.

Autor convidado.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150017

**A UNIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: ESSÊNCIA,
LIMITES E RELEVÂNCIA PRAGMÁTICA**

**UNITY OF PUBLIC MINISTRY: ESSENCE, LIMITS
AND PRAGMATIC RELEVANCE**

EMERSON GARCIA

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

emersongarcia814@hotmail.com

RESUMO: A investigação do alcance, dos limites e da utilidade pragmática do princípio constitucional da unidade do Ministério Público assume vital importância na compreensão da coexistência entre o Ministério Público da União e os congêneres estaduais, todos autônomos entre si. Com isso, pode-se justificar a viabilidade de o Ministério Público Federal prosseguir oficiando, no âmbito dos Tribunais Superiores, nas causas iniciadas nos estados e a possibilidade de os Ministérios Públicos Estaduais defenderem seus interesses institucionais perante a Justiça Federal – inclusive esgotando as instâncias recursais –, bem como deduzirem pretensões perante os Tribunais Superiores em matérias afetas às suas atividades finalísticas. Diferentemente do Poder Judiciário, que possui uma única lei orgânica e é caracterizado por uma estrutura verticalizada, o Ministério Público possui uma diversidade de leis orgânicas e ostenta uma unidade horizontalizada, coexistindo, lado a lado, todos os seus ramos.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público; Conselho Nacional do Ministério Público; federação; unidade; independência funcional.

ABSTRACT: Understanding the scope, limits and pragmatic utility of the constitutional principle of Public Ministry unit is of vital importance in understanding the mode of coexistence between the Public Ministry of Union and states institutions, all independent from each other. With this, one can justify the possibility of federal prosecutors pursue officiating, under the High Courts, in cases initiated in the States and the State Prosecutors defend their institutional interests in the Federal Courts, as well as deducting claims before the High Courts, in matters of their activities. Unlike the judiciary, which has a single organic law and is characterized by a vertical unit, the Public Ministry has a diversity of organic laws and a horizontally unit, so that all branches coexist side by side.

KEY WORDS: Public Ministry; National Council of the Public Ministry; federation; unit; functional independence.

SUMÁRIO: 1. Delimitação da pesquisa. 2. O ambiente institucional. 3. A atuação funcional. 4. A influência exógena. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. Delimitação da pesquisa

Etimologicamente, *unidade* – do latim *unitas, unitatis* – indica a qualidade ou estado do que é uno, sendo figurativamente empregada para apontar a união ou a concórdia. É signo linguístico eminentemente polissêmico, expressando, a partir de sua flexibilidade semântica, uma pluralidade de significados, como homogeneidade, uniformidade, coordenação, harmonia, indivisibilidade e, principalmente, padrão de medida convencionalmente utilizado para a comparação de grandezas que apresentem as mesmas características.

No plano jurídico, a Constituição brasileira de 1988 considerou como princípios institucionais do Ministério Público “[...] a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.” (BRASIL, 1988). As dificuldades enfrentadas na individualização do significado de *unidade* podem ser percebidas a partir das lições do saudoso Roberto Lyra, que a considerava uma “tese sem sentido definido”, acrescentando que:

[...] desde que os órgãos do Ministério Público, nos atos de ofício, dispõem de liberdade de consciência, afigura-se impossível uniformizar o critério de apreciação do fato e do direito. Mas, se, em espécie, assim acontece, os representantes do Ministério Público estão ligados pelo sentimento comum da causa pública, pela identidade do programa e da finalidade, dos deveres cívicos e das responsabilidades funcionais. (LYRA, 2001, p. 179).

Nenhuma consideração em torno do princípio da unidade do Ministério Público (MP) prescinde de uma argumentação voltada à construção de sua essência, daí decorrendo o delineamento de seus limites normativos e de sua relevância pragmática.

Em face das peculiaridades da instituição, inserida no âmbito de um Estado Federativo – o que indica que seus ramos podem estar vinculados a entes politicamente autônomos –, tem-se uma estrutura aparentemente antitética a qualquer ideia de unidade, o que deve ser esclarecido. Não bastasse isso, os membros do MP, amparados pela independência funcional, podem atuar livremente, somente rendendo obediência à sua consciência e aos ditames da ordem jurídica, o que inviabiliza a imposição de uma uniformidade de entendimento a respeito da interpretação do direito posto.

Por fim, devem ser objeto de reflexão as iniciativas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que buscam uniformizar práticas adotadas pelo Ministério Público da União e pelos Ministérios Públicos dos Estados. A rigor, essas medidas do CNMP se aproximam do princípio da unidade.

Considerando esses aspectos, é possível afirmar que a unidade referida no texto constitucional pode se projetar sobre três referenciais de análise: (1) a instituição, (2) a atuação funcional dos membros; e (3) a influência exógena. Identificar em que medida isso ocorre é o objetivo destas breves linhas.

2. O ambiente institucional

Em seu artigo 128, a Constituição Federal de 1988 considera que o MP abrange o Ministério Público da União (MPU) e os Ministé-

rios Públicos dos Estados (MPes) – divisão que acompanha a forma de Estado adotada em *terra brasilis*. Nesse particular, as estruturas territoriais de poder têm sido divididas em unitárias e compostas, conforme haja ou não uma unicidade da vontade política.

No Estado unitário há uma vontade política central que se impõe a todos, quer no plano normativo, quer no administrativo. Ele pode ser centralizado ou descentralizado. A primeira forma, no entanto – como anotam Delpérée e Verdussen (1994, p. 48) –, não existe em estado puro, já que, por força da própria realidade, sempre se opera algum grau de descentralização no plano local, em que órgãos ou coletividades são investidos da função de gerir os interesses que lhes são próprios, exprimindo suas preocupações particulares. Os Estados unitários normalmente apresentam divisões territoriais (*v.g.*: as Províncias no Brasil Império) e, por razões práticas, certos níveis de descentralização do poder – o que permite a aproximação da população aos centros de comando (ARDANT, 1992, p. 32). Entre o Estado unitário e o federal, tem-se o regional (*v.g.*: Itália e Portugal após as Constituições, respectivamente, de 1947 e 1976), ou provincial (*v.g.*: Sérvia, após a Constituição de 2006), cujas regiões ou províncias – apesar de não terem uma Constituição própria – apresentam alguma autonomia política.

No Estado composto, identifica-se uma diversidade de vontades políticas, que podem ou não ostentar o atributo da soberania. São exemplos: (1) a união pessoal, resultante do fato de uma mesma pessoa chefiar dois ou mais Estados, sendo este o objetivo de inúmeros casamentos realizados entre nobres no decorrer da história; neste modelo, como observa Jacques Cadart (1990, p. 66), cada Estado integrante da união pessoal tem suas próprias leis, restringindo-se a união à pessoa do chefe; (2) a união real, geralmente resultante da união pessoal, é caracterizada por uma aproximação mais íntima entre os Estados, que apresentam órgãos comuns e uma única representação no plano internacional (*v.g.*: a união austro-húngara, dissolvida em 1918, e a união entre Suécia e Noruega no período de 1815 a 1905); esses dois modelos são mera reminiscência histórica; (3) a confederação, forma em franco desuso e que consiste na reunião voluntária, por tratado, de Estados soberanos,

que passam a exercer, a partir de órgãos comuns, uma parcela de seu poder político (*v.g.*: a Confederação Helvética, que, desde 1848, embora preserve a designação, é uma federação). Note-se que, sob a égide do Pacto de 1815, que se intitulava “federal”, a Suíça era considerada uma confederação (AUBERT, 1967, p. 200; FAVRE, 1970, p. 39-42). Em termos práticos, ou a confederação se dissolve ou se transforma em federação, como ocorreu com os Estados Unidos da América em 1787 e com a Alemanha em 1871; e (4) o Estado Federativo, composto por entes (estados-membros, *länder*, cantões etc.) dotados de autonomia política e destituídos de soberania, o que o distingue da confederação.

No Estado Federativo – fórmula mais destacada de Estado composto e que encontra o seu marco na Constituição estadunidense de 1787 –, não existe uma única vontade política, mas uma pluralidade delas, articuladas em harmonia com o balizamento constitucional, que se impõe indistintamente a todos. O conjunto dessas vontades políticas forma a União, designativo preferido pelo direito brasileiro e que indica a pessoa jurídica de direito público que personifica o Estado em suas relações internacionais e exerce os atributos da soberania. Nesta forma, há um desmembramento do poder político, que passa a ser exercido por entes autônomos, sem qualquer relação de subordinação entre si. Nas palavras de Delpérée e Verdussen, “o Estado federal é uma sociedade de iguais” (1994, p. 50).

O Estado brasileiro adotou a forma unitária sob o Império e a federativa sob a República. A Constituição Federal de 1988 (CF/1988), no *caput* de seu artigo 1º, indica a forma de Estado adotada e os entes que integram a República Federativa do Brasil: a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal. Como característica dessa união, enuncia a indissolubilidade, ao que se soma a autonomia dos entes federados, prevista no *caput* do artigo 18. Ínsita nessa autonomia, encontra-se a igualdade formal dos entes federados, todos legítimos integrantes da Federação brasileira. No plano material, a igualdade termina por ser subjugada, verificando-se um nítido escalonamento, em termos de competência legislativa e capacidade financeira, entre os entes maiores e aqueles que os integram (*v.g.*: a União em relação aos estados, Distrito Federal e municípios; os estados em relação aos municípios).

A exemplo dos entes federados, o MPU e os MPEs são autônomos entre si, nos planos administrativo, financeiro e funcional, o que nos conduz ao primeiro complicador: como compatibilizar essa autonomia com a unidade institucional?

A resposta a este questionamento exige saber se as noções de unidade e variedade são necessariamente antinômicas ou se podem ser fundamentadamente compatibilizadas.

Invocando a sistematização oferecida por Karen Gloy (1981, p. 83 ss.), é possível afirmar que no primeiro caso haverá “a unidade com exclusão da variedade” (*Einheit mit Ausschluss der Mannigfaltigkeit*) e, no segundo, “a unidade com inclusão da variedade” (*Einheit mit Einsschluss der Mannigfaltigkeit*). No ambiente sociopolítico, caracterizado pelo pluralismo, é frequente esta última possibilidade, na qual a diversidade de características culturais coexiste com uma síntese identitária, isto é, com o delineamento de valores comuns que expressam a essência do grupamento (FÜCHS, 1999, p. 9 ss.).

Como já se disse, a União personifica a República Federativa do Brasil, resultado da “[...] união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal [...]” (BRASIL, 1988, art. 1º). De forma semelhante, o MP abrange o MPU e os MPEs, cujos respectivos congêneres integram, em seu conjunto, o que se denomina de *Ministério Público*. Contudo, a estrutura do MP brasileiro apresenta uma nítida distinção em relação à forma federativa do Estado, que pode ser vista no fato de que, enquanto a União possui real existência, o chamado *Ministério Público* – concebido de modo dissociado de seus ramos – é uma instituição abstrata, que nem sequer alcança a realidade.

Se o *Ministério Público* “não existe”, qual é a *ratio essendi* da sistematização constitucional? A resposta é simples: o objetivo é o de estabelecer uma identidade comum entre os diferentes ramos que o materializam, todos imbuídos da mesma teleologia, a de “[...] defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (BRASIL, 1988, art. 127, *caput*).

Ao dispor sobre a existência de um único MP, que abrange uma diversidade de instituições autônomas entre si, a Carta Constitucional

encampa “a unidade com inclusão da variedade”. A partir desta conclusão, pode-se afirmar que o princípio da unidade, contemplado no § 1º do artigo 127 da CF/1988, atua como evidente reforço argumentativo, indicando que tanto o MPU como os MPEs – cada qual em sua esfera de atribuições – atuam como partes indissociáveis de um único e mesmo corpo. É justamente a unidade institucional que afasta a necessidade de mais de um ramo do MP atuar na mesma relação processual.

Esta afirmação, no entanto, demanda uma observação. A desnecessidade não pode chegar ao extremo de subjugar os interesses afetos a uma instituição aos juízos valorativos de outra – o que importaria em evidente comprometimento da autonomia existencial do órgão –, nem mesmo de afastar a possibilidade de a lei, em situações de parcial concorrência de atribuições, autorizar a sua atuação conjunta, sob a forma de litisconsórcio facultativo.

Deve-se ressaltar que essa impossibilidade de submissão de interesses não comporta uma resposta linear. É preciso distinguir as situações em que sejam defendidos os interesses da entidade daquelas referentes ao exercício das atribuições próprias do seu ofício. Em relação às últimas, cumpre avaliar se é possível que a mesma situação fática ou jurídica se desprenda das atribuições de uma instituição e alcance as de outra. Estas questões tornam-se particularmente polêmicas nas relações entre os MPEs e o congênere da União, que atua, por intermédio do Ministério Público Federal (MPF), junto à Justiça Federal e aos Tribunais Superiores – mais especificamente junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

É perfeitamente possível que qualquer MPE, como órgão dotado de autonomia existencial, venha a defender um interesse próprio perante a Justiça Federal (*v.g.*: cobrança indevida de pedágio, por uma concessionária federal, aos veículos oficiais do órgão; negativa, pela Secretaria da Receita Federal, de fornecer informações não cobertas pelo sigilo fiscal etc.). Obviamente, esta possibilidade existe em situações em que não esteja caracterizado um conflito federativo, o que deslocaria a competência para o STF (CF/1988, art. 102, I, f). Neste caso, o MPE poderá formular a pretensão inicial e esgotar as instâncias recursais, pois o que se defende é um interesse específico da estrutura orgânica cognominada de “Ministério Público X”.

A questão, no entanto, assume contornos mais complexos quando se trata de exercício das atribuições institucionais.

Os MPes atuam primordialmente perante as Justiças estaduais. Uma vez manejados os recursos especial e extraordinário, a atuação perante o STJ e o STF se desloca para o MPF, cuja atribuição – devidamente estabelecida pela Lei Complementar n. 75/1993 – emana diretamente do princípio da unidade. Não fosse esse princípio, não seria possível transferir para o MPF a condução da demanda iniciada pelo MPE.

A unidade, como se percebe, deve ser compatibilizada com a divisão de atribuições estabelecida pela legislação infraconstitucional, de modo que cada instituição atue perante setores específicos do Poder Judiciário, maximizando a sua eficiência. Ocorre, porém, que essa premissa não pode comprometer o exercício das atribuições outorgadas pela legislação de regência. Tal peculiaridade torna-se bem perceptível em relação ao STF e ao STJ, que, longe de serem meros órgãos judiciais mantidos pela União, são verdadeiros Tribunais nacionais. Negar o acesso dos MPes a esses órgãos é impor uma ruptura no próprio princípio federativo, já que eles não poderão levar a esses Tribunais interesses afetos às suas atribuições institucionais – que não se confundem com aquelas de interesse federal. Vício semelhante alcançaria a tese de que os MPes deveriam submeter suas pretensões ao Procurador-Geral da República, chefe do MPU, para que ele decidisse se as encamparia ou não. Criar-se-iam subserviência e subordinação onde a Constituição estabeleceu pura e simples igualdade.

Diversamente do que se verifica em relação ao Poder Judiciário – caracterizado por uma estrutura verticalizada, em que órgãos superiores têm poder de mando sobre órgãos inferiores –, o MP brasileiro é caracterizado por uma unidade horizontalizada, em que o MPU e os MPes não mantêm qualquer relação hierárquica entre si, cada qual exercendo, nos limites estabelecidos pela ordem jurídica, as atribuições que lhes foram outorgadas.

Não é por outra razão que o STF admitiu a possibilidade de os MPes formularem, diretamente a ele, as reclamações em que se discuta a inobservância dos comandos inseridos em uma súmula vinculante

(BRASIL, 2011). Este caso, como argumentado nesse Tribunal, não apresenta distinção substancial em relação à interposição de um recurso extraordinário, o qual, apesar de inicialmente apresentado ao tribunal *a quo* – que realiza o primeiro juízo de admissibilidade –, reflete uma postulação endereçada diretamente ao STF.

Uma vez reconhecida a possibilidade de os MPEs deduzirem uma pretensão por escrito perante o STJ e o STF, há de se admitir que renovem essa sustentação, oralmente, por ocasião do julgamento. São atos consecutivos e nitidamente interligados entre si, sendo o segundo deles mero exaurimento do primeiro.

3. A atuação funcional

É voz corrente no âmbito da doutrina especializada que o princípio da unidade indica que o MP constitui uma entidade única. Isso gera reflexos na atuação dos seus membros, que não devem ser concebidos em sua individualidade, mas como representantes e integrantes de um só organismo. Ainda que assumam posições divergentes em relação a um mesmo fato – em decorrência de sua independência funcional –, em nada isso afetaria a unidade da instituição (GARCIA, 2008, p. 54 ss.).

A unidade não autoriza que integrantes do MP atuem em áreas não afetas à esfera de atribuições que lhes fora reservada pela lei (*v.g.*: Promotor de Justiça não pode exercer atribuição do Procurador-Geral de Justiça). Ela também impede a atuação dos membros em matéria que, embora seja afeta ao cargo que ocupa, não se enquadre na esfera territorial de sua competência – aquele lotado em uma comarca não está, a princípio, autorizado a praticar atos em outra – ou não esteja relacionada ao órgão que ocupa – Promotor com atribuição na Infância e Juventude, em regra, não pode oferecer denúncia perante vara criminal ou, ao contrário, Promotor com atribuição em órgão criminal não pode ajuizar representação por ato infracional junto à vara da Infância.

Tramitando o feito em um juízo que – após o regular pronunciamento do órgão do MP – tenha reconhecido sua incompetência, há de ser colhida manifestação do órgão de execução atuante perante o juízo competente (salvo se for o mesmo), já que a manifestação anterior

emanou de órgão sem atribuição para atuar nos processos deste último juízo. Em tais circunstâncias, o princípio da unidade não pode ser invocado para legitimar a desnecessidade de um segundo pronunciamento. Afinal, referido princípio é balizado pela delimitação legal da esfera de atribuições, cuja inexistência faria ruir toda a estrutura organizacional da instituição, permitindo-se que qualquer agente, a seu talante ou em decorrência de forças exógenas, usurpasse atribuições alheias, sob o argumento de que o MP é uno e indivisível. Fosse assim, contrariamente à lei e aos regulamentos internos, seria indiferente que as atribuições fossem exercidas por um ou outro órgão, independentemente do juízo perante o qual atuasse.

A unidade há de ser concebida de modo integrado ao sistema. Na esfera institucional, deve render obediência à autonomia de cada instituição; no plano funcional, sujeita-se à divisão de atribuições estabelecida pela lei e, também, à independência dos membros. Em decorrência deste último princípio, a ideia de unidade, na realidade brasileira, assume contornos bem distintos daqueles que lhe são atribuídos em paradigmas estrangeiros.

O princípio da unidade, da forma como foi concebido e desenvolvido na França, indica que o Ministério Público, apesar de agir por intermédio de múltiplos braços, está sujeito a um comando único, oriundo do Procurador-Geral, que pode atuar diretamente ou por meio dos demais agentes de grau inferior. Dessa primeira vertente deflui o princípio da indivisibilidade, segundo o qual cada um dos membros do órgão o representa em sua integridade, pouco importando quem tenha atuado. Pode-se dizer, pelos exemplos coligidos por Rassat, que os membros do MP são “coisas fungíveis” (Cuche), ou que,

[...] do mesmo modo que em uma sociedade em nome coletivo cada sócio que usa a assinatura social encarna a pessoa moral da sociedade, todo ato praticado por um dos magistrados do Ministério Público que compõem o *parquet* é atribuído ao *parquet* inteiro (Garraud). (RASSAT, 1967, p. 83).

Além disso, o chefe da MP pode distribuir entre os seus subordinados, que são apenas colaboradores, todas as ordens que julgar neces-

sárias, terminando por fixar um dever de ação ou de omissão em um caso concreto. Vê-se assim que, em sua gênese, o princípio da unidade está intimamente relacionado ao princípio da hierarquia, o qual legitima o escalonamento funcional e autoriza a fixação de diretrizes pelos escalões superiores aos inferiores. Disso se conclui sua absoluta incompatibilidade com o princípio da independência funcional, pois não se pode falar de independência quando há hierarquia.

No Brasil, a evolução da instituição terminou por consolidar um modelo híbrido, no qual – apesar de consagrado o princípio da unidade – se resguardou a independência funcional dos seus membros. A única forma de compatibilizar tais princípios é entender que a unidade indica a existência de uma entidade incindível, sujeita a uma única chefia, enquanto a independência funcional afasta qualquer possibilidade de ingerência na atividade desenvolvida pelos membros do MP, apesar de estarem todos eles administrativamente subordinados ao Procurador-Geral. Nessa linha, o princípio da hierarquia foi dividido em duas vertentes: uma prestigiada pelo princípio da unidade e outra renegada pelo princípio da independência funcional.

Como consequência, conclui-se que quanto maior for a independência funcional dos membros do MP, menor será a unidade da instituição, já que é *contra legem* qualquer ato que busque uma uniformização de atuação – ressalvadas as recomendações destituídas de imperatividade ou mesmo o planejamento estratégico da atuação funcional. Especificamente em relação a este último, ao membro do MP pode ser imposto o dever de atuar nas áreas definidas pela chefia institucional. Apesar de a definição de atribuições – realizada em harmonia com a lei – delinear as situações em que o membro do MP exercerá suas funções, ela não pode estabelecer os posicionamentos a serem assumidos no seu exercício, seara em que prevalece a independência funcional.

4. A influência exógena

Da unidade do Ministério Público brasileiro também decorre o seu caráter nacional. A CF/1988, no auge de sua unidade orgânico-sistêmica, após disciplinar, em seu título III, os aspectos básicos da organização do Estado, trata, no título seguinte, da organização

dos Poderes, ocasião em que traça uma disciplina nitidamente diferenciada para os Poderes Legislativo e Executivo (capítulos I e II, respectivamente) e para o Poder Judiciário e o Ministério Público (respectivamente, capítulos III e IV, seção I) (GARCIA, 2008, p. 43).

A disciplina do Legislativo é especificamente voltada ao plano federal, sendo reguladas as competências do Congresso Nacional e de suas Casas, as prerrogativas dos parlamentares e o processo legislativo federal. Técnica idêntica é adotada em relação ao Executivo, em que somente o Presidente da República e os órgãos que lhe são correlatos têm suas atribuições disciplinadas pelo texto constitucional.

Ao tratar do Judiciário, a CF/1988 adota uma técnica nitidamente distinta. O capítulo III do título IV inicia-se relacionando todos os órgãos do Poder Judiciário, vinculados à União ou aos estados, o que constitui uma clara demonstração do caráter nacional da magistratura. Esta conclusão é robustecida com o extenso rol de princípios veiculados pelo artigo 93 e pelas garantias e vedações constantes do artigo 95, além da existência de um órgão comum de controle, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Em relação ao MP, constata-se a adoção de uma técnica idêntica àquela utilizada para o Judiciário. O artigo 128 da Constituição relaciona todos os órgãos da instituição, quer vinculados à União, quer aos estados, permitindo que seja alcançada conclusão idêntica àquela feita para a magistratura. Todos os ramos do MP sujeitam-se aos princípios e funções expostos nos artigos 127 e 129 – cujo § 4º remete expressamente ao artigo 93 –, e a eles se estendem as mesmas garantias e vedações constantes do artigo 128, § 5º. Não bastasse isso, também foi criado um órgão comum para o controle externo, o CNMP.

Embora MP e Judiciário ostentem caráter nacional, é possível identificar as peculiaridades estruturais estabelecidas pelo texto constitucional. Tal observação torna-se relevante justamente em razão de algumas iniciativas do CNMP, que tem buscado uniformizar as práticas adotadas nos ramos da instituição, invocando, com frequência, as medidas adotadas pelo CNJ; não percebe, entretanto, as distinções existentes entre as estruturas controladas.

O Poder Judiciário, como se sabe, é regido por uma única lei orgânica, de iniciativa do STF e cognominada de “Estatuto da Magistratura” pelo artigo 93, *caput*, da CF/1988. Em consequência – não obstante a inserção desse Poder no âmbito de um Estado Federal, em que os estados-membros, em suas estruturas orgânicas, contam com órgãos jurisdicionais –, somente a União pode legislar sobre a matéria. Os Tribunais de Justiça carecem de poder de iniciativa, e as Assembleias Legislativas não podem incursionar nessa temática. Trata-se de um dos aspectos mais característicos da unidade do Poder Judiciário brasileiro, que se desenvolve em um plano de verticalidade em que, a partir da base, há sempre um órgão superior capaz de rever as decisões proferidas pelo órgão inferior; alcançado o plano mais elevado, ocupado pelo STF, as decisões não são passíveis de serem revertidas por qualquer outro órgão.

Diferentemente do Judiciário, o MP não possui um “Estatuto do Ministério Público Brasileiro” e muito menos um órgão de cúpula que possa propô-lo ao Poder Legislativo. Neste aspecto, a distinção é substancial. E qual foi a técnica adotada pela Constituição de 1988? Entre os extremos da unidade normativa – sujeitando o MP brasileiro a uma única e mesma lei – e da total ausência de regramentos comuns, a CF/1988 optou por uma via intermédia, em que a unidade coexiste com a variedade. Em outras palavras, apesar de o MPU e cada MPE contarem com suas respectivas leis orgânicas, foi estabelecido que os MPEs deveriam permanecer adstritos aos balizamentos oferecidos pelas normas gerais editadas pela União.

O texto constitucional dispõe também, em seu artigo 61, § 1º, II, d, que são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que tratam da organização do MPU – facultada essa iniciativa ao Procurador-Geral da República – e as que veiculam normas gerais para a organização do MP em âmbito estadual. Acresce ainda, no artigo 128, § 5º, que leis complementares da União e dos estados – observadas, em relação a estes, as normas gerais veiculadas pela União – estabelecerão a “organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público” (BRASIL, 1988). Assim, todo e qualquer ramo da instituição tem uma lei complementar que o rege.

É perceptível, desse modo, que o sistema constitucional reconhece a variedade como uma característica inerente ao MP. Com os olhos voltados às instituições estaduais, é possível afirmar que só há uniformidade em relação às matérias que a norma geral assim o desejou.

A partir desta premissa inicial, pode-se dizer que o objetivo do CNMP, em relação aos MPEs, jamais pode ser o de estabelecer uma “uniformidade deformante”. E isso por uma razão muito simples: a alegada uniformidade somente será alcançada se for alargado o alcance da norma geral editada pela União, que deve ser necessariamente veiculada em lei de iniciativa privativa do Presidente da República. Conclui-se, desse modo, que a “uniformização” será alcançada à custa da “deformação” da ordem constitucional.

É possível afirmar que a uniformização é um objetivo natural em relação ao Poder Judiciário, estrutura verticalizada e regida por uma única lei orgânica. Não o é, no entanto, para o Ministério Público. Nessa linha, é de todo injurídico que o CNMP – absorvendo competências próprias do Presidente da República e do Congresso Nacional – venha a ampliar o rol de normas gerais e, consequentemente, reduzir o alcance das leis complementares que regem cada uma das instituições estaduais.

5. Conclusões

A partir do exposto, podemos tirar algumas conclusões:

1. O princípio institucional da unidade do MP deve ser densificado com inclusão da variedade, reconhecendo-se a autonomia existencial entre o MPU e os congêneres estaduais;
2. Como instituição dotada de autonomia existencial, o MPE pode formular pretensões perante a Justiça Federal e esgotar as instâncias recursais;
3. No exercício de suas atribuições institucionais, o MPE pode postular diretamente ao STF e ao STJ;
4. A unidade do MP, por ser horizontalizada – o que caracteriza a igualdade e a equidistância entre seus distintos ramos –, não permite que a atuação funcional das instituições estaduais, ao

dirigir-se ao Poder Judiciário, seja condicionada por juízos valorativos realizados pelo congênere da União;

5. O princípio da unidade, embora permita a adoção de um planejamento estratégico, com a correlata definição das áreas de atuação, não pode se imiscuir no modo de exercício das atribuições, seara ligada à independência funcional;
6. O princípio da unidade, por imperativo constitucional, coexiste com a diversidade de leis orgânicas estaduais, daí decorrendo a impossibilidade de o CNMP, ampliando os pontos de identidade traçados pelas normas gerais estabelecidas pela União, uniformizar os MPes.

6. Referências

ARDANT, Philippe. *Institutions Politiques & Droit Constitutionnel*. 4. ed. Paris: L.G.D.J., 1992.

AUBERT, Jean-François. *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*. Neuchâtel: Éditions Ides et Calendes, 1967. v. 1.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 7.358/SP, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 24 de fevereiro de 2011. DJe, 3 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623727>>. Acesso em: 4 fev. 2013.

CADART, Jacques. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. 3. ed. Paris: Economica, 1990. v. 1.

DELPÉRIÉE, Francis; VERDUSSEN, Marc. Le Système Fédéral. In: DELPÉRIÉE, Francis. *La Belgique Fédérale*. Bruxelles: Bruylant, 1994.

FAVRE, Antoine. *Droit Constitutionnel Suisse*. 2. ed. Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg, 1970.

FÜCHS, Ralph. Risse in Gebäcke, Kulturelle differenz im Vereinigten Deutschland. In: PROBST, Lothar; STIFTUNG, Heinrich-Böll. *Differenz in der Einheit*. Berlin: Ch. Links Verlag, 1999.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GLOY, Karen. *Einheit und Mannigfaltigkeit: eine Strukturanalyse des "und": systematische Untersuchungen zum Einheits- und Mannigfaltigkeitsbegriff bei Platon, Fichte, Hegel sowie in der Moderne*. Berlin: Walter de Gruyter, 1981.

LYRA, Roberto. *Teoria e prática da promotoria pública*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

RASSAT, Michèle-Laure. *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*. Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1967.

Artigo recebido em: 05/12/2012.

Artigo aprovado em: 05/06/2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150018

**INSTABILIDADE JURÍDICA NA INTERNET
E A LEI N. 12.737/2012**

**LEGAL INSTABILITY OF INTERNET
AND LAW N. 12.737/2012**

RIANY ALVES DE FREITAS

Analista de Informática

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

riany.freitas13@gmail.com

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo demonstrar como a regulamentação do uso da internet vem gerando instabilidade jurídica, que se reflete na existência de julgados conflitantes, a exigir maior intervenção estatal neste ambiente, como melhoria na recente edição de norma. Grande discussão tem sido travada a respeito da necessidade de novas leis que disciplinarão o uso e as responsabilidades na internet, afirmando os que a defendem que há falhas neste sistema, assim como atitudes de operadoras de serviços não condizentes com os direitos do usuário/consumidor. A ideia inicial deste trabalho nasceu do exercício das atividades da autora, na Promotoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos, órgão especializado no Ministério Público de Minas Gerais, criado em junho de 2008 com o intuito de prevenir e investigar crimes praticados por meio da internet, que vêm crescendo a cada dia. É que, ali, teve-se a oportunidade de perceber a carência de regulamentação eficaz, contribuindo para o uso da rede para praticar crimes, estando em risco os seus usuários.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão; responsabilidade civil dos provedores; internet.

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate how the legal regulation of Internet use has generated legal instability, reflected in the existence of conflicting judged to require greater state intervention in this environment, as recent improvement in the standard edition. Great debate has been raging about the need for new laws that will govern the use and responsibilities on the Internet, saying those who argue that there are flaws in this system, as well as attitudes of service providers inconsistent with the rights of the user / consumer. The initial idea of this work was born during the activities of the author, by the Department of Justice in Minas Gerais, specific cyber group, created in June 2008 with the aim of preventing and investigating crimes committed through the Internet which are growing every day. There, there was the opportunity to see the lack of effective regulation, contributing to the use of the network to perform crimes, a risk to its users.

KEY WORDS: Freedom of speech; providers' liability; internet.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Instabilidade jurídica. 3. Liberdade de expressão: contexto histórico. 4. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. 4.1. Provedor de serviços de internet. 4.2. Responsabilidade civil do provedor de serviços de internet. 5. Produção legislativa. 5.1. Projeto de Lei nº 84/1999. 5.2. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. 5.3. Marco Civil. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

A internet hoje é vista como instrumento essencial de disseminação de informação na sociedade, servindo como fator de interação social; causa grande impacto e influência no modo de agir das pessoas, inclusive na formação de opinião e tendência no futuro de países.

Transformou-se em ferramenta essencial de trabalho e estudo de todas as pessoas, crianças, jovens e adultos e deve ser utilizada com

consciência a fim de se evitarem transtornos e danos materiais ou psicológicos nas vítimas de crimes praticadas no ambiente virtual.

Iniciaremos este trabalho demonstrando alguns problemas relacionados a internet, mostrando como a falta de normas regulamentadoras eficazes vem provocando instabilidade jurídica. Em seguida, faremos uma breve abordagem sobre a evolução histórica da liberdade de expressão e comunicação. Depois, apresentaremos o entendimento de alguns autores sobre a atribuição de responsabilidade civil e penal aos provedores de serviços de internet.

Em seguida, demonstraremos as propostas legislativas que objetivam disciplinar o ambiente virtual, em especial a proposta de Marco Civil e o Projeto de Lei nº 84/1999, que tipifica crimes e condutas praticados, no Brasil, através da internet.

É fácil notar que o desenvolvimento tecnológico, a informatização, a difusão do acesso à Internet e a popularização dos meios de comunicação em massa facilitaram consideravelmente a violação do direito à privacidade, porque tornaram acessíveis, através do acionamento de algumas poucas teclas, as informações de interesse privado, tornando-as públicas sem o devido consentimento.

Com efeito, o desenvolvimento da imprensa, e particularmente dos meios audiovisuais de comunicação de massa, por um lado, da informática, por outro, veio pôr em grave risco o direito de cada um não ver exposta a sua vida privada, e, mais, a sua vida íntima à indiscrição alheia. Inclusive a do Estado. (FERREIRA FILHO, 2003, p. 293).

Neste contexto, faremos uma análise da minuta preliminar de anteprojeto de lei “Marco Civil na Internet”, do atual PL nº 2126/2011, elaborada por equipe do Ministério da Justiça, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas-RJ.

Também é feita uma breve análise do PL nº 84/99 e da atual Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, com o que se procura verificar se estes marcos reguladores são importantes ou necessários à legislação brasileira para a prevenção de crimes cometidos através do mundo virtual.

2. Instabilidade jurídica

A instabilidade jurídica a que nos referimos gira em torno de dois problemas básicos enfrentados pelas autoridades na repressão a crimes praticados através do ambiente virtual. Neste aspecto, devemos nos ater a duas perguntas básicas: em que circunstâncias o provedor é o responsável por danos causados a terceiros por conteúdo ilícito publicado na internet? A solicitação de dados cadastrais pelas autoridades investigativas ao provedor de conteúdo deve ser prontamente atendida pelo provedor, ou somente mediante autorização judicial?

Para entendermos melhor o problema da instabilidade jurídica, apresentamos abaixo dois julgados, um do TJMG, outro do TJRS, em que, enquanto um condiciona a responsabilidade de conteúdo à sua culpa, outro, ao contrário, denomina-a objetiva.

TJMG: APELAÇÃO CÍVEL - SITE DE RELACIONAMENTOS NA INTERNET ('ORKUT') - CRIAÇÃO DE 'PERFIL' DE CONTEÚDO PEJORATIVO E DIFAMATÓRIO - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - NÃO-IDENTIFICAÇÃO DO USUÁRIO - RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS PROPRIETÁRIAS DO SÍTIO ELETRÔNICO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE - TERMO INICIAL DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - DATA DA DECISÃO QUE FIXOU O MONTANTE INDENIZATÓRIO - JUROS DE MORA - INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO (SÚMULA 54, DO STJ) - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - VALOR ADEQUADO - DESNECESSIDADE DE MAJORAÇÃO. Não se dispondo as proprietárias do site de relacionamentos a desenvolver uma ferramenta de controle verdadeiramente pronto e eficaz contra a prática de abusos, tampouco procedendo à identificação precisa do usuário que posta mensagem de conteúdo claro e patentemente ofensivo à honra e imagem de outrem, entendo que elas assumem, integralmente, o ônus pela má-utilização dos serviços que disponibilizam. Portanto, considero que as requeridas são, efetiva e solidariamente, responsáveis pelos prejuízos de ordem moral causados ao requerente, em decorrência da infausta postagem de perfil difamatório por usuário do "Orkut", cuja precisa e necessária identificação não se dignaram a fazer. A indenização por danos morais deve alcançar valor tal, que sirva de exemplo para as rés, sendo ineficaz, para tal fim, o arbitramento de quantia excessivamente baixa

ou simbólica, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento para o autor, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida. A correção monetária da indenização por danos morais deverá se dar a partir da publicação da sentença em que foi arbitrada, posto que, até então, presume-se atual. A responsabilidade civil das requeridas tem natureza extracontratual, de forma que, nos termos da Súmula n. 54, do STJ, os juros moratórios incidirão, sobre o valor da indenização por danos morais, desde o evento danoso. Malgrado o zelo e a diligência adotados pelo patrono do requerente e a média complexidade da causa, não pode ser desconsiderado o curto período de duração do processo, já que, entre a distribuição (14.09.2007, f. 27-v) e a prolação da sentença de primeiro grau (24.04.2008, f. 152), transcorreram pouco mais de sete meses. Assim, tenho que a verba honorária fixada pelo douto julgador primevo, em 15% sobre o valor da condenação, está em consonância com os critérios contidos no §3º, do artigo 20, do CPC, mostrando-se suficiente, justo e razoável para remunerar condignamente o trabalho do ilustre causídico. (MINAS GERAIS, 2009).

Em sentido oposto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu:

Apelação cível. Ação de indenização. Publicação de página da Internet com conteúdo ofensivo à honra do autor. No caso concreto, não há prova de que a página efetivamente esteve hospedada no site do réu, que é provedor de serviço na Internet. Além disso, em contrato de hospedagem de página na Internet o provedor não interfere no seu conteúdo, salvo flagrante ilegalidade, sendo subjetiva a sua responsabilidade. Caberia ser notificado pelo lesado para retirar a página, sendo responsabilizado na hipótese de sua inércia. No caso concreto, tal hipótese não se configurou. Sentença reformada para julgar improcedente o pedido. Apelo do réu provido. Apelo do autor prejudicado. (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

A requisição direta ao provedor, sem ordem judicial, pela autoridade investigante, dos dados cadastrais, tem sido recusada, sob o argumento de proteção ao direito de privacidade dos usuários, o que torna impossível o prosseguimento das investigações pelas autoridades policiais e pelos ministérios públicos.

Esse não é, porém, o melhor entendimento. Com efeito, o TJMG se posicionou sobre o assunto, proporcionando avanços no combate aos crimes praticados por meios eletrônicos em nosso país.

Assim, pode-se concluir que, o fornecimento de dados cadastrais em poder do provedor de acesso à internet, que permitam a identificação de prováveis autores de infrações penais, não fere o direito à privacidade e o sigilo das comunicações, uma vez que dizem respeito à qualificação de pessoas, e não ao teor da mensagem enviada.

Em tais casos é possível que a autoridade policial determine diretamente ao provedor de acesso à Internet o fornecimento de informações que permitam a identificação dos emitentes, posto que inserida nas atribuições do Delegado de Polícia, por força do art. 6º do CPP. (MINAS GERAIS, 2005).

3. Liberdade de expressão: contexto histórico

A liberdade de expressão e a proteção à comunicação tiveram como marco inicial a cultura grega. De acordo com Farias (2004), os atenienses tinham orgulho da ampla liberdade de expressão e da comunicação garantida pela politeia¹.

Na Inglaterra, em 1695, a liberdade de expressão e comunicação foi defendida quando o Parlamento britânico não reiterou, como consequência de discussões oriundas da Areopagítica², o *Licensing Act*, que estabelecia a censura prévia.

Ainda em decorrência da luta pelo Estado Liberal, os Estados Unidos, em 1776, proclamaram na *Virginia Bill of Rights* de 1776, no art. 12, que a liberdade de imprensa é um dos baluartes da liberdade e jamais pode ser restringida, senão por um governo despótico, armado.

Na França, surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que pregava a livre manifestação do pensamento e das opiniões como um dos direitos mais preciosos do homem.

¹ Politeia (do grego antigo: Πολιτεία ou Πολίτευμα, transl. Politeia ou Políteuma) era originalmente um termo usado na Grécia Antiga para se referir às muitas cidades-estado (pólis) que possuíam uma assembleia de cidadãos como parte de seu processo político. Fonte: Wikipédia, a enciclopédia livre.

² Discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra, publicado por John Milton, em 1644.

Outros marcos importantes em defesa da liberdade de expressão são a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto de San José da Costa Rica (1969).

A evolução histórica da liberdade de expressão, no Brasil, sofreu grave retrocesso no período da ditadura militar de 1964, época em que as pessoas não tinham liberdade de expressão, pois o Estado exercia o controle sobre todos os meios de comunicação. Era a censura.

Do ponto de vista do direito constitucional, censura significa todo procedimento do Poder Público visando a impedir a livre circulação de ideias contrárias aos interesses dos detentores do Poder Político. Vale dizer, o Estado estabelece previamente uma tábua de valores que deve ser seguida pela sociedade. Os censos oficiais aniquilam qualquer manifestação diferente da ideologia do Estado. (FARIAS, 2001).

Com o fim do regime de exceção e a consequente democratização do País, as liberdades se tornaram garantias constitucionais – inclusive a de expressão –, que passaram a fazer parte do cotidiano do povo brasileiro.

Conforme podemos verificar nos dispositivos constitucionais, foram instituídos princípios norteadores para as emissoras de rádio e televisão, ao se dar então uma ampla proteção às liberdades de informação, de manifestação do pensamento e de criação, cujo conteúdo era mais que previsível, uma vez que o País, na época da promulgação de sua Lei Magna, vinha de ter sofrido todo tipo de restrição à liberdade de expressão.

A nossa atual Constituição Federal regula a liberdade de expressão e informação nos arts. 5º e 220. As principais disposições normativas são:

Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, cien-

tífica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV;

§2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (FARIAS, 2001).

Apenas quem viveu nesse período sabe o que significam restrições em demasia. Por isso é que a Constituição de 1988 optou por dispositivos mais brandos, mais liberais, que permitem que as pessoas se expressem, sem que sofram opressão pelo governo.

Destaque-se que algumas ressalvas e certos limites são necessários, uma vez que a liberdade sem limites tornaria impotente o Estado, ao qual se negaria qualquer possibilidade de intervenção, mesmo diante do mais evidente abuso. Conseguiu-se chegar ao meio-termo, ou seja, liberdade com certas restrições, de modo a permitir o necessário acesso à informação e a livre expressão do pensamento, respeitadas, porém, a intimidade e a vida privada. Como exemplo de tais restrições, tem-se o art. 5º da Constituição Federal, que veda o anonimato. De acordo com Silva (2001, p. 248), o manifestante deve identificar-se e assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, se for o caso, responder por eventuais danos causados a terceiros. Além disso, o art. 5º, V, estabelece que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral ou material ou à imagem. Ademais, ao jornalista é assegurado o sigilo da fonte, de acordo com o art. 5º, XIV, porém, responde ele pelos abusos e prejuízos causados à reputação ou à imagem do ofendido. Temos também o art. 5º, X, da Constituição, que estabelece serem invioláveis a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação.

Destarte, conquanto a Constituição Federal em vigor proíba qualquer forma de censura, o cidadão e especialmente os veículos de comunicação social, no exercício da liberdade de expressão e informação, não devem olvidar os direitos dos outros cidadãos ou ainda os direitos da coletividade, sob pena de ocorrer abuso da liberdade de expressão e informação. (FARIAS, 2001).

A Lei de Imprensa criada em 1967, no auge da Ditadura Militar, por possuir caráter autoritário que não condiz com as garantias constitucionais relativas à liberdade de expressão, foi declarada inconstitucional em 30 de abril de 2009, como já reclamava a sociedade civil.

Representantes das principais empresas jornalísticas do país e parlamentares defenderam ontem a revogação definitiva da Lei de Imprensa, em análise no Supremo Tribunal Federal. A necessidade de se abolir de vez o texto, instituído em 1967 pela ditadura militar, foi o principal tema da II Conferência Legislativa sobre Liberdade de Imprensa, promovida na Câmara pela Associação Nacional de Jornais (ANJ) e pela Unesco. (FRANCO, 2008).

Em se tratando de internet, no contexto internacional, o Brasil se encontra em posição intermediária, ou seja, tem o cidadão o livre direito de manifestar suas ideias, desde que não haja incitação à violência, sendo certo que os conteúdos propagados na rede podem ser removidos por ordem judicial.

4. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet

4.1. Provedor de serviços de internet

Provedor de serviços de internet, segundo Leonardi (2010), é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da internet, ou por meio dela. Existem como espécie do gênero provedor de serviços de internet várias categorias, como provedor de *backbone*, provedor de acesso, provedor de correio eletrônico, provedor de hospedagem e provedor de conteúdo.

Conforme Nota Conjunta de junho de 1995, do Ministério das Comunicações e do Ministério da Ciência e Tecnologia, citado por Leo-

nardi (2010), provedor de *backbone* é a pessoa jurídica que efetivamente detém as estruturas capazes de manipular grandes volumes de informações, constituídas basicamente por roteadores de tráfego interligados por circuitos de alta velocidade.

Não é recente a preocupação dos juristas brasileiros em estudar o mundo cibernético. Vasconcelos já mencionava o conceito de *backbone* em seus estudos.

Dentro do funcionamento dessa imensa rede de comunicação, pode-se afirmar que cada país participante da internet possui estruturas principais de rede, chamadas backbones, com conectividade através do protocolo TCP/IP - Transmission Control Protocol / internet Protocol, às quais se interligam centenas ou milhares de outras redes. Os backbones nacionais, por sua vez, são conectados entre si aos backbones de outros países, compondo, assim, uma gigantesca rede mundial. (VASCONCELOS, 2003).

Define o Comitê Gestor da Internet no Brasil:

[...] entende-se como provedores de backbone as entidades que transportam tráfego agregado de seus clientes, detêm blocos de endereços IP por delegação do Comitê Gestor Internet Brasil e vendam conectividade para acesso à rede Internet. (COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL, 1999).

De acordo com Leonardi (2010), o usuário final não tem relação jurídica direta com o provedor de *backbone*, não sendo considerado consumidor em relação ao provedor.

Outra espécie de provedor de serviços de internet são os provedores de acesso. Informa o mesmo autor:

O provedor de acesso é a pessoa jurídica fornecedora de serviços que possibilitem o acesso de seus consumidores à Internet. Normalmente, essas empresas dispõem de uma conexão a um backbone ou operam sua própria infra-estrutura para conexão direta. (LEONARDI, 2010).

De acordo com o autor, a relação jurídica existente entre o usuário e o provedor de acesso é de consumo.

A terceira espécie de provedor de serviços de internet, de acordo com Leonardi (2010), são os provedores de correio eletrônico, que fornecem serviços que consistem em possibilitar o envio de mensagens do usuário a seus destinatários, armazenar as mensagens enviadas a seu endereço eletrônico até o limite de espaço disponibilizado no disco rígido, sendo de consumo a relação jurídica existente entre o usuário contratante e o provedor contratado.

O provedor de hospedagem, de acordo com Leonardi (2010), é a pessoa jurídica que fornece o armazenamento de arquivos em um servidor e a possibilidade de acesso a tais arquivos, entre outros serviços. Para o autor, o provedor de hospedagem é um fornecedor de serviços e sujeita-se ao Código de Defesa do Consumidor.

Ainda segundo esse mesmo autor, provedor de conteúdo é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na internet as informações criadas ou desenvolvidas pelo efetivo autor da informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem. De acordo com o referido autor, a relação de consumo estará configurada apenas se o provedor de conteúdo comercializar determinadas informações, exercendo sua atividade a título oneroso, e condicionando o acesso ao pagamento prévio de determinada quantia pelo usuário, fornecendo-lhe nome e senha. O mero acesso a uma página *web* disponibilizada livremente na internet não caracteriza nenhuma relação de consumo.

4.2. Responsabilidade civil do provedor de serviços de internet

Conforme exposto por Leonardi (2010), a regra geral é estabelecer a responsabilidade de um provedor de serviços por seus próprios atos mediante análise da natureza da atividade por ele exercida e as cláusulas contratuais estabelecidas com o tomador de serviços.

Com relação aos provedores de *backbone*, o autor assevera que estes responderão pelos danos causados aos provedores de serviços que utilizam sua infraestrutura, por falhas na prestação de serviços ou em

seus equipamentos e programas informáticos. Assim, não há responsabilidade dos provedores de *backbone* por atos ilícitos praticados contra o consumidor, pois com estes não têm relação jurídica direta, mas tão somente com os que utilizam seus serviços e infraestrutura.

Já o provedor de acesso responderá pelos danos causados a seus usuários ainda que o defeito tenha origem em componente, fornecido por terceiros, que tenha sido incorporado ao serviço. Para o autor, existe responsabilidade do provedor de acesso por ato ilícito praticado por terceiro quando este é notificado sobre a existência de conteúdo ilícito e nada faz para remover ou bloquear o acesso a ele.

O provedor de correio eletrônico, por sua vez, responde pelos danos causados ao usuário em razão da má prestação dos serviços, ou até mesmo em caso de violação de conta de *e-mail*, não afastando direito de regresso do provedor de correio em face do efetivo responsável pelos defeitos. Com relação a atos ilícitos praticados pelos usuários do serviço, a responsabilidade é subjetiva, ou seja, decorre de eventual conduta omissiva, negligência ou imprudência, tendo aplicação o art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL, 2002).

É o que ocorre, por exemplo, no caso de um provedor que tolera envio de correspondência eletrônica comercial não solicitada, ou não impede a conduta do usuário, ignorando reclamações de pessoas que o tenham previamente cientificado a respeito do inconveniente.

Com relação ao provedor de hospedagem, este responde pelos danos causados ao usuário em razão da má prestação dos serviços, não sendo afastado o direito de regresso do provedor de hospedagem em face do efetivo responsável pelos defeitos. De acordo com o autor, o provedor de conteúdo (que exerce controle editorial prévio sobre as informações disponíveis em seu *web site*) responderá por elas, de forma concorrente com o provedor de informação, seu autor efetivo.

De acordo com Corrêa, responsabilizar o provedor por ilícito praticado pelo cliente é responsabilizar alguém por aquilo a que não deu causa:

Os provedores devem alertar e fixar, por via contratual, a responsabilidade de seus usuários acerca de condutas delituosas que venham a ferir o ordenamento jurídico brasileiro, tornando claro o seu posicionamento na hipótese de consumação. (CORRÊA, 2006).

No âmbito civil, no entanto, coadunamos com a ideia de Lisboa (2001): “Não se logrando êxito em demonstrar a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, a fornecedora provedora terá de arcar com a indenização por danos morais”. Deste modo, é possível assegurar à vítima o direito a indenização previsto no inciso X, art. 5º, da Constituição da República, em caso de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

5. Produção legislativa

Estamos, portanto, diante de um conflito de direitos: liberdade de informação, de um lado, e direito à privacidade, de outro. Todavia, nenhuma liberdade é absoluta, impondo-se-lhe limites quando houver abuso ou violação de outros direitos de mesma importância.

Justamente quando a convivência entre os direitos ou princípios fundamentais não seja possível, é o momento em que se verifica a referida colidência, fruto de incontestável abuso no exercício do direito por parte do titular, observando-se inclusive, que as situações nas quais se verifica a hipótese normalmente envolvem a liberdade de informação que fica maquiada em excesso, ou seja a liberdade voltada para a deformação. (PODESTÁ, 2001, p. 168).

Diante desse conflito, defendemos a regulamentação do ambiente internet. Visível é a necessidade de produção legislativa que abarque maior controle do ambiente virtual, sem, contudo, impor regras desnecessárias.

Para a grande maioria dos casos é fundamental a criação de uma legislação específica, mas, dentro desse processo de produção legislativa, não se pode perder de vista a pretensão de não se inflacionar ainda mais o nosso ordenamento jurídico. (MARTINS; MACEDO, 2002, p. 67).

Legislar sobre os avanços da tecnologia não é uma tarefa fácil. É necessário que estas regras possam entrar em vigor o quanto antes, de modo a fomentar a relação de confiança entre os usuários da internet para que os serviços existentes e outros que ainda possam ser implantados possam propiciar conforto e agilidade, minimizando a impunidade nos delitos ora praticados e tornando menos vulnerável o processo investigativo de autoria.

É importante frisar que a internet não criou novos bens jurídicos já tuteláveis pelo Direito Penal como patrimônio, intimidade e a honra. Estamos diante de um novo cenário onde a adoção de sistemas possibilitou a prática de certos atos lesivos que não existiam no mundo presencial, daí a necessidade urgente da aprovação deste projeto, tipificando condutas penais específicas. (ATHENIENSE, 2008).

Como existem alterações e propostas legislativas acerca do tema, faremos uma breve análise de cada uma delas, procurando analisar se constituem benefícios ou não no contexto cibernético brasileiro.

5.1. Projeto de Lei nº 84/1999

O Projeto de Lei de número 84/1999, surgido na Câmara Federal, de autoria do deputado Luiz Piauhyllino, propôs a tipificação dos crimes cometidos na área da informática e estabeleceu suas penalidades e outras providências. O projeto tramitou na Câmara dos Deputados e no Senado da República, depois de se submeter à discussão pública, que aglutinou audiências nas duas Casas. Transformou-se no primeiro marco legal de discussão dos crimes praticados na internet brasileira.

O projeto tratou dos crimes praticados com uso de informática, incluindo aqueles praticados na internet, que não estão tipificados no Código Penal. Também alterou o Código de Processo Penal, o Código Penal Militar, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 10.446/2002, a Lei nº 7.716/1989 e a Lei nº 8.069/1990, estas duas últimas incluídas na última versão do substitutivo. Além disso, procurou ajustar a legislação brasileira à Convenção de Budapeste de 2001, tratado internacional que estabeleceu normas para reprimir condutas criminosas no ambiente da internet.

O projeto de lei foi alvo de inúmeras críticas, principalmente pelos provedores de acesso à internet, que argumentam que o projeto iria burocratizar o uso da rede. Para alguns, tratava-se de uma tentativa extrema de resolver a criminalidade cibernética, que não surtiria efeito. “O criminoso vai se conectar por meio de provedores no exterior, que não se submetem à legislação brasileira, ou usará laranjas [terceiros] e identidade falsa no Brasil” (LOBATO, 2006), afirmou o presidente da ONG Safernet (Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos), Thiago Tavares, citado por Elvira Lobato.

Discordamos dos argumentos apresentados pelos críticos de que a aprovação da lei iria burocratizar o uso da rede. Enfatizamos que todos continuarão tendo amplo acesso à internet. Porém tal acesso, sendo mais controlado, oferecerá mais segurança aos usuários. Neste sentido, coadunamos com a ideia do delegado da unidade de repressão a crimes cibernéticos da Polícia Federal (PF) Carlos Sobral, apresentada na VII Conferência Internacional de Perícias em Crimes Cibernéticos (ICCyber 2010). De acordo com o delegado, liberdade, privacidade e segurança são direitos fundamentais que não estão em lados opostos. Os princípios devem interagir uns com os outros, sendo certo que não existe privacidade e liberdade sem segurança.

5.2. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012

Dos Projetos de Lei nº 84/1999 e nº 2793/2011 (Emenda/Substitutivo do Senado), nasceu a Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal e dá outras providências. Publicada em 3 de dezembro de 2012, a nova lei trouxe poucas alterações no cenário cibernético brasileiro. Não deixa de ser, porém, um grande avanço.

A lei foi apelidada de “Carolina Dieckmann”, em virtude da repercussão do vazamento das fotos íntimas da atriz, após a invasão de seu computador. Para muitos, o caso acelerou a aprovação do projeto. O assunto era discutido no Congresso há mais de uma década.

A nova lei tipifica a invasão de dispositivo informático e a interrupção ou a perturbação de serviço telegráfico, telefônico informático, telemático ou de informação de utilidade pública.

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (BRASIL, 2012).

Importante sublinhar a expressão: “para obter vantagem ilícita”. Tal dispositivo não penaliza aqueles que disseminam vulnerabilidades sem, no entanto, obter ou tentar obter alguma vantagem. Assim, muitas reclamações de vítimas continuarão sendo arquivadas, tendo-se em vista que o mero dano sofrido ainda não é o bastante para constituir crime.

Coadunamos com a opinião do vice-presidente de operações para a América Latina da F-Secure, Ascold Szymanskyj:

[...] o PL 2793 ajuda bastante o combate aos ciber-criminosos, mas as penas ainda são muito brandas, elas poderiam ser revisadas. Mas é melhor do que nada’. De acordo com o executivo há crimes semelhantes aos virtuais que são cometidos ‘no mundo real’ que tem punições mais rígidas. (MORATO, 2012).

Infelizmente, as penas estipuladas são demasiadamente leves, sendo o delito de menor potencial ofensivo. Ressalte-se que a vantagem obtida no mundo virtual geralmente é astronômica, portanto, o crime compensa.

5.3. Marco Civil

O Marco Civil é um projeto lançado em 29 de outubro de 2009, pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), em parceria com a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO RIO), composto por um conjunto de leis que estabelecem direitos de internautas, provedores na rede e do governo. O projeto surgiu para evitar a insegurança jurídica e decisões inconsistentes que envolvem a internet em seu contexto.

Diferente da lei Azeredo, considerada “punitiva” (pois previa a criação de uma série de crimes envolvendo o mundo virtual), o

conjunto de leis propõe direitos e deveres para os usuários. 'Em vez de punição, o marco civil estabelece, por exemplo, leis voltadas aos direitos privados e liberdade de expressão na internet', explica Ronaldo Lemos, que é diretor do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da FGV-RJ. (TAGIAROLI, 2010).

O processo de debate do Marco Civil ocorreu através do *site* <http://culturadigital.br/marcocivil> para incentivar, via internet, a participação ativa e direta dos atores sociais envolvidos no tema, como usuários, academia, representantes da iniciativa privada, parlamentares e representantes do governo.

O projeto envolveu duas fases de discussão, cada uma com duração de 45 dias. Na primeira fase, foram debatidas ideias sobre os tópicos propostos para regulação, a partir de texto-base produzido pelo Ministério da Justiça. Cada parágrafo do texto esteve aberto para inserção de comentários por usuários conectados no portal www.culturadigital.br. Cada participante também pôde votar positiva ou negativamente as contribuições dos demais. Ao final da primeira fase, foi elaborada uma minuta de anteprojeto de lei. Na segunda fase, a discussão esteve voltada ao anteprojeto de lei construído a partir da primeira fase. Mais uma vez, cada artigo, parágrafo, inciso e alíneas estiveram abertos para apresentação de comentários por qualquer interessado. Foram disponibilizados também fóruns de discussão para o amadurecimento de ideias referentes ao anteprojeto a ser enviado às casas legislativas.

O texto original do governo federal gerou grande polêmica em torno da liberdade de expressão. O texto defendia a possibilidade de remoção de conteúdos sem a necessidade de uma ação judicial. Qualquer um que se sentisse prejudicado por um comentário publicado em *site* ou *blog* acionaria diretamente o provedor de conteúdo solicitando a retirada do texto indesejado da rede.

De quebra, mandaria pelos ares a liberdade de expressão. Um dos redatores do anteprojeto, o advogado Ronaldo Lemos, diretor do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV, alega que o objetivo da proposta era promover um diálogo direto entre o usuário supostamente prejudicado e o provedor, sem inter-

mediação da Justiça. A ideia, contudo, se choca com o ideal e também com a prática de liberdade de opinião, que prega que cada indivíduo tem o direito sagrado de dizer o que bem entender, contanto que assuma eventuais consequências da posição tomada. “O conteúdo da internet precisa ser livre para que as pessoas tenham a oportunidade de se expressar”, lembra o advogado especialista em propriedade intelectual Paulo Parente. (HONORATO; SBARAI; 2010).

Depois da discussão da primeira fase, que gerou cerca de 30.000 visitas à página do Marco Civil e 1.700 observações ao texto, a possibilidade de remoção de conteúdos sem a necessidade de uma ação judicial foi retirada do projeto. Já a redação sugerida na segunda fase é mais protetora, pois determina que o provedor não precisa remover qualquer material sem ordem judicial. Parente, citado por Honorato e Sbarai, concorda com a alteração do artigo:

Deve haver um contraditório: uma pessoa não pode simplesmente solicitar a remoção de um conteúdo e ser atendida pelo provedor. Isso seria censura: é como se fôssemos na contramão do fortalecimento da democracia. (HONORATO; SBARAI, 2010).

De acordo com Ronaldo Lemos, da FGV-Rio, citado por Tagiaroli (2010), existe atualmente pouca burocracia para adquirir informações de usuários por policiais. Quando a autoridade policial faz a solicitação, muitas vezes, o pedido nem passa por um juiz.

Outras questões têm gerado polêmicas entre provedores e membros da sociedade civil, como o tempo de guarda de logs (IP e horário de acesso do usuário à rede), o anonimato e a responsabilização por conteúdo publicado.

Ainda que boa parte dos internautas não esteja ciente, toda vez que acessa a internet, o provedor guarda informações dos usuários. O marco civil propõe que os sites e provedores armazenem por até seis meses e que as solicitações dessas informações passem pelo judiciário. Enfim, que o sistema passe por um processo semelhante ao da interceptação telefônica. (TAGIAROLI, 2010).

O art. 11 do Marco Civil (Projeto de Lei nº 2.126/2011), que impõe ao provedor manter por um ano os registros de conexão³ dos usuários, não atende às expectativas dos órgãos responsáveis pelas investigações, em razão da demora neste processo. Na maioria das vezes, o prazo necessário para se descobrir o autor de um delito é bem extenso e ultrapassa o prazo sugerido pelo anteprojeto. Em consequência, crimes como de exploração sexual da criança e do adolescente ficarão impunes, produzindo mais criminalidade.

Caracterizada pela ausência, omissão, ineficácia, insuficiência e descumprimento da pena - reprimenda justa, necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção da criminalidade - a impunidade enseja a insegurança na sociedade, o medo nas pessoas e a certeza de que nunca serão punidos os criminosos. Assim, a impunidade revela-se seja pela ausência de punição, falta de sanção penal ou pelo não cumprimento da pena declarada ou aplicada. (BRASIL, 2004).

Tendo em vista o pequeno espaço que estes registros ocupam nos dispositivos de armazenamento, além do baixo custo destes, acreditamos que o armazenamento dos registros por três anos seria adequado e não oneraria em demasia os provedores.

O art. 16 do anteprojeto do Marco Civil, por seu turno, previa a guarda do registro de acesso⁴, que, no entanto, dependia de expressa autorização do usuário. Sendo tal registro de fundamental importância para as investigações, seu armazenamento não deve estar condicionado à autorização do usuário, já que isso representaria condicionar a persecução penal do autor de crime à manifestação de sua própria vontade.

Sobre esse assunto, importante ressaltar que muitas vezes uma investigação sobre um crime de pornografia infantil ou racismo,

³ Registro de conexão: o conjunto de informações referentes a data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o número IP utilizado pelo terminal para o recebimento de pacotes de dados.

⁴ Registro de acesso: conjunto de informações referentes a data e hora de uso de um determinado serviço de internet a partir de um determinado número IP.

para não citar outros, somente é possível através dos referidos registros de acesso. Na forma que referido artigo 16 do Marco Civil está escrito, para essas investigações, os criminosos teriam que autorizar previamente a guarda dos dados, o que obviamente não irá ocorrer. (BLUM; VAINZOF, 2010).

Já o art. 12 do Projeto de Lei nº 2.126/2011 prevê a vedação da guarda dos registros de acesso a aplicações de internet, sendo possível apenas mediante ordem judicial, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado.

O armazenamento do registro de conexão por um ano e do registro de acesso apenas mediante ordem judicial, em nosso entendimento, são determinações conflitantes, pois não observam um só critério. Defendemos, pois, o armazenamento de tais diferentes registros sem necessidade de ordem judicial, por igual prazo, suficiente para resguardar a eficácia dos procedimentos investigatórios.

O art. 15 do Projeto de Lei nº 2.126/2011 prevê a responsabilidade do provedor de conexão à internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente. No entanto, defendemos a responsabilidade do provedor, caso não seja demonstrada a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, conforme exposto no item 4.2 deste trabalho.

O art. 26 do anteprojeto previa possibilidade de a parte interessada solicitar ao juiz a expedição de requisição, ao responsável pela guarda, para o fornecimento de registros de conexão ou de acesso a serviço de internet. No entanto, em nosso entendimento, tal dispositivo é desnecessário, uma vez que o artigo 355 do Código de Processo Civil já prevê: “O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder”. (BRASIL, 1973). Melhor seria incluir a previsão expressa de órgãos como Ministério Público e autoridades policiais poderem requisitar dados cadastrais diretamente ao provedor, independentemente de autorização judicial, devido ao poder de investigação a eles conferido.

De acordo com Honorato e Sbarai (2010), permanece embutida no projeto uma tradição brasileira de manter algum tipo de controle de opinião. Embora a liberdade de expressão esteja salvaguardada pela Constituição, sendo afastada a censura prévia, a Justiça mantém o controle posterior, traduzido na prerrogativa de determinar a retirada de textos, fotos, vídeos e outras formas de expressão da rede. De acordo com os autores, se o Marco Civil for aprovado nos termos atuais, ele formalizará para o ambiente virtual o que já é assegurado no mundo físico pelo Código Civil, pois a lei brasileira permite a retirada de qualquer conteúdo de circulação mediante uma ação judicial.

Exemplos recentes são notórios. Em 2007, 11.000 exemplares do livro *Roberto Carlos em Detalhes*, do historiador Paulo César de Araújo, foram recolhidos das livrarias porque o biografado recorreu à Justiça. A defesa do cantor alegou prejuízos aos direitos de personalidade. No mesmo ano, a apresentadora Daniella Cicarelli também foi aos tribunais para 'deletar' do site de compartilhamentos YouTube um vídeo em que trocava carícias com o namorado numa praia na Espanha. A decisão do juiz Lincon Antônio Andrade de Moura, da 23ª Vara Cível de São Paulo, foi surpreendente: bloqueio parcial do YouTube no Brasil, até que as imagens fossem retiradas do ar. Cicarelli acusou violação de privacidade e de direito de imagem. (HONORATO; SBARAI; 2010).

Em ambos os casos, foram mencionados o artigo 5º da Constituição, inciso X, que trata da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, e ainda o artigo 20 do Código Civil, que ampara decisões como as que favoreceram o cantor e compositor brasileiro Roberto Carlos e a modelo, atriz e apresentadora de televisão Daniela Cicarelli.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (BRASIL, 2002).

Se o Marco Civil for aprovado nos atuais termos, diversos provedores, como o Google, por exemplo, serão beneficiados. O provedor de serviço não mais seria responsável pela postagem dos usuários, pois as punições recairiam somente sobre aqueles, se houvesse recusa da indisponibilidade do conteúdo publicado.

Discordamos de tal solução. Ademais, defendemos a responsabilidade do provedor em caso de descumprimento de determinação judicial para retirada de conteúdo ilícito da internet e ainda nos casos em que não for possível demonstrar a culpa da vítima ou de terceiro. Desta forma, o direito constitucional à indenização pelo dano material ou moral decorrente de violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas estará assegurado.

O provedor de serviço de Internet deverá poder ser responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ser intimado para cumprir ordem judicial a respeito, não tomar as providências para, no âmbito do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente. (LEONARDI, 2010).

Além disso, o art. 4º, inciso II, alínea *a*), do Código de Defesa do Consumidor, prevê ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor, para a garantia de serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. E o que o projeto prevê é exatamente o contrário, isto é, a redução da proteção estatal ao consumidor.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta. (BRASIL, 1990).

O Marco Civil da internet objetiva, portanto, esclarecer dúvidas relevantes que geram instabilidade jurídica. Trata-se de proposta cuja aprovação é estritamente necessária, com modificações. Em análise da minuta, percebemos que, da forma como está, trará benefícios aos usuários de internet no Brasil. Porém, falta-lhe mencionar aspectos de maior controle e fiscalização, para que seja evitado o aumento de práticas de crimes e impunidade. Cabe ao Marco Civil demonstrar que a internet será um ambiente seguro e que a liberdade de expressão não será sobreposta à privacidade dos usuários.

6. Considerações finais

Liberdade de expressão e comunicação é, no Brasil, um direito há pouco arduamente conseguido. Neste contexto, a comunidade internauta tem, naturalmente, demonstrado receio em perder este direito e resistência à percepção de quaisquer formas de ameaça.

Há que se observarem, porém, os problemas diários enfrentados por autoridades investigativas na prevenção e na repressão ao crime. Estas autoridades lidam diariamente com o sofrimento das vítimas que as procuram. Investigam, tentam chegar à pessoa que cometeu o ilícito e muitas vezes não a encontram, por falta de meios legais que lhes proporcionem sucesso nas investigações.

A insegurança jurídica na internet é, portanto, como demonstrado neste trabalho, causada pela falta de legislação específica e eficaz para dirimir dúvidas relevantes acerca do uso da internet no Brasil. Provedores de serviço demonstram-se resistentes em prover autoridades investigativas de informações acerca dos acessos realizados por seus usuários. Não se sabe, ao certo, quem é o responsável pela publicação de conteúdo ilícito na internet.

O país, contudo, avança. Diversas polêmicas e a necessidade de novas leis foram amplamente discutidas nas Conferências Internacionais de Perícias em Crimes Cibernéticos (ICCyber), o que demonstra a preocupação das autoridades brasileiras.

Foram apresentadas neste trabalho novidades e propostas de legislação no tocante à regulação do ambiente internet, que com certeza

contribuirão para o amadurecimento do país. Contudo, os conteúdos de tais propostas devem ser repensados, pois, da forma como hoje se encontram, privilegiam demasiadamente a liberdade de expressão, prejudicando a segurança dos usuários e sobretudo a segurança jurídica tão amplamente defendida nos dias de hoje. A realidade brasileira não deve ser pensada isoladamente, e sim em nível de cooperação internacional, para que crimes sejam evitados.

7. Referências

ATHENIENSE, Alexandre. Projeto que tipifica crime eletrônico continua ineficiente. *DNT*, 14 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.dnt.adv.br/noticias/direito-penal-informatico/artigo-alexandre-athe-niense-projeto-que-tipifica-crime-eletronico-continua-ineficiente/>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

BLUM, Renato Opice; VAINZOF, Rony. Marco Regulatório Civil permite ação de infratores. *FNDCC*, 18 jun. 2010. Disponível em: <http://www.fndc.org.br/internas.php?p=noticias&cont_key=548417>. Acesso em: 15 fev. 2013.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 maio 2010.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2013.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2010.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 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: 13 nov. 2010.

_____. Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/2012/12737.htm>>. Acesso em: 6 jan. 2013.

BRASIL, Rebeca Ferreira. Crime e castigo: segurança sócio-jurídica contra a impunidade. *DireitoNet*, 24 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1700/Crime-e-Castigo-seguranca-socio-juridica-contra-a-impunidade>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Recomendações para o Desenvolvimento e Operação da Internet no Brasil, 19 ago. 1999. Disponível em: <<http://www.cg.org.br/recomendacoes-para-o-desenvolvimento-e-operacao-da-internet-no-brasil/>>. Acesso em: 21 out. 2015.

CORRÊA, Gustavo Testa. Quem responde por crimes cometidos na Internet? In: KAMINSKI, Omar (Org.). *Internet Legal: o direito na tecnologia da informação*. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

FARIAS, Edilsom. Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na Constituição Federal de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2195>>. Acesso em: 8 set. 2010.

_____. Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANCO, Bernardo Mello. Representantes de empresas jornalísticas defendem revogação definitiva da Lei de Imprensa. O Globo, 24 abr. 2008. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/04/29/representantes_de_empresas_jornalisticas_defendem_revogacao_definitiva_da_lei_de_imprensa-427116689.asp>. Acesso em: 8 set. 2010.

HONORATO, Renata; SBARAI, Rafael. Marco civil da web: como disciplinar sem censurar?, *Veja*, São Paulo, 14 maio 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/marco-civil-web-como-disciplinar-censurar>>. Acesso em: 10 set. 2010.

LEONARDI, Marcel. O problema do sistema de notificação e retirada na web. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-24/problema-sistema-notificacao-retirada-marco-civil-web>>. Acesso em: 2 nov. 2010.

LISBOA, Roberto Senise. A inviolabilidade de correspondência na Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet*: aspectos jurídicos relevantes. 1. reimp. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

LOBATO, Elvira. Projeto quer controlar acesso à internet. Folha de S. Paulo, 6 out. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20908.shtml>>. Acesso em: 3 out. 2010.

MARTINS, Flávio Alves; MACEDO, Humberto Paim de. *Internet e direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0512.07.045727-4/001, 17ª Câmara Cível. Rel.: Des. Eduardo Mariné da Cunha. Belo Horizonte, 2 de abril de 2009. *DJe*, 28 abr. 2009. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=3D6A2E1D545DB533E5C229573B39C8FB.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0512.07.045727-4%2F001>. Acesso em: 14 fev. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança nº 1.0000.04.414635-5/000, 3ª Câmara Criminal. Rel.: Des. Paulo César Dias, Belo Horizonte, 1 de março de 2005. *DJe*, 29 abr. 2005. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.04.414635-5%2F000>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

MORATO, Leonardo. Lei de segurança virtual tem “penas muito brandas”, diz executivo. *Corpbusiness*, 24 maio 2012. Disponível em: <<http://www.corpbusiness.com.br/?p=noticia-inter-na&id=10762>>. Acesso em: 22 out. 2015.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade em ambiente da Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. 1. reimp. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70011258027, 6ª Câmara Cível. Rel.: Des. Ney Wiedemann Neto. Porto Alegre, 20 de abril de 2006. *Dje*, 10 maio 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?-q=70011258027&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%-2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 1. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAGIAROLI, Guilherme. Entenda o que é o marco civil da internet. *UOL Notícias*, 9 jun. 2010. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2010/06/09/entenda-o-que-e-o-marco-civil-da-internet.jhtm>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

VASCONCELOS, Fernando Antônio. Análise da responsabilidade do provedor de acesso à internet. Disponível em: <<http://www.apmp.org.br/index.php/pecas-juridicas/artigos/520-analise-da-responsabilidade-do-provedor-de-acesso-a-internet>>. Acesso em: 2 ago. 2010.

Artigo recebido em: 07/01/2013.

Artigo aprovado em: 13/01/2014.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150019

DIREITO PENAL

ARTIGO

A NOÇÃO DE BEM JURÍDICO NO FUNCIONALISMO RADICAL SISTÊMICO

IL CONCETTO DI BENE JURIDICO NEL FUNZIONALISMO RADICALE

WARLEY BELO

Advogado

Ordem dos Advogados do Brasil, Brasil

warleybelo@yahoo.com.br

RESUMO: O texto discute o atual embate entre o direito penal do presente e o direito penal visionário, do risco. Conclui-se que o direito penal do risco tende a ser, nesta era da globalização, um direito penal sem limites, expansionista, o que esvazia o princípio da lesividade. As grandes transformações do direito penal tradicional devem-se a essa sociedade do risco, que encontra no funcionalismo radical um agressor ao caráter subsidiário. Entretanto, não se pode abrir mão dos limites materiais do direito penal, mesmo quando se trata de bens jurídicos não individuais, como é o caso do meio ambiente. A doutrina penal, deste modo, precisa voltar aos fundamentos do direito penal, essencialmente ao bem jurídico-penal constitucionalmente fundado, quer dizer, o direito penal em sua missão limitativa na proteção de bens jurídicos como um direito fundamental de todo e qualquer cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: direito penal do risco; bem jurídico; funcionalismo sistêmico radical; princípio da lesividade; direitos fundamentais.

RIASSUNTO: Il testo discute l'attuale impatto del rischio sul diritto penale del presente e sul diritto penale visionario. Si conclude che il diritto penale del rischio tende ad essere un diritto penale senza limiti, espansionista in quest'epoca di globalizzazione, cosa che svuota il principio della lesività. Le grandi trasformazioni del diritto penale tradizionale si devono a questa società di rischio che incontra nel funzionalismo radicale un aggressore al carattere sussidiario. Pertanto non si può rinunciare ai limiti materiali del diritto penale, anche quando si tratta di beni giuridici non individuali, come è il caso dell'ambiente. In tal modo la dottrina penale, necessita di un ritorno ai fondamenti del diritto penale, essenzialmente il bene giuridico-penale costituzionalmente fondato, cioè, il diritto penale nella sua missione limitativa nella protezione dei beni giuridici come un diritto fondamentale di tutti i cittadini.

PAROLE CHIAVE: rischio di diritto penale; bene giuridico-penale; funzionalismo sistemico radicale; principio di lesividade; diritti fondamentali.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Teorias sociológicas: o funcionalismo sistêmico radical e o bem jurídico. 3. O princípio da lesividade na sociedade de riscos e o funcionalismo sistêmico principiológico. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

Há um déficit científico no conceito (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 80-81) de bem jurídico, sendo até mesmo impossível “alcançar uma definição exclusiva e exhaustiva” (FERRAJOLI, 2002, p. 377)¹, uma vez que esse conceito submete-se às mutações sociais e culturais. Como se já não fosse problemática sua conceituação inicial, hodiernamente ela vem tornando-se mais difícil, dado o expansionismo (SÁNCHEZ, 2002) conceitual do termo ao agregar valores supraindividuais e abstratos, ora razoáveis, ora não, decorrentes do direito penal do risco.

¹ Figueiredo Dias também aponta que talvez nunca se poderá determinar a noção de bem jurídico, apesar de haver um núcleo essencial, um consenso sobre este conceito (DIAS, 2007, p. 114).

De qualquer modo, podemos partir do pressuposto de que o crime, na concepção democrática, pode ser definido materialmente² como uma lesão ou exposição de bens jurídicos a perigo (*Rechtsgutes* ou *Rechtliche Gutes*). Somando-se o bem jurídico, núcleo do conceito material de crime (*nullum crimen sine iniuria*), ao aspecto analítico-descriptivo da ação típica (aspecto formal, *nullum crimen sine lege*), alcança-se o significado global de tipicidade penal. Quer dizer, a tipicidade penal é a conjugação da tipicidade material e da tipicidade formal.

Aquela é a lesão ou exposição a perigo concreto de lesão ao bem jurídico; esta, a junção entre a descrição legal e a ação humana. A lesão ao bem jurídico deve, ainda, ser analisada em três vertentes: o desvalor da ação, o desvalor do resultado e a imputação objetiva do resultado. De qualquer forma, a principal missão do direito penal encerra-se na proteção dos bens jurídicos, o que, em última análise, é uma limitação do poder do Estado frente ao cidadão.

O simplista conceito, aceito quase unanimemente pela doutrina brasileira, esconde atrás de si a maior e atual controvérsia jurídico-penal. É que o enfraquecimento do valor crítico do conceito de bem jurídico (aspecto material), assim como a tentativa de expandi-lo incomensuravelmente, esvazia o próprio princípio da lesividade. Daí a nossa intransigência quanto à definição material legítima de crime como uma lesão ou um perigo de lesão concreta a um bem jurídico, visto de forma limitativa.

Qualquer tentativa de expandir esse conceito material de crime seria um retorno ao “positivismo legalista e formalista que preponderou no século XX” (BIANCHINI, 2009, p. 240), incapaz de garantir uma racionalização do *ius puniendi*. Há forte corrente doutrinária, todavia, que pretende uma mudança da significação material de cri-

² O conceito formal de crime, há muito, não tem mais nenhuma valia. Dizer que crime é aquilo que está na lei penal é o mesmo que nada dizer. No aspecto dos conceitos materiais de crime, os metajurídicos pecam pela abstração e insegurança de suas formas, parte deles levados pelo idealismo de valores absolutos, imutáveis no tempo, o que de todo improcede. Os conceitos jurídicos unitários (como o voluntarístico) permitiram a institucionalização de regimes como o nazista. Resta, pois, o conceito material jurídico analítico que, em seu aspecto substancial, exige a maculação ou exposição a perigo concreto do bem jurídico e em seu aspecto dogmático divide o crime em três elementos: ação típica, ilícita e culpável. (COELHO, 1991).

me, retirando-lhe exatamente esse vínculo com a ofensa ao bem jurídico ou diminuindo-lhe a importância central no sistema punitivo.

Mesmo dentre aqueles que apoiam o conceito material de crime como ofensa ao bem jurídico, há grande dificuldade para cunhar o próprio conceito de bem jurídico, não se chegando a acordo sobre seus limites. Pode-se entender “bem” como aquilo que tem valor, ou seja, que merece e necessita de proteção (BIANCHINI, 2002, p. 92). Na concepção neokantiana, valor cultural em seu sentido mais amplo, protegido juridicamente, transforma-se em bem jurídico.

A doutrina, majoritariamente, também segue esse entendimento. Bem jurídico tutelado penalmente, para Francisco de Assis Toledo (1994, p. 16.) “são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.” Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 464) o conceituam como “a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam.” Para Muñoz Conde (1997, p. 43), bens jurídicos são “os pressupostos de que a pessoa necessita para sua autorrealização na vida social.” Para Malaree (1992, p. 151-154), são relações sociais concretas protegidas pela norma penal que nascem da própria relação social democrática como uma superação do processo dialético. Assim, no homicídio, castiga-se a relação social que nega a relação social concreta vida. Para Figueiredo Dias, o bem jurídico é:

[...] a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo, socialmente relevante e, por isso, juridicamente reconhecido como valioso. (DIAS, 2007, p. 114).

Para Roxin, bens jurídicos são:

[...] pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por

exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e na sua opinião, o Estado social deve também proteger penalmente. (ROXIN apud PRADO, 1997, p. 45).

Vida, propriedade, dignidade sexual são exemplos de bens jurídicos porque são valores paradigmáticos essenciais à convivência do homem em sociedade. Trata-se de conceito jurídico-sociológico, ao pontuar o vínculo do legislador a uma escala constitucionalmente valorada. Esse conceito, como todos os demais, não permite uma delimitação rígida do conteúdo do bem jurídico, mas permite a formulação de limites críticos à elaboração de delitos.

2. Teorias sociológicas: o funcionalismo sistêmico radical e o bem jurídico

O funcionalismo radical sistêmico de Jakobs (1997), do início dos anos oitenta do século passado, é uma teoria sociológica, mas que possibilita a instituição de um direito penal autoritário. A concepção do delito como frustração das expectativas sociais de convivência postuladas através da norma guarda particular semelhança com a Escola de Kiel, principalmente no estabelecimento do direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*). Pretende implantar profunda crise ao conceito de bem jurídico (BIANCHINI, 2009, p. 258), quando não, em sua vertente mais radical, extingui-lo. Questiona-se o papel do bem jurídico como limitador e legitimador do *ius puniendi*, buscando-se um direito penal pragmático.

Originadas nos estudos de Durkheim, Parson, Merton e Luhmann, as teorias sociológicas modernas, como o funcionalismo radical sistêmico de Jakobs, elegem como paradigma a concepção da sociedade do risco, preferindo um direito penal preventivo, mesmo que isso signifique um enfraquecimento das garantias individualistas conquistadas. Não obstante, há também a concepção sociológica da Escola de Frankfurt que, em posição diametralmente oposta, coloca a proteção dessas mesmas garantias como função do direito penal. Assim, em Hassemer (2005), seu principal expoente, de tradição liberal, apoia-se no bem jurídico em uma escala social de valores.

Também o funcionalismo moderado teleológico-racional de Roxin (1986) coloca em relevo o bem jurídico constitucionalmente fundado, mas rompendo a “barreira infraqueável” (Liszt) entre o direito penal e a política criminal. Em ambas as concepções funcionalistas, há também a preocupação prática, em nada devendo, neste ponto, ao funcionalismo radical sistêmico de Jakobs.

A crítica, pois, realmente fica centralizada no bem jurídico. O critério utilizado para a noção do bem jurídico no funcionalismo radical sistêmico é sua correspondência com a nocividade social. Essa nocividade se determina através da danosidade social, aferível em função do desrespeito à norma, objeto de tutela³.

O bem jurídico é a validade fática das normas que garantem que se possa esperar o respeito aos bens, às funções e à paz jurídica (JAKOBS, 1997, p. 45-58). Argumenta-se que o bem não deve ser em si tutelado pelo direito penal porque este bem pode ser atingido por causas naturais, a que o direito penal nada tem de interesse.

Desta forma, o conceito de bem jurídico vinculado a bens não pode ser correto. O que interessa é a valoração positiva que se faz sobre um comportamento humano contrário à norma. A morte advinda de um raio não tem significação jurídico-penal como a morte advinda de uma facada. A primeira nada tem a ver com o bem jurídico-penal, já a segunda sim, porque diz conta à validade da norma, núcleo do bem jurídico-penal radical sistêmico.

A norma, entretanto, posta como preocupação material, cria um sistema acrítico. Pune-se porque a norma, advinda do legislador, foi desrespeitada. Para o funcionamento do sistema, a norma, por si só, precisa ser respeitada, sendo que o crime rompe com essa macroestrutura. “O direito penal objetiva proteger o aludido funcionamento, diante de um fato socialmente danoso”. (PRADO, 1997, p. 40).

Além dessa crítica, observa-se que muito da força ideológica do funcionalismo radical sistêmico parte da constatação de que é irreversível a tutela de bens supraindividuais, essencialmente vagos

³ Cf. PRADO, 1997, p. 37; DIAS, 2007, p. 117.

e abstratos, como o meio ambiente, por exemplo, o que, na concepção tradicional da teoria do bem jurídico seria uma significativa mudança. O eixo é deslocado de uma visão antropológica, individualista, para uma visão sociológica, coletiva. A busca da proteção do bem jurídico supraindividual, por ser abstrato, é difícil. Redunda na busca por mecanismos de proteção antecipatórios à lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Isso significa a criação não só de crimes sem a efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico, mas a própria criação fictícia e política de bens jurídico-penais, como a saúde pública ou a segurança do Estado. Disso decorre, em última instância, que é possível, ao Estado, criar crimes como um mecanismo de alcançar objetivos para proteger sua infraestrutura, sua política governamental e não “apenas” proteger bens jurídicos.

Criar bens jurídicos amplos, abstratos, indeterminados, bens jurídicos materialmente falsos, penalmente artificiais, para proteger a atividade estatal ou seus entes públicos é possibilitar a adaptação do direito penal a qualquer modelo econômico, político ou ideológico (BIANCHINI, 2009, p. 245). O direito penal, na sociedade de risco, passa a ser utilizado como um reforço do direito administrativo⁴, favorecendo o Estado ao invés do indivíduo e entrando em choque frontal com o funcionalismo reducionista ou contencionista de Zaffaroni, que busca, exatamente, aprimorar o direito penal a fim de conter o Estado de Polícia.

No funcionalismo radical sistêmico, perde-se totalmente a referência do bem jurídico de cunho antropocêntrico e se retira da Constituição (ao menos minimaliza) o papel principal de dirigir a escolha dos bens jurídicos (DIAS, 2007, p. 118, § 23). É na Constituição que se encontra o aporte razoável dos valores sociais na precisa lição do funcionalismo moderado teleológico-racional de Roxin (1986).

⁴ “Essa aproximação do direito penal ao campo dos ilícitos administrativos nos leva a questionar se não se trataria de uma intromissão indevida do direito penal em esferas que poderiam estar, satisfatoriamente, sob a regulamentação do direito administrativo sancionador.” (MACHADO, 2005, p. 165). Exemplos: Na lei 9605/98: “Art. 29. (...) perseguir (...) espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.”; “Art. 51. Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

O funcionalismo de Roxin, Hassemer e Zaffaroni recuperam o conceito de bem jurídico e sua necessária ofensividade (BIANCHINI; MOLINA, 2009, p. 352), pela exigência da tipicidade material, ao contrário do que faz Jakobs com seu funcionalismo radical sistêmico.

3. O princípio da lesividade na sociedade de riscos e o funcionalismo sistêmico principiológico

O princípio da lesividade é, juntamente com o princípio de culpabilidade, o princípio mais atacado pelo atual critério de política criminal da sociedade de riscos, que visa à antecipação da intervenção penal (*Vorfeldkriminalisierung*) (BECK, 1992), deixando o direito penal como a *prima ratio* ou mesmo a *sola ratio* (HASSEMER, 2005) da atuação estatal frente aos desafios sociais. Busca-se, paradoxalmente, uma mitológica “segurança” em uma sociedade marcada por incertezas generalizadas.

A expressão “sociedade de risco” é do sociólogo alemão Ulrich Beck (1986), cujo pensamento, em apertada síntese, releva que estamos vivendo o limiar do abandono da sociedade industrial clássica com o surgimento de uma nova forma de sociedade, a do risco. Assim como no século XIX, quando houve uma ruptura paradigmática, há agora, também, uma nova onda de “modernização” desta mesma sociedade industrial, que passa a ser tecnológica. A questão é que a lógica da primeira sociedade era voltada para a produção de riqueza (*Logik der Reichumsproduktion*). Agora, se impõe outra lógica, a da produção de riscos (*Logik der Risikoproduktion*) e de sua distribuição. Quais são esses riscos? A produção de poluentes, a destruição do meio ambiente, a radiação nuclear, o desemprego, a violência generalizada, o medo social. Esses riscos atingem a todas as classes, ricos e pobres.

Essa percepção é muito influenciada pelos meios de comunicação de massa, que incrementam e dão uma dimensão maior do que a realidade produz. Da percepção do perigo aumentado, apesar da realidade inalterada, exsurge a sociedade da insegurança. O sistema penal está sob grande pressão desse discurso político orientado à realidade dos problemas sociais, aberto a seus influxos de criticar um direito penal que persegue riscos menores, quer dizer, individu-

ais, mas se mantém inerte aos de “grande proporção” (MACHADO, 2005, p. 93-94), ou seja, aos supraindividuais.

A crítica a Beck parte do pressuposto de que se trata de uma tese catastrófica, nada diferente de tantas outras que já ocorreram em diversas sociedades de outros tempos. Outra crítica é a de que a sociedade da insegurança é ávida por algo que é uma ilusão: a segurança absoluta, ou seja, a inevitabilidade do mal, a antecipação das forças do bem contra as forças do mal, como se fosse possível essa paranoia bivalência preventiva. Evidentemente, isso não é possível. Francisco de Assis Toledo⁵ pontuava que viver é um risco na selva ou na cidade. Não é missão do direito penal afastar preventivamente essas mazelas.

Um sistema penal construído sobre as arestas do modelo sociológico descrito por Beck, na expectativa de eliminação dos riscos, coloca em grave crise o princípio da lesividade pelo abandono da teoria do bem jurídico-penal.

Sem a necessidade de se construir um direito penal baseado na lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico, resta ao Estado preventivo formular a missão do direito penal em resguardar as suas próprias normas emanadas (JAKOBS, 1997). É um *non sense* simbólico sem limites pretender instituir crimes sem lesão ao bem jurídico para evitar a lesão à norma, “o” bem jurídico do funcionalismo radical sistêmico.

Se, por um lado, o sistema penal preventivo é mais aberto à realidade social, mais prático, mais adequado aos grandes riscos decorrentes da macrocriminalidade, da criminalidade moderna (HASSEMER, 2005), por outro lado, esse sistema pressupõe a flexibilização das garantias individuais iluministas e a superação do *Welfare State*⁶.

⁵ “Viver é um risco permanente, seja na selva, entre insetos e animais agressivos, seja na cidade, por entre veículos, máquinas e toda sorte de inventos da técnica, que nos ameaçam de todos os lados. Não é missão do direito penal, afastar, de modo completo, todos esses riscos – o que seria de resto impossível – paralisando ou impedindo o desenvolvimento da vida moderna, tal como o homem, bem ou mal, a concebeu e construiu.” (TOLEDO, 1994, p. 17).

⁶ Na sociologia, David Garland resumiu assim a ambiguidade da *modernidade tardia*: “As criminologias da era do *Welfare State* tendiam a assumir a perfectibilidade do homem, a ver

Essa nova expertise criminal arrasaria a lesividade como princípio, que é essencialmente repressivo, nos moldes do princípio de culpabilidade. Em seu lugar estaria o princípio da precaução (CAMPIONE, 2003, p. 22 ss.) que se baseia na suspeita, na prognose de futuros riscos, na incerteza do dano, na indefinição, na presunção⁷.

Aqui também se externa a política no direito penal. Defendemos a fidelidade aos princípios clássicos do direito penal, do direito penal da repressão, da punição do fato pautado em bens jurídicos constitucionais, na redução do Estado de Polícia, no incremento das garantias.

A funcionalização radical sistêmica do direito penal entra em conflito com todos os princípios clássicos do direito penal, chegando a seu ápice em relação ao princípio da lesividade, em clara afronta aos direitos fundamentais conquistados.

O funcionalismo sistêmico radical acredita que o direito penal possa ordenar a sociedade como um todo, como num truque político, prevenindo, antecipando-se ao crime e ao criminoso. O embate é sobre o direito penal do presente e o direito penal visionário, do risco. Essa funcionalização visionária coloca o direito penal como *prima ratio* ao combate à criminalidade comum e da macrocriminalidade, desvirtuando-o conceitualmente e expandindo-o infinitamente, tantos quantos sejam os perigos sociais imagináveis.

o crime como um signo de um processo incompleto de socialização e a perceber no Estado o papel de assistir aqueles que foram privados das condições econômicas, sociais e psicológicas necessárias para o adequado ajustamento social e para uma conduta respeitadora da lei. As teorias do controle começaram a formar uma visão muito mais obscura a respeito da condição humana. Elas assumem que os indivíduos são fortemente atraídos para condutas auto-referidas, anti-sociais e criminais a menos que sejam impedidos por controles robustos e efetivos, bem como veem na autoridade da família, da comunidade e do Estado estratégias de imposição de restrições e de limites. Onde a velha criminologia encaminhava-se mais na direção do bem-estar e da assistência, a nova insiste no reforço dos controles e na aplicação da disciplina.” (GARLAND, s. d., p. 15, tradução nossa).

⁷ A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento proclama, na esteira do pensamento, o seguinte em seu Princípio 15: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o *princípio da precaução* deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.” (grifo nosso).

Em verdade, haveria de existir um “funcionalismo sistêmico principiológico”, cuja conclusão partiria da incompatibilidade dos princípios clássicos do direito penal com a defesa dos novos riscos sociais, cujos bens jurídicos são supraindividuais. Ou seja, o direito penal não teria essa relevante e principal função de proteção das gerações futuras por sua incompatibilidade de proteger antecipadamente o meio ambiente, por exemplo. O funcionalismo sistêmico principiológico proporia que a função do direito penal seria proteger os princípios penais.

Nesse ponto, é absolutamente contrário ao funcionalismo sistêmico radical, especialmente quando se pauta a subjugar o princípio da lesividade. Esse princípio implica uma posição de tutela de bens jurídicos, o que divergiria também da nova política criminal (DIAS, 2007, p. 135). Desse modo, o direito penal ficaria fora da proteção dos macro-bens jurídicos porque é fraca a demonstrabilidade de afetação individual.

O chamado funcionalismo principiológico é substancialmente incompatível com a hermenêutica do perigo⁸. Esta propõe um modelo absolutamente diverso do paradigma antropocêntrico, com outra racionalidade (STRATENWERTH, 1993), novos princípios, abandono do bem jurídico, ou seu convívio com outro modelo. Ou seja, afirma-se que a atual dogmática não seria capaz de trazer soluções aos problemas da nova sociedade e seu modelo não permitiria uma atuação legítima e necessária para essa adaptação aos novos riscos.

Com a escolha de bens jurídicos abstratos e incriminação de simples comportamentos, entretanto, a constatação da danosidade individual ficaria também bastante prejudicada e de impossível comprovação empírica. De qualquer modo, não se pode defender que o chamado funcionalismo sistêmico principiológico não seja capaz de proteger o direito das gerações futuras, pelo contrário, defende esses direitos, mas não em detrimento da geração presente e nem se esquecendo de que o direito penal é a *ultima ratio* e pugna por sua atuação racional. (ROXIN, 1986).

A mais equivocada atuação seria a de se contrariar os princípios como direitos fundamentais e se escolher bens jurídicos vagos. Escolhas de-

⁸ A *perpetual sense of crisis*, segundo Garland (2001, p. 19 ss).

terminadas, certas, com incriminação limitada pelos princípios clássicos possuem uma demonstrabilidade individual bem mais perceptível.

O ponto nevrálgico da situação atual do direito penal é esta: o bem jurídico serve ou não como limite ao *ius puniendi*? Se admitirmos que sim, como advogamos, só se deve intervir penalmente na proteção dos bens jurídicos supraindividuais quando agressivo diretamente aos interesses individuais. Tal é o posicionamento do funcionalismo do controle social de Hassemer, da Escola de Frankfurt, que pugna pela escolha do bem jurídico como limite real ao *ius puniendi*, mesmo quando se trata de bens jurídicos coletivos.

O funcionalismo de Jakobs, por outro lado, pugna a substituição do conceito de bem jurídico por uma função do direito penal, a saber: garantir a vigência da norma. Entretanto, com a eliminação do bem jurídico clássico perde-se o próprio controle do direito penal e o Estado sem controle nesta seara é algo absolutamente inegociável, pois já se conhece o “natural” ímpeto autoritário de qualquer Estado em qualquer momento histórico. Nem mesmo se deve aceitar a submissão ou conjugação (ciências conjuntas) do direito penal com os princípios de política criminal, quer dizer, um direito penal axiologicamente orientado por princípios de política criminal (trans-sistemática)⁹. As soluções pragmáticas são absolutamente realizáveis dentro da dogmática atual, como se prova através da aceitação do princípio da insignificância.

Deste modo, o direito penal do risco, base do funcionalismo sistêmico radical, representa um risco imensurável ao próprio conceito de cidadania e aos direitos fundamentais. Basta observar a corrida desenfreada na construção de novos delitos de perigo abstrato, definidos, basicamente, como desvios das normas de comportamento padrão. Essa construção afronta a ideia básica de um direito penal de *ultima ratio*, proporcional, subsidiário e a um preço extremamente alto porque – definitivamente – é impossível demonstrar sua efetividade como mecanismo de prevenção¹⁰.

⁹ Ver CAMARA, 2008.

¹⁰ Quantos balões deixaram de ser soltos após a vigência do artigo seguinte? Lei n.

Entre o construído funcionalismo sistêmico principiológico e o funcionalismo sistêmico radical, há aqueles que procuram intermediar, como é o caso de Silva Sánchez (2002), com o seu direito penal de duas velocidades. É dizer, para os crimes comuns o direito penal clássico que, para o autor, nunca se efetivou. E para a criminalidade moderna, a flexibilização dos princípios, mas sem a aplicação da pena privativa de liberdade. Teríamos a convivência entre o funcionalismo de controle social (garantismo dos direitos fundamentais) e o funcionalismo radical em um mesmo sistema.

Hassemer (1998, p. 37-41) defende a criação de um novo ramo do direito, denominado de intervenção, no qual, também, não haveria o rigor dos princípios porque se alocaria entre o direito penal e o direito administrativo e também não haveria a pena privativa de liberdade.

Esse movimento de se pretender enfraquecer os princípios reitores do direito penal clássico – subdividindo-os, compartimentalizando-os, denominando-os diferentemente ou abrindo casos excepcionais, antecipando a tutela, utilizando leis penais em branco etc. – e do processo penal – permitindo a invasão de privacidade, a infiltração etc. – contraria a própria história do direito penal e sua razão de existir que é, justamente, o de limitar o poder estatal, precipuamente em favor do indivíduo.

O funcionalismo de controle social, neste aspecto, acaba por se trair ao pretender excepcionar um “direito penal” (na prática) sem garantias. Não se pode pretender a proibição daquilo que muitas vezes nem controlável é.

Por outro lado, inverter a presunção de inocência e conceber um sistema que sobrevive sem o bem jurídico, reproduzindo um discurso meramente retórico, simbólico, não obstante com forte viés prático, é uma função eminentemente administrativa, e não do direito penal.

9.605/98, “art. 42. Fabricar, vender, transportar ou soltar balões que possam provocar incêndios nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano: Pena - detenção de um a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente”.

A nova admirável sociedade de segurança é algo que só é passível de existir em uma sociedade onde não haja homens¹¹ ou onde não haja direito penal. Essa sociedade pugna por um direito penal do risco que em nada se assemelha ao direito penal historicamente construído e fundado nos direitos fundamentais como limite ao poder do Estado em punir.

O sintoma da adoção do direito penal do risco seria o enfraquecimento de todos os princípios clássicos do direito penal (HASSEMER, 1990, p. 193-204), senão formal, ao menos materialmente, princípios esses que justificam a própria existência deste ramo do direito. Por isso mesmo, a proposta aqui de um funcionalismo principiológico resgataria toda a concepção clássica do direito penal.

Talvez seja mesmo chegada a hora de sustentar que o direito penal encontrou seu limite de atuação, como vem defendendo a “Escola de Frankfurt”. Para os mega-riscos, há de se concluir que ao direito penal cabe muito pouco a fazer se até as atitudes preventivas de cunho extrajurídico têm sido relegadas ao mero acaso.

O crescimento desordenado das cidades é um problema de engenharia também, a poluição ambiental também diz conta à biologia e à química. Quer dizer, a excessiva antecipação de tutela nada mais é do que o chamamento de responsabilidades com as quais o direito penal não tem absolutamente nada a ver. Entretanto, se arvoram a buscar no direito penal soluções para todas as catástrofes da ciência física ou todos os fenômenos sociais, econômicos e ambientais patológicos. Pode-se até pensar em um incremento do direito administrativo-penal, em pensamento próximo ao de Silva Sánchez¹², mas sem se es-

¹¹ Nos livros *Admirável Mundo Novo* (*Brave New World*), de Aldous Huxley; *A Laranja Mecânica* (*Clockwork Orange*), de Anthony Burgess, e 1984, de George Orwell, também se busca uma sociedade segura através de pré-condicionamentos, investidas biológicas e alienação política para que as pessoas correspondam às expectativas. O medo sempre faz as pessoas aceitarem a perda da liberdade. Sobre o trabalho de Burgess já tivemos oportunidade de expor nossas ideias em: BELO, W. A Laranja Mecânica: comentários criminológicos sobre a violência juvenil. *Revista do CAAP/UFMG*, Belo Horizonte, vol. VI, n. 10, p. 355-386, 2001.

¹² Remetemos o estimado leitor ao princípio de culpabilidade. Silva Sánchez propõe uma política e uma dogmática penal dualista. Uma, dos princípios do direito penal

quecer que o direito penal legítimo é o direito penal antropocêntrico, de defesa dos princípios penais e não se admite exceção no sistema.

O direito penal do risco é o direito penal sem limites. “São imensos os riscos de um direito penal do risco para a função de garantia do direito penal”. (HASSEMER, 1989, p. 275-285). Não percebem que uma sociedade de segurança só é possível se também o próprio direito penal for controlado. A sociedade de risco produz um direito penal também de risco, quer dizer, o direito penal está dentro desse turbilhão paradigmático. Os crimes de perigo abstrato, as leis penais em branco, as diminuições de garantias processuais etc. são frutos de uma sociedade do risco¹³. Nessa ideologia, é visionário perceber que o risco atinge também o direito penal e sem ele a maior vítima será a própria sociedade e os indivíduos. Por este caminho, o direito penal será mais um risco.

O abandono do modelo “iluminista” de direito penal significa, essencialmente, o abandono da própria dogmática penal, quer pela construção de um direito penal paralelo, quer pela funcionalização radical ou por sua influência desmedida pelos princípios da política criminal.

clássico, garantista; a outra, periférica, do *direito penal da calculadora*, do risco, da mera ordenação social, da flexibilização dos princípios, dos bens jurídicos coletivos, de proteção antecipada. Esse último grupo teria uma punição administrativa. Não resta a menor dúvida que seria uma questão de década o predomínio do último sobre o primeiro, o que acabaria redundando na extinção do direito penal como mecanismo de proteção individual contra o Estado. Por tudo isso, defende-se um direito penal antropocêntrico, relegando a proteção dos bens jurídicos supra-individuais a atividades preventivas extra-jurídicas e a incrementação do direito administrativo.

¹³ Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu. O desassossego resulta de uma experiência paradoxal: a vivência simultânea de excessos de determinismo e de excessos de indeterminismo. Os primeiros residem na aceleração da rotina. As continuidades acumulam-se, a repetição acelera-se. A vivência da vertigem coexiste com a de bloqueamento. A vertigem da aceleração é também uma estagnação vertiginosa. Os excessos do indeterminismo residem na desestabilização das expectativas. A eventualidade de catástrofes pessoais e coletivas parece cada vez mais provável. A ocorrência de rupturas e de descontinuidades na vida e nos projetos de vida é o correlato da experiência de acumulação de riscos inseguráveis. A coexistência destes excessos confere ao nosso tempo um perfil especial, o tempo caótico onde ordem e desordem se misturam em combinações turbulentas. Os dois excessos suscitam polarizações extremas que, paradoxalmente, se tocam. As rupturas e as descontinuidades, de tão frequentes, tornam-se rotina e a rotina, por sua vez, torna-se catastrófica. (SANTOS, 2002, p. 41).

O direito penal surgiu como um mecanismo de limite ao poder estatal. A substituição desse modelo poria abaixo dois séculos de lutas a fim de equacionar a relação indivíduo *versus* Estado. Em todos os períodos que se abandonou esse modelo, tivemos o sistemático abuso e desvirtuamento do direito penal. Por tudo isso, sem dúvida alguma, somos pela persistência do modelo clássico e seu aperfeiçoamento.

4. Conclusão

É atualíssimo o embate sobre o direito penal do presente e o direito penal visionário, do risco. Para nós, o direito penal do risco tende a ser um direito penal sem limites, expansionista, o que esvaziaria o princípio da lesividade e, por consequência, os direitos fundamentais. A exigência de grandes transformações do direito penal tradicional deve-se a essa sociedade do risco, que encontra no funcionalismo radical de Jakobs seu expoente doutrinário. Esse funcionalismo pugna a substituição do conceito de bem jurídico por uma função do direito penal, a saber: garantir a vigência da norma.

Da percepção do perigo aumentado, apesar da realidade inalterada, exsurge a uma sociedade dita de insegurança. Entretanto, como exposto, não é missão do direito penal afastar preventivamente certas mazelas, sejam elas sociais, ambientais ou econômicas.

Um sistema penal construído sobre as arestas do modelo sociológico descrito por Beck, na expectativa de eliminação dos riscos, coloca em grave crise o princípio da lesividade, pelo abandono da teoria do bem jurídico-penal.

O sintoma da adoção do direito penal do risco seria o enfraquecimento de todos os princípios clássicos do direito penal¹⁴ e, por via reflexa, de direitos fundamentais.

Assim, o direito penal do risco é, para nós, um direito penal sem limites. “São imensos os riscos de um direito penal do risco para a função de garantia do direito penal”. (HASSEMER, 1989, 275-285).

¹⁴ Nesse sentido: HASSEMER, 1990, p. 193-204.

De tudo, o que de fato possuímos são critérios deslegitimadores de criminalização que giram em torno da ausência de lesão efetiva ou perigo concreto a bens de terceiros. Além disso, entramos em um discurso metajurídico, quer dizer, político, que visa prevenir crimes de maneira genérica e indeterminada.

A recusa ao direito penal do risco significa a aceitação dos princípios clássicos do direito penal, mormente o princípio da lesividade, que pugna por um direito penal limitado, garantista e compassado com os direitos fundamentais essencialmente ligados à dignidade humana. Nenhuma orientação prevencionista pode pretender quebrar o enfoque garantista-penal. A sociedade do risco precisa compreender que proibir o que não se pode controlar é um ato meramente simbólico. Já o controlável precisa ser prevenido por outros mecanismos, sejam eles jurídico-administrativos ou extrajurídicos, pois a instrumentalização do direito penal significa flexibilizar garantias e subjugar a própria concepção de cidadania em detrimento de um conteúdo ético inalienável.

Por fim, conclui-se que o funcionalismo radical sistêmico, com toda a sua carga autoritária de estabilização do sistema, não se importa com valores limitativos, mas com o fundamento do direito penal quando a discussão é sobre a legitimidade do sistema penal. O funcionalismo principiológico possibilita, por sua vez e inegavelmente, a mais legítima intervenção do direito penal.

5. Referências

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BECK, Wolfgang. *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.

BELO, Warley. A Laranja Mecânica: comentários criminológicos sobre a violência juvenil. *Revista do CAAP/UFMG*. Belo Horizonte, MG, vol. VI, n. 10, p. 355-386, 2001.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*: Archiv des Criminalrechts. s/d: Neue Folge, 1834.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.649, Rel.: Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, 8 de maio de 2008. *DJe*, 17 out. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 jan. 2012.

CAMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal*. São Paulo: RT, 2008.

CAMPIONE, Roger. El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la kollateralschädengesellschaft. In: AGRA, Cândido da et al (eds.). *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Bogotá: Atelier, Colección Política de Seguridad, 2003.

COELHO, Walter. *Teoria Geral do Crime*. Porto Alegre: Safe, 1991. v. 1.

CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Limites materiais do Direito Penal Ambiental*. Porto Alegre: TRF 4ª Região, 2008 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Penal: módulo 4).

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. São Paulo: RT, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2002.

FEUERBACH, P. J. Anselm Ritter Von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 13. ed. Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1840.

GARLAND, David. *Culture of crime control*. Chicago: The University of Chicago, s. d.

_____. *The Culture of control: crime and social order in contemporary society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUECCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: RT, 2005.

HASSEMER, Winfried. Lineamentos de uma teoria personal del bien jurídico. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, ano 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989. (Original em alemão: *Grundlinien einer personalem Rechtsgutslehre*. Heidelberg, 1989).

_____. El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal “eficaz”. Trad. Francisco Muñoz Conde. *Doctrina penal*, Buenos Aires, n. 13, p. 193-204, 1990.

_____. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo. Porto Alegre: Safe, 2005.

_____. Perspectivas del Derecho penal futuro. *Revista Penal*, Barcelona, n. 1, 1998.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. In: CONGRESSO INTERNACIONAL FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE

EDUCACIÓN A DISTANCIA: modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología, 6-10., 2000, Madrid. *Anais...* Madrid: UNED, nov. 2000. p. 371-387.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1. (tomo I).

JAKOBS, Günther. *Tratado de derecho penal*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras e José L. Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*. São Paulo: Ibccrim, 2005.

MALAREE, Hernan Hormazabal. *Bien juridico y estado social y democrático de derecho*. 2. ed. Santiago de Chile: Conosur, 1992.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula Luiz Natscheradeetz et al. Lisboa: Vega, 1986.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: RT, 2003.

STRATENWERTH, Günter. *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*. Basel, 1993.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 1997.

Artigo recebido em: 16/05/2012.

Artigo aprovado em: 01/07/2014.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150020

DIREITO CIVIL

ARTIGO

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA BRASILEIRA E A QUESTÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO AFETO

THE CIVIL RESPONSABILITY FOR AFFECTIVE ABANDONMENT: HISTORICAL EVOLUTION OF BRAZILIAN FAMILY AND THE MATTER OF THE AFFECTION JURIDICAL NATURE

ANA CAROLINA BARBOSA AMARAL

Advogada

Ordem dos Advogados do Brasil, Brasil

anacarol_barbosa@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo analisar os avanços do Direito de Família, sobretudo em face dos impactos trazidos pela constitucionalização do Direito Civil e pela elevação do afeto ao posto de elemento caracterizador e fundamental das relações familiares. Com base nesta visão civil-constitucional, os deveres jurídicos dos pais em relação aos filhos ganharam novos nuances, tendo-se instalado discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica do afeto. Questiona-se se o afeto, por se tratar de um princípio jurídico, possui força normativa e pode ser imposto, ou se este sentimento cinge-se a um valor jurídico. Caso se mostre como um princípio, sua inobservância configuraria ilícito civil, ensejadora de responsabilidade civil pelos danos morais suportados pelo filho, em face do abandono perpetrado por qualquer de seus genitores. Com o intuito de defender a natureza jurídica do afeto como princípio, portanto, dotado de força normativa, apresentam-se argumentos jurídicos levantados pela doutrina especializada, bem como pela jurisprudência, ao julgar casos semelhantes à hipótese aqui narrada.

PALAVRAS-CHAVE: família; afetividade; responsabilidade civil; abandono afetivo; danos morais.

ABSTRACT: The present work has the purpose to analyze the progress occurred to family law, especially because of the impacts brought by the constitutionalization of civil law and by rising the affection to a post to be considered a characterizer factor and fundamental to family relationships. Based on this civil-constitutional view, the legal duties of the parents towards their children gained new nuances and a doctrine discussion and some jurisprudence about the legal nature of the affection has begun. There are some questions if the affection, since it is a legal principle, has normative force, and may be imposed, or if this feeling could be considered a legal value. If it is a principle, failure to comply would configure tort, reason of Civil Liability moral damages supported by the son, in face of abandonment perpetrated by any of its parents. In order to defend the legal nature of the affection as a principle, therefore, endowed with normative force, the legal arguments raised by the specialized doctrine, as the jurisprudence are shown, as well as the judgment of similar cases to the hypothesis here studied.

KEYWORDS: family; affection; liability; emotional neglect; emotional harm.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito das Famílias. 2.1. Breve histórico da família brasileira: do patriarcalismo à afetividade. 2.2. Conceito atual de família: o afeto como elemento estrutural da família contemporânea. 2.3. O conceito e as implicações do poder familiar. 3. A responsabilidade civil oriunda do abandono afetivo na relação paterno-filial. 3.1. A responsabilidade civil. 3.2. Os tipos de responsabilidade civil. 3.3. Requisitos para a configuração do dever de reparar civilmente. 3.4. A responsabilidade civil por abandono afetivo. 3.5. A natureza jurídica do afeto. 3.6. O dano moral por abandono afetivo à luz da jurisprudência brasileira. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

A ideia de se dissertar sobre o presente tema nasceu de uma inquietude pessoal. Confesso que o primeiro contato com o assunto se

deu através de veículos de informação não especializados, que, na grande maioria das vezes, desnaturam o instituto, fornecendo-nos informações precipitadas. Obviamente, ninguém entenderia a linguagem jurídica, técnica, tão obscura e escorregadia até para nós, operadores do Direito.

A aplicação do instituto da responsabilidade civil às relações paterno-filiais é um reflexo das enormes transformações sofridas nos últimos anos pelo Direito Brasileiro, sobretudo o Direito Civil, uma vez que os institutos jurídicos até então apresentados não mais atendiam aos anseios da sociedade.

Modificações como a constitucionalização do Direito Civil ensejaram a migração de seus institutos fundamentais e de seus princípios vetores para as Constituições, o que trouxe ao Código Civil e às leis especiais uma unidade harmônica, com base na Constituição Federal de 1988 e na dignidade da pessoa humana, seu princípio basilar.

O Direito de Família foi o ramo que mais sofreu mudanças. Abriu-se espaço para a filosofia eudemonista da busca da felicidade. A base do ordenamento jurídico passou a fundamentar-se no ser humano e na sua dignidade. A função social alargou-se e alcançou diversos institutos jurídicos, dentre eles a família.

Uma das grandes novidades introduzidas no Direito de Família foi o afeto, fator considerado preponderante na conformação das entidades familiares. Tal sentimento tornou-se tão relevante que dois grandes grupos doutrinários se dividiram em posições contrárias, invocando argumentos de variadas ordens para justificar os seus posicionamentos.

Foi com o intuito de entender melhor a responsabilidade civil por abandono afetivo nas relações paterno-filiais que me dediquei nos últimos meses sobre toda e qualquer fonte segura que pudesse me acrescentar. Estudar um sentimento tão grandioso como o afeto na seara do Direito de Família é algo único, gratificante e transcendental.

Ouso por bem esclarecer que a expressão “paterno-filial” não diz respeito somente à figura masculina, ao pai, mas aos pais, biológicos ou

socioafetivos, englobando tanto a figura materna quanto a paterna, ainda que os casos de abandono afetivo pelo pai sejam mais corriqueiros.

Para a elucidação deste trabalho, será utilizado o método categórico-dedutivo, portanto, enfoque ou abordagem, bem como coleta de dados, através de análises documentais como livros, artigos científicos, jurisprudências, legislações brasileiras e *internet*. Encontrar-se-á nesta oportunidade o trabalho de grandes juristas em Direito de Família, dentre os quais cito Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Rodrigo da Cunha Pereira.

Objetiva-se, primordialmente, buscar a definição da natureza jurídica do afeto como condição para a caracterização da responsabilidade civil por abandono afetivo nas relações paterno-filiais. Aliás, é aqui que se encontra o cerne de toda a discussão, qual seja, saber se o afeto pode ser tratado como um princípio, possuindo verdadeiro conteúdo normativo impositivo, ou se se trataria apenas de um valor constitucionalmente assegurado, um ideal a ser buscado pelo Estado, pela sociedade e pelos pais, mas desprovido de conteúdo obrigatório.

Para tanto, descortina-se a evolução histórica da família brasileira, desde os seus primórdios onde se imperava o patriarcalismo, momento em que o casamento era tido como o único rótulo legitimador da família, até se chegar ao conceito de família aberto, inclusivo e não discriminatório que temos hoje na Constituição Federal de 1988.

Entendido o processo de crescimento e evolução pelo qual passou o instituto da família, estudar-se-ão as relações entre pais e filhos e os direitos e deveres decorrentes dessas, incluindo suas penalidades, ocasião em que surge a grande inovação jurídica objeto deste trabalho, no sentido de ser ou não a responsabilidade civil por abandono afetivo uma decorrência do poder familiar mal exercido, ou, melhor dizendo, não exercido.

O instituto da responsabilidade civil será inicialmente estudado de forma isolada, a fim de que suas muitas especificidades sejam clareadas e bem trabalhadas, para que, posteriormente, se possa aplicá-lo ao Direito de Família.

O presente artigo buscou trabalhar com a visão geral e interdisciplinar do Direito, preservando-se, entretanto, as especificidades e peculiaridades de cada área.

2. Direito das Famílias

2.1. Breve histórico da família brasileira: do patriarcalismo à afetividade

Entender o que a família representa em determinada sociedade é, especialmente, vislumbrar o seu papel em certo momento histórico. E, deste modo, dada a ligação que o termo “família” possui com a evolução vivida pelos povos, é possível dizer, ainda que de forma prematura, que aquele pode ser entendido como algo plástico – e não estático, de variadas formas, capaz de se reinventar, de se reestruturar, de agregar novos valores.

Indiscutivelmente, a família é um dos fatos sociais mais importantes do Direito (e aqui já não cabe mais a clássica divisão entre Direito Público e Direito Privado, o que se admite apenas para fins didáticos, pois a ciência do Direito deve ser entendida como um complexo único, em que todas as áreas se complementam), pois se aquele visa a solucionar, entre outros objetos, os conflitos existentes nas relações entre os indivíduos, é a partir da família que se dão as primeiras relações interindividuais, e, conseqüentemente, as primeiras desavenças.

Além disso, a família é o meio social no qual o indivíduo se desenvolve, cresce, discute ideias e experiências, divide os seus sonhos e anseios, aprende, fortalece-se, nutre relações de afeto, amizade, respeito, companheirismo, limites. E é em virtude de tais características que nunca se questionou o fato de que a família é considerada a base da sociedade, ainda que esta tenha tido diversas faces ao longo dos séculos.

Deixando de lado os fatores que deram origem à família, em seus primórdios – cumpre frisar que não se trata de dados menos relevantes, mas apenas para não cair no vício da superficialidade, respeitada a abordagem a que este trabalho se presta –, destaca-se, a partir de en-

tão, o início do instituto jurídico da família no Brasil, que, conforme se verá adiante, associa-se com a história do Direito Português.

As formas de famílias brasileiras refletem diferentes fundamentos, a depender de qual momento da história se analisa, e podem ser relacionados às condições e modelos sociais, morais e religiosos dominantes de determinada época.

Em conformidade com o que dispõe o ilustre doutrinador Paulo Lôbo:

Sob o ponto de vista do ordenamento jurídico, demarcam-se três grandes períodos: I – do direito de família religioso, ou do direito canônico, que perdurou por quase quatrocentos anos, que abrange a Colônia e o Império (1500-1889), de predomínio do modelo patriarcal; II – do direito de família laico, instituído com o advento da República (1889) e que perdurou até a Constituição de 1988, de redução progressiva do modelo patriarcal; III – do direito de família igualitário e solidário, instituído pela Constituição de 1988. (LÔBO, 2011, p. 40).

O modelo inaugural foi, portanto, o patriarcal. Neste, observa-se a influência do homem sobre a mulher e sobre os filhos, legitimando aquilo que se consignou denominar poder marital e pátrio poder, respectivamente. A família não era solidificada em bases afetivas, mas sim patrimoniais. Estimulava-se a procriação, pois quanto maior fosse a família, maior seria a possibilidade de produção, e, portanto, de renda. A religião católica foi instituída como oficial tanto na Colônia quanto no Império e, por conta disso e da imposição das Ordenações do Reino (ordenamento jurídico proveniente de Portugal), a Igreja tornou-se responsável por regular as relações familiares.

Em outras palavras, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald descrevem que

[...] compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impos-

sibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 40).

Neste sentido, família era sinônimo de casamento, instituto visto na época como indissolúvel. A máxima pregada pelos católicos de que o que o Deus uniu, o homem não separa, era interpretada em seu sentido apenas literal. Todos os demais arranjos familiares formados à margem do casamento não eram reconhecidos pela Igreja, e, por óbvio, não recebiam qualquer proteção ou regulação estatal.

O patriarcalismo vivenciado pelo Brasil foi coincidente com o Estado Liberal, que imperava no mundo ocidental. Influenciado pelos ideais iluministas de liberdade e igualdade, pregava-se a limitação do poder político e a não intervenção nas relações privadas e no poder econômico.

No entanto, Paulo Lôbo pondera que:

[...] a liberdade era voltada à aquisição, domínio e transmissão da propriedade, e a igualdade ateu-se ao aspecto formal, ou seja, da igualdade formal de sujeitos abstraídos de suas condições materiais ou existenciais. Mas, a família, nas grandes codificações liberais burguesas, permaneceu no obscurantismo pré-iluminista, não se lhe aplicando os princípios da liberdade ou da igualdade, porque estavam à margem dos interesses patrimonializantes que passaram a determinar as relações civis. (LÔBO, 2011, p. 33).

As Constituições de 1824 e 1891 sofreram as influências do Estado Liberal, o que acabou por resultar na ausência de regulamentação no que tange às relações familiares.

Neste período histórico, cumpre acrescer que a mulher casada era tida como relativamente incapaz, necessitando da outorga marital para determinados atos da vida civil. Conforme dito alhures, em razão do pátrio poder exercido exclusivamente pelo pai, a opinião da mãe era relegada a segundo plano, somente aceita no caso de ausência do patriarca.

Como na época era absolutamente cabível e possível falar em filhos legítimos (frutos do casamento) e ilegítimos, restava aos primeiros apenas obedecer ao disposto por seu pai. Aos últimos, nada restava, pois não eram admitidos pelo ordenamento jurídico. Nem mesmo o direito de ver reconhecida a paternidade lhes era dado.

Em face do modelo de família conservador, matrimonial, patriarcal, patrimonial, indissolúvel e heterossexual, reconhecer filhos havidos fora do matrimônio significava repartir injustificadamente o patrimônio no momento da sucessão (VIEGAS; POLI, 2013, p. 72).

Com o passar dos anos, sobretudo em virtude da Revolução Industrial, o quadro familiar alterou-se, pois, com a crescente necessidade de mão de obra, a mulher viu surgir a oportunidade de ingressar no mercado de trabalho e se tornar “fonte de subsistência da família, que se tornou nuclear, restrita ao casal e a sua prole” (DIAS, 2011, p. 28).

Acompanhando as evoluções, as Constituições do Estado Social Brasileiro, de 1934 a 1988, cuidaram de tratar explicitamente da família. Em verdade, com o advento deste modelo de Estado, são consagrados nos textos constitucionais direitos não apenas sociais, mas econômicos e culturais. A preocupação com a família demonstrou a tendência vivida naquela época, qual seja, a preocupação com as instituições essenciais à sociedade, em termos gerais.

O surgimento destas novas ideias acabou por ocasionar a revelação de um novo conteúdo dos direitos fundamentais de 2ª dimensão, a saber, as garantias institucionais (BONAVIDES, 2013). A proteção dada a determinadas instituições, sejam elas de Direito Público ou de Direito Privado, possui como propósito principal assegurar a sua existência e a sua essência em face de qualquer tipo de lesão, principalmente aquela advinda do legislador.

As garantias institucionais, segundo Marcelo Novelino e Dirley da C. Júnior,

[...] embora consagradas nas Constituições, não se configuram como direitos subjetivos atribuídos diretamente ao indivíduo,

mas como normas protetivas de instituições enquanto realidades sociais objetivas, como é o caso da família. Por não garantirem aos particulares posições subjetivas autônomas, não lhes é aplicado o regime dos direitos fundamentais. (CUNHA JÚNIOR; NOVELINO; 2013, p. 803).

Em termos concretos, este novo despertar trouxe à sociedade brasileira o reconhecimento de agrupamentos familiares até então não reconhecidos, como aqueles formados à margem do casamento. Características como o patriarcalismo e o patrimonialismo deram lugar a uma forma de família fundada na igualdade material entre os indivíduos, leia-se, igualdade entre filhos e entre homem e mulher.

A solidariedade e o afeto passaram a reger as relações familiares, ao passo que o Estado, que antes se ocupava da família como um mero instituto, passou a olhar mais para o indivíduo, considerado singularmente.

Por outro lado, em termos legislativos, os avanços se deram aos poucos, mas não menos importantes, carregados de grandes significados. Segundo os apontamentos de Lôbo:

A Constituição democrática de 1934 dedica todo um capítulo à família, aparecendo pela primeira vez a referência expressa à proteção especial do Estado, que será repetida nas constituições subsequentes. Na Constituição autoritária de 1937 a educação surge como dever dos pais, os filhos naturais são equiparados aos legítimos e o Estado assume a tutela das crianças em caso de abandono pelos pais. A Constituição democrática de 1946 estimula a prole numerosa e assegura assistência à maternidade, à infância e à adolescência. (LÔBO, 2011, p. 345).

Se por um lado o Código Civil de 1916 é reconhecido por regular a família do “início do século passado” (DIAS, 2011, p. 30), por prever as características mais remotas, precárias e obsoletas da família, legislações extravagantes cuidaram de acelerar o processo evolutivo e transcendente pelo qual passou a família.

Dentre mencionados dispositivos legislativos destacam-se o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) e a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77). Nesta, concretiza-se expressamente a ideia de solubilidade do casamento, não cabendo mais sustentar a dependência patrimonial e moral existente entre aqueles que convivem, nada mais sendo primordial senão a união estabelecida entre laços afetivos. Naquele, observa-se o retorno da plena capacidade à mulher casada e o surgimento do direito de ter assegurada para si a propriedade exclusiva dos bens que adquiriu com o fruto de seu trabalho.

Mas nenhuma legislação extravagante foi capaz de agregar tanto quanto a Constituição da República de 1988, ordenamento jurídico inovador, exemplo em vários países, que trouxe à baila a reflexão e o fundamento para a constitucionalização do Direito Privado, do qual fazem parte o Direito Civil e, consequentemente, o Direito de Família.

Em verdade, o processo de constitucionalização não é exclusivo da Constituição da República de 1988, mas veio antes mesmo desta, ainda que a nível doutrinário. Porém, indiscutivelmente, o processo de constitucionalização do Direito Civil é consagrado pela CF/88.

Em termos simples e de forma resumida, a constitucionalização do Direito Privado operou a despatrimonialização do Direito Civil. A Constituição Federal de 1988 foi posta como centro de toda a órbita gravitacional legislativa. Todos os sistemas, como o Código Penal, o Código Civil, os Códigos de Processos Civil e Penal, entre outros, além dos microssistemas, como o Código de Defesa do Consumidor, o Código Ambiental, o Estatuto do Idoso e demais leis infra-constitucionais, deverão ser interpretados à luz do ordenamento constitucional e de seu primado maior, princípio matriz de todos os direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, a constitucionalização do Direito Civil é a imigração dos institutos fundamentais, básicos, dos princípios vetores do Direito Privado, como do contrato, da empresa, da propriedade, da família, para as constituições.

A possibilidade de aplicar as regras constitucionais às relações entre particulares encontra-se relacionada à eficácia horizontal (privada ou

externa) dos direitos fundamentais, visualizada especialmente em atividades privadas que tenham certo caráter público.

Nestas hipóteses, Pedro Lenza levanta a seguinte questão:

[...] poderá o magistrado deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais, quais sejam, o princípio da autonomia da vontade privada e da livre iniciativa de um lado (arts. 1º, IV, e 170, caput) e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III) de outro. Diante dessa “colisão”, indispensável será a “ponderação de interesses” à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer. (LENZA, 2012, p. 968-969).

Ressalta-se que não por acaso o Código Civil de 2002 não foi mencionado durante toda a explanação deste subcapítulo, o que causa certa estranheza, já que foi o primeiro grande conjunto de normas civis publicado após a constitucionalização do Direito Privado (11/01/2003), e, portanto, deveria também ser o primeiro a contemplar, pormenorizadamente, todos os avanços conquistados pela sociedade. Todavia, não foi isso o que ocorreu.

Apesar de contribuir com as grandes inovações do Direito de Família, o Código Civil de 2002 já nasceu velho. O seu projeto original é de 1975 e, em que pesem os esforços empreendidos na época de reedição para compatibilizar o seu texto às leis extravagantes e à CF/88, os maiores e mais importantes pontos foram relegados pelo legislador infraconstitucional.

A ausência de normas claras, válidas e eficazes sobre diversos institutos do Direito de Família acabou por tornar os princípios os principais nortes para a resolução de conflitos familiares. Essa ausência, combinada com todas as características atinentes à família, também acarretou a construção de um conceito de família aberto, exemplificativo, acolhedor, inclusivo e não discriminatório.

Atreve-se dizer que o conceito de família equipara-se ao coração de mãe: enquanto houver amor, sempre caberá mais um. Mais um indi-

víduo, mais um arranjo familiar, mais um sonho. No próximo subcapítulo, tratar-se-á das entidades familiares previstas nas legislações brasileiras, e daquelas não previstas também, além dos elementos que as integram.

2.2 Conceito atual de família: o afeto como elemento estrutural da família contemporânea

Conceituar é reunir os requisitos gerais de um instituto ou fenômeno e subsumi-lo a uma categoria. Entretanto, o legado decorrente das transformações na seara da família não permite afirmar que haja requisitos ou características pré-estabelecidas para que algo possa ser intitulado como família. Família não se parece com nada. Ela simplesmente é. Quando existente, não deixa dúvidas àqueles que dela fazem parte.

O que há, certamente, é o elemento justificador das relações humanas. Aquele motivo pelo qual as pessoas permanecem unidas, compartilhando os momentos mais importantes de suas vidas: o dia a dia, a conversa confortadora no final de uma jornada exaustiva de trabalho, as datas comemorativas, a troca de experiências, a comemoração de projetos realizados, a presença e o carinho nos momentos difíceis, o conselho orientador. Este algo deve propiciar a construção do porto seguro que a grande maioria dos indivíduos busca. Este elemento é o afeto.

Nos dias atuais, não há razão mais forte para se justificar a existência de uma família do que aquela de ser feliz. Se as pessoas decidem que querem estar juntas e assumem todos os percalços e delícias de se conviver entre os semelhantes e os diferentes, então, que seja para valer a pena, para acrescentar, agregar, auxiliar. Que seja para ser muito feliz.

Este contorno que se deu à família foi tão importante que a *Lex Fundamentalis* de 1988, em seu Capítulo VII do Título que trata da Ordem Social, dedicou-se à proteção da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. Especialmente quanto à família, garantiu-lhe o papel de base da sociedade civil.

O artigo 226 inaugura este capítulo trazendo redação que contempla o que foi acima mencionado, bem como algumas formas de família, além de conter expressamente a preocupação estatal com cada indivíduo ocupante da família, singularmente considerado, e a igualdade entre o homem e a mulher.

A mencionada norma constitucional não esgota o norte que se pretende dar às interpretações que envolvem o Direito de Família. A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade social e a erradicação da pobreza (art. 3º) e a igualdade substancial (arts. 3º e 5º) unem-se para guiar o caminho daquele que interpreta e aplica o Direito, a fim de que injustiças sejam coibidas, dando à lei constitucional a importância que ela merece.

Não é demais salientar que num Estado Democrático de Direito, em que se busca garantir aos cidadãos não só direitos de cunho patrimonial e assistencialista, mas também de cunho moral, a preparação de um terreno fértil, onde sementes de respeito, solidariedade, amor, felicidade, doação, tolerância serão jogadas para que cresçam criaturas humanizadas, é de pleno interesse por parte do ente estatal e da sociedade. E este terreno, valiosíssimo, é a família.

Nisto encontra-se a função social da família. Descoberta a sua finalidade, “a aplicação da norma familiarista tem de estar sintonizada com o tom garantista e solidário da Constituição Federal, garantindo a funcionalidade de seus institutos” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 155).

Ora, são estes seres evoluídos que o Estado procura cultivar para assumir funções importantes no país. Em verdade, os resultados provenientes desta estrutura serão inúmeros e se refletirão no poderio econômico da sociedade, nas estatísticas de criminalidade, analfabetismo, desemprego, dentre outros fatores. É como deveria ser.

A essência desta nova família,

[...] ancorada na segurança constitucional, é igualitária, democrática e plural (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência e compreendida como estrutura socioafetiva. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 47).

Assim sendo, verifica-se que a *Lex Legum* não impôs o preenchimento de certos e determinados requisitos para que a reunião de indivíduos fosse encarada como família. Nesse passo, ilustra-se como família o que decorre do casamento ou não; se há diversidade de sexo ou não; se há diversidade de gerações ou não; se é biológica ou não. “A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca” (DIAS, 2011, p. 55).

Para exemplificar este novo formato da família brasileira, apontam-se três ocorrências jurídicas, quais sejam, o direito de visita concedido aos familiares, como avós (sobre estes há expressa previsão legal, contida no parágrafo único do art. 1.589 do Código Civil), tios, padrastos ou madrastas; a fixação de alimentos para garantir a manutenção dos integrantes da família, e a caracterização da união estável, mesmo quando um ou ambos os companheiros sejam casados, desde que separados de fato, conforme art. 1.723, § 1º, do Código Civil (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Acresça-se, ainda, a Lei nº 11.924/09, que possibilitou aos enteados incluir o sobrenome de seu padrasto, seguindo movimento jurisprudencial preexistente.

Assim, os modelos familiares trazidos expressamente pela Constituição Federal – matrimonial, união estável e monoparental – fazem parte de um rol exemplificativo, cujo termômetro será sempre sensível às relações baseadas na igualdade, no respeito mútuo e na lealdade, sem que haja uma razão suficientemente importante para que o Estado interfira na vida das pessoas e diga se determinada relação é ou não é família.

Dentre os exemplos de famílias apontados pela doutrina, além daqueles constitucionalmente reconhecidos, destacam-se as famílias informais, homoafetivas, parentais, pluriparentais ou mosaico, paralela e eudemonista. Em virtude da conexão existente com este trabalho, dedicar-se-ão breves considerações ao último modelo comentado.

A família eudemonista, por ter sido cunhada pela magnífica doutrinadora Maria Berenice Dias, não poderia ser mais bem explicada senão segundo as palavras dessa, para quem a família eudemonista é:

[...] essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo [...], que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido de proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito [...]. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar. (DIAS, 2011, p. 55).

Na tentativa de conceituar a família, andou bem a Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, visando a impedir a violência doméstica e familiar contra a mulher, pois obedeceu às tendências cívico-constitucionais da atualidade, ao estabelecer:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, 2006).

Portanto, escancarada está a nova face da família brasileira. E outra não poderia ser, até mesmo em respeito ao princípio da vedação ao retrocesso, aplicável ao Direito de Família. É interessante observar que a peculiaridade da família já nasce na constituição de seu conceito. Neste, percebe-se a importância da atuação estatal, ora não intervencionista, ora garantidora. Entretanto, além do Estado, outras figuras surgem para garantir o bom funcionamento da família,

no intuito de que esta possa cumprir com suas funções. Dentre os vários personagens aptos a encenarem este papel, destacam-se os pais, cujos direitos e deveres serão tratados no subcapítulo a seguir.

2.3. O conceito e as implicações do poder familiar

A respeito do conceito de poder familiar, Paulo Lôbo assevera que este “é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos” (LÔBO, 2011, p. 295).

O poder familiar nada mais é do que uma decorrência do vínculo jurídico da filiação. Neste mesmo sentido, encontra-se o artigo 1.630 do Código Civil, que inaugura o Capítulo V, destinado a tratar do poder familiar.

O ordenamento civil também é o responsável por dirimir questões conflituosas acerca do exercício do poder familiar, quando, por exemplo, um dos pais estiver ausente ou impedido, ocasião em que o outro exercerá com exclusividade (*caput* do art. 1.631), ou quando houver divergência quanto à forma como o poder familiar será exercido, momento em que a seara judicial será consultada para dar fim ao impasse (parágrafo único do art. 1.631).

O legislador procurou abordar, de forma solar, a questão concernente à sobrevivência do poder familiar diante de divórcio ou dissolução da união estável pelos pais, uma vez que não importa a qualidade da relação entre os pais (art. 1.632 do Código Civil). O único detalhe que poderá ser alterado é o poder de guarda, a qual poderá ocorrer de forma unilateral, compartilhada ou alternada.

Em seu artigo 1.634, o Código Civil cuidou de expor os poderes atribuídos aos pais em decorrência do exercício da autoridade parental, *in verbis*:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – nomear-lhes tutor por testamento ou

documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver; ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) não se olvidou da obrigação dos pais para com seus filhos, fazendo-a constar em todo o desenvolver de seu texto, do qual retiramos as seguintes redações, a título ilustrativo:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (BRASIL, 1990).

Demonstra-se, claramente, o papel primordial que os pais exercem na busca pela efetivação do direito de seus filhos, direitos como saúde (física e mental), educação, moradia, lazer, cultura, informação, privacidade, desenvolvimento digno, entre outros. Em verdade, para garanti-los, não basta que os pais cobrem tais garantias daqueles que as devam fornecer (sob pena de responderem por omissão), mas é necessária uma postura ativa, de construção de bases sólidas, aptas a prepararem a criança para receber todas as dificuldades e adversidades que surjam, em qualquer momento da vida.

Em virtude dessa enorme responsabilidade atribuída aos pais, caso seja observada qualquer atitude dolosa ou culposa deles, a qual venha a colocar em risco o melhor interesse da criança e o respeito à sua individualidade, o poder familiar poderá ser destituído, através de ação judicial onde será assegurado o contraditório, nos moldes dos artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil, dentre os quais se descreve o último:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (BRASIL, 2002).

O grau de reprovabilidade do abandono, seja material, seja intelectual, é tão grande que acabou por ensejar a atuação do Direito Penal, resultando na redação dos artigos 244 e 246 do Código Penal, os quais trataram de tipificar como crime as condutas referentes ao abandono.

O não cumprimento dos deveres impostos, que pode se caracterizar não só em razão da inobservância do artigo 1.634 do Código Civil, mas também de qualquer garantia constitucional ou infraconstitucional de função dos genitores, vem causando, cada vez mais, o aumento da possibilidade de responsabilizá-los civilmente, sobretudo em face da ampliação das garantias individuais advinda da reeleitura dada ao Direito Civil e a todos os microssistemas que o cercam, realizada sob a ótica constitucional.

3. A responsabilidade civil oriunda do abandono afetivo na relação paterno-filial

Inaugura-se este capítulo – o mais importante deste trabalho, pois que contém explicitamente o seu objeto – com um pequeno alerta ao leitor: os três primeiros subcapítulos tratarão do instituto da responsabilidade civil de uma forma ampla, genérica e ligeira, no intuito de situá-lo, a fim de que as informações expostas no ápice da discussão sejam mais bem absorvidas. Tratar-se-á, basicamente, de noções conceituais acerca do instituto.

Nos próximos subcapítulos, analisar-se-á o instituto da responsabilidade civil, bem como a sua aplicação e adequação ao Direito de Família, tanto sob a ótica da doutrina, quanto da legislação vigente, e também da dos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Superiores.

3.1. A responsabilidade civil

Dentre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, consagra como invioláveis a intimidade, a vida

privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X), além do direito de resposta, proporcional ao agravo, sem prejuízo de indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V).

Nesta esteira, observa-se que há um dever geral de cautela cuja observância é imposta a todos os indivíduos, a fim de que outros direitos fundamentais possam ser assegurados, como a liberdade e a dignidade. Esta previsão trazida pelo ordenamento jurídico, sem dúvida alguma, também se encontra ligada ao fato de que, uma vez que tais normas sejam infringidas, a vítima poderá valer-se do Poder Judiciário para ser ressarcida pelos prejuízos sofridos, na forma e esferas possíveis. Entre estas possibilidades, encontra-se a responsabilidade civil.

Nesta linha de pensamento, Marcos Ehrhardt Júnior e outros salientam:

Qualquer um tem o legítimo direito de responsabilizar aquele que interfere indevidamente em sua esfera jurídica, o que configura uma relação de ilícito absoluto, pois oposta em relação a sujeito passivo indeterminado. Dito de outro modo: não importa a ausência de relação jurídica prévia com o agente que causou um dano; existe um dever legal prévio, geral e abstrato de não causar danos (*neminem laedere*) oponível contra todos. (EHRHARDT JÚNIOR et al, 2013, p. 200).

De tais exposições observa-se, ainda que sutilmente, a existência de elementos caracterizadores da responsabilidade civil (não todos, mas apenas alguns deles), como o dano e o ato ilícito.

Entretanto, os estudos revelam que há diferentes espécies de responsabilidade civil, que exigem, por conseguinte, a presença de diferentes elementos para sua caracterização. Vejam-se a seguir.

3.2. Os tipos de responsabilidade civil

A primeira diferenciação entre as responsabilidades civis existentes em nosso ordenamento jurídico decorre de influências do Direito

Romano e já havia sido agraciada pelo Código Civil de 1916, sendo repetida futuramente no Código Civil de 2002.

A citada diferenciação decorre da origem da obrigação: se advier de uma relação obrigacional ou contratual, será classificada como responsabilidade civil contratual ou obrigacional; se advier da inobservância de um preceito normativo que regule a vida, será classificada como responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

Resumidamente, Flávio Tartuce apresenta a responsabilidade civil quanto à sua origem da seguinte forma:

Responsabilidade civil contratual ou negocial – nos casos de inadimplemento de uma obrigação, o que está fundado nos artigos 389, 390 e 391 do atual Código Civil. [...] o art. 389 trata do descumprimento da obrigação positiva (dar e fazer). O art. 390, do descumprimento da obrigação negativa (não fazer). O art. 391 do atual Código consagra o princípio da responsabilidade patrimonial, prevendo que pelo inadimplemento de uma obrigação respondem todos os bens do devedor. Repise-se, mais uma vez, que apesar da literalidade do último comando, deve ser feita a ressalva de que alguns bens estão protegidos pela impenhorabilidade, caso daqueles descritos no art. 649 do CPC. Cite-se o exemplo contemporâneo do bem de família, inclusive de pessoa solteira (súmula 364 do STJ). Responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana – pelo Código Civil de 1916 estava fundada no ato ilícito (art. 159). No Código Civil de 2002 está baseada no ato ilícito (art. 186) e no abuso de direito (TARTUCE, 2012, p. 416).

Atentando-se apenas para a responsabilidade extracontratual, que é a que interessa neste momento, percebe-se que ela se desmembra em outros dois pontos caracterizadores. Ora decorrerá do ato ilícito (penal, civil ou administrativo), ora do abuso de direito.

O artigo 186 do atual Código Civil é responsável por hospedar a responsabilidade civil extracontratual decorrente do ato ilícito, dispondo da seguinte redação: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Acerca do ato ilícito civil, a fim de complementar assunto já pincelado anteriormente, Gilbert Ronald Lopes Florêncio, comentando o artigo 186 do Código Civil, assim desenvolve:

Reputa-se ato ilícito o que, estando em desacordo com a ordem jurídica, viola direito subjetivo e causa dano, material ou moral, a alguém, [...]. O ato ilícito pode advir de ação ou omissão voluntária, isto é, situação no qual o agente tencionou (dolo) causar o dano, mediante ação ou pela omissão. Sucede-se também o ato ilícito em decorrência de negligência (omissão involuntária) ou imprudência (ação involuntária), situações nas quais o agente concorre para o dano, sem que tenha intenção causá-lo. (FLORÊNCIO, 2009, p. 177).

Verifica-se que a responsabilidade civil de que trata o artigo 186 do atual diploma civil exige, como um de seus elementos caracterizadores, a culpa por parte do agente, o que origina outro tipo de responsabilidade civil, baseada na culpa, conforme veremos mais à frente.

Também se classifica como responsabilidade civil extracontratual aquela decorrente do abuso de direito, prevista no artigo 187 do Código Civil, do qual se extrai a norma de que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, 2002).

Apesar de fazer parte da responsabilidade civil extracontratual, o abuso de direito figura-se como uma inovação legislativa trazida pelo Código Civil de 2002 e também se caracteriza como um ato ilícito.

O interessante acerca da responsabilidade civil por abuso de direito é que o ato jurídico que a fundamenta possui como objeto algo lícito. No entanto, o destino desmedido, desproporcional e sem limites que se dá a este objeto é que o torna ilícito. Em outras palavras, o sujeito possui o direito, mas a forma como o exerce ultrapassa os contornos autorizados pelo ordenamento jurídico.

Em que pese a divergência doutrinária, ficou consignado que a responsabilidade civil extracontratual por abuso de direito é, ao contrário da-

quela por ato ilícito, objetiva, ou seja, dispensa o elemento culpa. Este entendimento adveio da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, com a aprovação do Enunciado n° 37, que conta com a seguinte redação: “Art. 187. A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico” (BRASIL, 2002).

Por fim, acerca das já comentadas responsabilidades subjetiva e objetiva, resta dizer que recebem tal designação em virtude da presença ou não do elemento culpa.

A responsabilidade civil subjetiva encontra-se presente na maior parte de nosso ordenamento jurídico, o que a torna regra geral. Portanto, na maioria dos casos, o elemento culpa deverá ficar configurado para que se possa falar em responsabilidade civil.

Essa culpa, considerada genericamente, “inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia)” (TARTUCE, 2012, p. 475).

Por outro lado, a responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco, não exige a análise da culpa por parte do agente causador do dano. Neste compasso está a redação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil que diz que:

[...] haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

De forma simples e sucinta, era o que cabia dizer acerca dos tipos de responsabilidade civil. Em seguida, analisar-se-ão os elementos que compõem a responsabilidade civil.

3.3. Requisitos para a configuração do dever de reparar civilmente

Rebatendo aqueles que defendem a existência de três elementos, a doutrina majoritária destaca como elementos essenciais à caracteri-

zação da responsabilidade civil: a) conduta humana, comissiva ou omissiva; b) culpa genérica ou *lato sensu*, que engloba tanto o dolo quanto a culpa estrita, que consiste na imprudência, negligência ou imperícia; c) nexo de causalidade; d) dano ou prejuízo.

Explica sobre estes elementos o grande jurista Sílvio Rodrigues:

A) Ação ou omissão do agente: o ato ilícito pode advir não só de uma ação, mas também de uma omissão do agente. Em todo caso, decorre sempre de uma atitude sua, quer ativa, quer passiva, e que vai causar dano a terceiro. [...]. B) Relação de causalidade: mister se faz que, entre o comportamento do agente e o dano causado, se demonstre relação de causalidade. É possível que tenha havido ato ilícito e tenha havido dano, sem que um seja a causa do outro. Ainda é possível que a relação de causalidade não se estabeleça por se demonstrar que o dano foi provocado por agente externo ou por culpa exclusiva da vítima. [...]. C) Existência de dano [...]. Em rigor, se alguém atua culposa ou dolosamente, mas não infringe a norma penal nem causa dano a terceiros, seu ato não gera qualquer consequência, pois a questão da responsabilidade civil só se apresenta em termos de indenização e esta só é possível se ocorrer prejuízo. [...]. D) Dolo ou culpa do agente [...]. Age com dolo aquele que, intencionalmente, procura causar dano a outrem; ou ainda aquele que, consciente das consequências funestas de seu ato, assume o risco de provocar o evento danoso. Atua culposamente aquele que causa prejuízo a terceiro em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência. Aqui existe infração ao dever preexistente de atuar com prudência e negligência na vida social. (RODRIGUES, 2004, p. 310).

Deste modo, conforme transcrição de Sílvio Rodrigues, com a presença dos quatro elementos que compõem e possibilitam a responsabilidade civil, a vítima poderá se dirigir ao Poder Judiciário para requerer o ressarcimento dos prejuízos sofridos, sejam eles de ordem patrimonial ou material, moral, estético, coletivo, social ou por perda de uma chance.

Todavia, esse direito de que dispõe a vítima só prevalecerá caso inexistentes as hipóteses de exclusão do dever de indenizar, como a legítima defesa, o estado de necessidade ou remoção de perigo iminente, do

exercício regular de direito ou das próprias funções, das excludentes de nexo de causalidade, como culpa ou fato exclusivo da vítima ou de terceiro e caso fortuito ou força maior, e da cláusula de não indenizar (TARTUCE, 2012).

Entre as várias ocasiões em que a responsabilidade civil pode surgir, uma delas tem chamado bastante atenção dos doutrinadores e da jurisprudência, sobretudo porque se trata de uma possibilidade inovadora, que não encontra disposição legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro, e por ter dividido os especialistas e estudiosos no assunto. Trata-se da responsabilidade civil por abandono afetivo nas relações paterno-filiais.

3.4. A responsabilidade civil por abandono afetivo

No Direito, todas as vezes que se eleva um assunto, elemento ou instituto ao papel de protagonista das relações e atos jurídicos, espera-se uma grande discussão. São redigidos volumes e volumes de artigos, textos, livros, comentários; os especialistas se movimentam na intenção de colaborar com o legado que será deixado a respeito daquele tema. E, claro, isso também se dá na tentativa de, ao expor sua ideia, convencer os seus leitores (estudantes, bancas organizadoras de concurso público, advogados, promotores, juízes, ministros e a sociedade) de que o seu entendimento é o que deve prevalecer.

Esse movimento intelectual é extremamente importante e agregador, porque permite a discussão e fomenta o surgimento de novas concepções, na medida em que a diferença enfrentada muitas vezes pela doutrina e pela jurisprudência, em que pese causar certa insegurança jurídica, acaba por manter o brilho e a especificidade da ciência jurídica.

Foi o que ocorreu com o afeto. No momento em que este foi colocado como o fundamento mais importante e caracterizador da família, percebeu-se que a sua ausência seria por demais danosa. Primeiro, porque poderia deixar de caracterizar como família uma relação estabelecida entre pessoas. Segundo, porque a sua função precípua e

fundamental é formar indivíduos amados, seguros, dignos, que se sintam preparados para enfrentar as adversidades.

O afeto traz consigo e permite que o indivíduo possua uma história, pois exige o relacionamento entre as pessoas; que se tenha alguém com quem possa contar; alguém que lhe agregue e auxilie no processo de amadurecimento; alguém que lhe sirva de exemplo e que exerça uma posição tão importante em sua vida que será eternizado na história, lembrado por várias gerações.

Poder-se-ia invocar diversas explicações dadas pela Psicologia para os resultados apresentados por um indivíduo que não recebeu afeto durante sua vida. São danos morais inimagináveis. O sentimento de rejeição é algo marcante e devastador. O vazio é imenso.

Neste sentido, repise-se aqui o que fora acima explicitado: é dever dos pais propiciar a seus filhos o direito à convivência familiar, de vigilância e de educação. E este dever exige presença, não somente física, mas aquela que se coaduna à ideia de participação, solidariedade, carinho e amor, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana.

Uma vez ausente, parcela da doutrina defende a possibilidade de responsabilizar os pais por abandonar afetivamente os seus filhos, ocasionando o dano moral e lançando por terra alguns dos deveres decorrentes do poder familiar.

Acompanhando os integrantes desta primeira corrente e tendo por fundamento que a afetividade seria um princípio do Direito de Família, derivado do princípio da solidariedade e da dignidade da pessoa humana,

[...] surgiram provocações ao Poder Judiciário pleiteando indenização por dano moral em casos em que houve abandono afetivo de pais em relação aos seus filhos. Argumenta-se que, diante do presumido dano moral e psíquico sofrido em decorrência da ausência ou do desprezo do ascendente, a obrigação paterno-filial não se esgotaria no dever de sustento material, mas também no dever de afeto (VIEGAS; POLI, 2013).

Para Paulo Lôbo (2011, p. 311-312), adepto desta corrente, o afeto visto sob o prisma principiológico autorizaria a sua imposição, uma vez que relacionado aos deveres jurídicos de paternidade. Veja-se:

Entendemos que o princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória. O art. 227 da Constituição confere à criança e ao adolescente os direitos ‘com absoluta prioridade’, oponíveis à família – inclusive ao pai separado –, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e a convivência familiar, que são direitos de conteúdo moral, integrantes da personalidade, cuja rejeição provoca dano moral. O poder familiar do pai separado não se esgota com a separação, salvo no que concerne à guarda, permanecendo os deveres de criação, educação e companhia (art. 1.634 do Código Civil), que não se subsumem na pensão alimentícia. Portanto, o ‘abandono afetivo’ nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. (LÔBO, 2011, p. 311-312).

Nesta linha de pensamento, a afetividade não se encontra relacionada somente com os deveres decorrentes do poder familiar e com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também com o princípio da paternidade responsável. Aplicando-se este às relações familiares, depreende-se que “a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele” (DIAS, 2011, p. 460).

Maria Berenice Dias, doutrinadora tida como referência em Direito de Família, relata de forma cuidadosa e completa os danos ocasionados aos filhos em decorrência do abandono afetivo proveniente de seus pais:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal,

dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, imperam ordem, disciplina, autoridade e limites. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes (DIAS, 2011, p. 460).

O festejado Flávio Tartuce (2009) apresenta outro argumento para a configuração da responsabilidade civil por abandono afetivo, qual seja, o enquadramento da conduta afetiva omissiva do (a) genitor (a) como ato ilícito, merecedora de reparação civil, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

Ainda segundo este mesmo autor, a responsabilidade civil por abandono afetivo poderia se caracterizar não somente pela inobservância dos deveres decorrentes do poder familiar ou do princípio da afetividade, mas também pela ofensa aos direitos da personalidade. Justifica-se:

Não restam dúvidas de que tais atribuições são verdadeiros deveres jurídicos que, violados, geram o direito subjetivo a uma indenização pecuniária, muito além do que a simples perda do poder familiar, conforme consta do julgado do Superior Tribunal de Justiça no caso *Alexandre Fortes*. Pode-se falar, em reforço, da lesão a um direito da personalidade, nos termos do que dispõe o art. 12, caput, do atual Código Civil, particularmente na lesão à honra e à integridade físico-psíquica. (TARTUCE, 2009, p. 109).

Em sentido oposto, a segunda corrente defende a impossibilidade de fixação de indenização por danos morais, por entender que o afeto se trata apenas de um valor constitucionalmente assegurado, desqualificado de conteúdo impositivo e coercitivo.

Nesta linha de pensamento, Almeida e Rodrigues Júnior pontuam nos seguintes termos:

A entidade familiar deve se encaminhar para a consolidação de uma comunhão plena de vida, embasada em laços de amor. Entretanto, é extremamente provável que a imposição desse sentimento não irá cumprir seu papel no seio da família. No lugar de proporcionar união e respeito mútuos, a obrigatoriedade causará discórdia e sentimento de desamparo. A liberdade é pressuposto do afeto. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 586).

Corroborando esta linha de pensamento, Cláudia Viegas e Leonardo Poli apontam quatro argumentos contrários à possibilidade de responsabilizar civilmente os pais que abandonem afetivamente os seus filhos. Seguem-se abaixo os pontos levantados:

O ato ilícito passível de reparação é aquele contrário ao direito e, como não existe previsão normativa do alcance e do conteúdo mínimo da obrigação de dar afeto nem na Constituição Federal, nem em legislação infraconstitucional, não há como impor a responsabilidade civil parental por essa conduta. [...]. Outro aspecto que justifica a não configuração da responsabilidade civil por abandono moral: deduz-se que a conduta de quem não dá afeto ao filho seria omissiva e, considerando que a conduta omissiva configuradora do dano afetivo deve ser culposa, na modalidade de negligência, torna-se ademais subjetiva sua configuração. Ora, a falta de afeto pode em tese ser justificada por inúmeros fatores íntimos e até pela provocação da outra parte que detém a guarda do menor. Mostra-se temerária a atribuição de culpa exclusiva a alguém pela falta de amor, e a prova da conduta culposa configura-se de difícil ou impossível verificação. [...] Ainda em relação à conduta de abandono, precisar-se-ia ter muita atenção aos motivos que levaram ao afastamento paterno. Em muitos casos podem-se elencar inúmeras causas, tais como o desconhecimento da existência da prole, as necessidades do dia-a-dia, impossibilidades por questões adversas à própria vontade do pai, ou até mesmo podem ser imputadas causas àquele que detém a guarda física do menor. Na verdade, com a demanda, pode estar se buscando não a reparação do dano do menor, mas uma vingança pessoal. [...]. O terceiro ponto a ser enfrentado é a existência do dano moral em decorrência do abandono afetivo parental. O dano moral decorre de um ato ou uma conduta que provoca um ato ilícito ofensivo a direito da personalidade da vítima ou à sua própria dignidade, tendo a indenização função de trazer

satisfação ou paz de espírito ao ofendido, pelo reconhecimento judicial da ilicitude. Ocorre que o amor e o afeto são sentimentos humanos que não podem ser exigidos, de forma que o seu inadimplemento também não pode gerar direito à indenização. O quarto aspecto diz respeito ao nexo de causalidade entre a conduta do pai ou da mãe que nega afeto ao filho e o dano causado. Mesmo que, em tese, se admita o abalo psíquico, o nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano mostrar-se-ia de improvável constatação, já que outros fatores poderiam ter concorrido para a ofensa, entre os quais pode ser citada a denominada alienação parental (VIEGAS; POLI, 2013).

Os últimos autores destacam ainda como empecilhos à responsabilidade civil por abandono afetivo a ausência tanto de previsão legal neste sentido, quanto do que seja afeto, assunto destinado a outras áreas, como a Psicologia e a Filosofia, bem como o fato de que, ao se interpretar teleologicamente o art. 1.638, II, do Código Civil, verifica-se que a consequência para aquele que abandona afetivamente o seu filho é a perda do poder familiar, e não o ressarcimento pecuniário.

Assim, existem duas correntes antagônicas quanto à possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil às relações paterno-filiais em caso de abandono afetivo, considerando-se o possível dano moral.

O cerne de discussão entre as mencionadas correntes cinge-se, especialmente, ao debate sobre a natureza jurídica do afeto, que, para a primeira corrente, é de princípio, possibilitando sua imposição e responsabilização em caso de descumprimento; já para a segunda corrente, trata-se de um valor juridicamente tutelado, mas ao qual não cabe vinculação, nem tampouco resultaria em consequências jurídicas no campo da responsabilidade civil.

No próximo subcapítulo, analisar-se-ão os argumentos expostos pela doutrina acerca da natureza jurídica do instituto do afeto.

3.5. A natureza jurídica do afeto

Tomando por base as duas correntes doutrinárias apresentadas anteriormente e o impasse entre elas, importa apresentar, preliminarmente, a diferença entre princípios e valores.

Princípios pertencem ao plano deôntico, cujo conceito principal é o *dever-ser*, o que induz a uma avaliação de lícito ou ilícito. Valores, por sua vez, pertencem ao âmbito da axiologia, cujo elementar conceito é o *bom* e suas respectivas avaliações atinem ao melhor ou pior. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 593).

A maior parte da doutrina é adepta do entendimento de que o abandono afetivo nas relações paterno-filiais configura um ilícito civil, pois o afeto seria um princípio que, uma vez violado, provocaria um dano moral reparável através de condenação ao pagamento de indenização, cuja natureza é pecuniária.

Dentre estes doutrinadores, destaca-se Paulo Lôbo, para quem:

[...] o princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade. (LÔBO, 2011, p. 71).

Maria Berenice Dias (2010, p. 72) também segue esta linha de entendimento, ao sustentar que “o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade”.

Minoritariamente, outra parcela da doutrina avalia o afeto como um simples sentimento, desprovido de caráter jurídico. Nessa, destacam-se Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald e Rolf Madaleno, para os quais, respectivamente:

Não se imagine, entretanto, que o afeto ganharia, no campo do Direito das Famílias, o status de princípio jurídico exigível. É que a afetividade tem característica de espontaneidade: quem oferece afeto a outra pessoa, o faz porque tem no coração, e quem não tem não pode ofertar o que não tem [...]. O afeto, destarte, é situação relevante para o Direito das Famílias, mas desprovido de exigibilidade jurídica nas relações em que se apresente voluntariamente. (CHAVES; ROSENVALD, 2012, p. 72-73).

A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco [...]. A sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar responsabilidade civil pela ausência do afeto. (MADALENO, 2009, p. 85).

Em face desta disparidade encontrada na doutrina e da ausência de qualquer previsão legal acerca do tema, é necessário observar como se encontra a atuação da jurisprudência brasileira nos Tribunais Estaduais e Superiores.

3.6. O dano moral por abandono afetivo à luz da jurisprudência brasileira

Não há dados seguros sobre o número de ações ajuizadas no país desde que se levantou a possibilidade de responsabilização dos pais pelo abandono afetivo de seus filhos. Mas não há dúvidas de que se trata de um número cada vez mais crescente.

A primeira ação sobre tema que chegou a julgamento em 2ª instância é do ano de 2004 e teve como advogado da parte autora Rodrigo da Cunha Pereira, atual presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), segundo o qual

[...] a afetividade pode se traduzir como fonte de obrigação jurídica porque significa atenção, imposição de limites, convivência e todos os cuidados necessários para o desenvolvimento saudável de uma criança ou adolescente (PEREIRA, 2012).

A mencionada ação, cujo julgamento ficou a cargo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, baseava-se no seguinte fato:

Até 6 anos, o autor – que ingressou com a ação após a maioridade – manteve contato regular com seu pai. Após o divórcio dos pais e o nascimento da irmã, fruto de novo relacionamento conjugal do pai, este se afastou definitivamente do filho, ainda que lhe pagando 20% de seus rendimentos líquidos, passando a

tratá-lo com ‘rejeição e frieza’, inclusive em datas simbolicamente importantes, como aniversários, formaturas e aprovação em vestibular (LÔBO, 2011, p. 311).

Diante de tal narrativa, o TJMG acolheu o pedido feito pelo filho em sede de apelação, reformando decisão contrária proferida em 1ª instância e condenando o pai ao pagamento de 200 salários mínimos a título de indenização por danos morais.

No entanto, o pai recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, que, reformando a anterior decisão concessiva, no REsp nº 757.411/MG, decidiu que “a indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.” (BRASIL, 2005).

Nesta decisão, entendeu-se que a pena maior e mais grave para aquele que abandona afetivamente o seu filho é a perda do poder familiar.

Houve a interposição de recurso extraordinário por parte do autor, que foi rejeitado pelo Supremo Tribunal Federal, por entender incabível a análise de indenização por danos morais.

Noticiou-se que existem decisões a conceder aos filhos o direito ao recebimento de indenização por danos morais em caso de abandono afetivo em tribunais como os de São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.

Dentre as decisões concessivas, destaca-se a da Terceira Turma do STJ, REsp. nº 1.159.242/SP, em 24 de abril de 2012, que contrariou o entendimento da Quarta Turma, firmado anteriormente em julgado semelhante, que também julga o tema e, portanto, inovando o entendimento do tribunal mais importante em assuntos referentes à família, pois que derradeiro e decisivo.

Nesse julgamento, uma das frases ditas pela Ministra Relatora Nancy Andrighi no seu voto vencedor foi usada para ilustrar os principais meios de comunicação que publicavam a inovação jurisprudencial, até então inédita: “Amar é faculdade, cuidar é dever” (BRASIL, 2012).

No recurso especial, condenou-se o pai a pagar à filha indenização correspondente a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), ocasião em que a Ministra Relatora destacou que:

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social (BRASIL, 2012).

Deste modo, verifica-se que a mais recente decisão do STJ encontra-se em consonância com a corrente doutrinária majoritária e caracteriza um avanço sem precedentes no Direito de Família. Entretanto, é preciso que o Superior Tribunal de Justiça entre em consenso, pois as duas Turmas que julgam assuntos desta natureza se posicionaram de forma diversa quanto à possibilidade de aplicação da responsabilidade civil por abandono afetivo, impedindo a formação de jurisprudência e deixando aberta toda a discussão até aqui apresentada.

4. Conclusão

Falar de Direito de Família é estabelecer uma conexão direta entre a sociedade e o Direito. Este ramo do Direito Civil é tão próximo, que bate às portas de nossas casas, e com velocidade tão grande que às vezes invade sem pedir licença. É algo de que todos querem saber, como se se tratasse de uma informação obrigatória.

É tarefa extremamente difícil e delicada tratar somente da natureza jurídica do afeto quando, ao se estudar sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo nas relações paterno-filiais, variados são os argumentos levantados, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, que escapam ao alcance deste trabalho.

Encontramo-nos em um momento em que a produção de conhecimento sobre o tema é muito grande, e cresce o número de ações ajuizadas envolvendo pedidos daquela natureza, o que é extremamente impor-

tante para dirimir o embate entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, conforme explicitado anteriormente.

O mergulho neste artigo foi tão profundo que o iniciei com um entendimento e o encerrei com outro. Confesso que inicialmente me deixei levar pelo senso comum. É que amar, gostar de alguém, estabelecer com este uma relação afetiva, é algo tão pessoal, forte e único, que soa incabível exigir a sua existência em qualquer relação, especialmente nas paterno-filiais.

Entretanto, esta não é correta leitura do tema.

A evolução do instituto da família aqui apresentada demonstra que muito se caminhou para chegar até aqui. Inúmeras injustiças foram ocasionadas, relações familiares não foram reconhecidas, omissões foram perpetradas no tempo até chegarem a um ponto que não poderiam mais ser aceitas pelo ordenamento jurídico.

Se olharmos para trás, verificaremos que o passo dado pelo Direito de Família foi enorme, e agora é impossível andar para trás. Aliás, é sobre isso que dispõe o princípio da vedação ao retrocesso. É preciso respeitar e garantir todos os avanços angariados ao longo dos séculos.

E foi dessa forma que ocorreu com a afetividade. O patamar atingido foi tão alto, que os deveres decorrentes do poder familiar ganharam novas interpretações. Por conta disto, não cabe falar que o princípio da afetividade, previsto implicitamente pela Constituição Federal de 1988, impõe aos genitores o dever de amar os seus filhos, porque não é isso.

A afetividade decorre do cumprimento de outros deveres paternos, como assistência, guarda, educação, garantia à saúde e ao lazer. Exige-se um comprometimento por parte dos pais em relação aos seus filhos, em decorrência do princípio da paternidade responsável. É preciso que as pessoas entendam que a decisão de gerar um filho tem de ser planejada e que, se assim não ocorrer, será possível arcar com todas as consequências advindas deste ato. Cuidar de um ser humano exige equilíbrio financeiro, mas principalmente emocional.

Em casos judiciais cujo pedido seja a condenação pecuniária por danos morais em virtude do abandono afetivo na relação entre pai e filho, exige-se uma sensibilidade aguçada do magistrado, que, como sempre no Direito de Família, deverá observar as peculiaridades do caso concreto, no intuito de encontrar o dano sofrido pela vítima e verificar se esta não busca somente as benesses trazidas pelo pagamento da indenização.

A possibilidade de se responsabilizar qualquer um dos pais por abandonar afetivamente os seus filhos, a meu sentir, exige a comprovação de dano e da conduta omissiva voluntária por parte daquele que praticou o abandono. O que poderá variar, conforme fundamentos expostos pela corrente doutrinária majoritária, é o tipo de ilícito praticado, ou seja, se por violação ao princípio da afetividade, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade ou pela inobservância dos deveres decorrentes do poder familiar.

Portanto, como princípio jurídico que é, dúvidas não há de que a afetividade pode ser imposta, em decorrência do que preconiza o nosso ordenamento civil-constitucional. O que se busca é mais do que indenizar o filho abandonado, pois se sabe que a ação judicial não cessará o ilícito civil, que é o abandono, mas punirá o pai pela conduta contrária ao atual ordenamento jurídico, que busca, cada vez mais, realizar o que defende a família eudemonista.

5. Referências

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos

termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, REsp nº 757.411/MG, Rel.: Min. Fernando Gonçalves, Brasília, DF, 29 de novembro de 2005. *DJ*, 27 mar. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006>. Acesso em: 2 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, REsp. nº 1.159.242/SP, Rel.: Min. Nancy Andrighi, Brasília, DF, 24 de abril de 2012. *DJ*, 10 maio 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200901937019>>. Acesso em: 2 out. 2013.

CUNHA JÚNIOR; Dirley da; NOVELINO, Marcelo. *Constituição federal para concursos*. 4. ed. rev., ampl. e atual. até a EC n. 71/2012. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Manual de direito das famílias*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

EHRHARDT JÚNIOR., Marcos et al. *Código civil para concursos*. 2. tir., rev. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. *Direito das famílias*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. v. 6.

FLORENCIO, Gilberto Ronald Lopes. Dos atos ilícitos. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). *Código civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 2. ed. Barueri: Manoele, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Gen e Editora Forense, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A afetividade como fonte de obrigação jurídica*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-26/rodrigo-cunha-pereira-afetividade-obrigacao-juridica>>. Acesso em: 30 out. 2013.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

TARTUCE, Flávio. Danos morais por abandono moral. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano 10, n. 7, p. 100-115, dez/jan. 2009.

_____. *Manual de direito civil*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solu-

ção de conflitos paterno-filiais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12913>. Acesso em: 24 maio 2013.

Artigo recebido em: 17/03/2014.

Artigo aprovado em: 22/09/2014.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150021

**INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS
DECORRENTES DE DESCUMPRIMENTO DE PRAZO
CONTRATUAL PARA ENTREGA DE IMÓVEL**

SIMARA SILVA RODRIGUES DE OLIVEIRA

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

simara@mpmg.mp.br

1. Acórdão

Número: 1.0024.12.244523-2/001

Relator: Des. Alexandre Santiago

Relator do Acórdão: Desembargador Alexandre Santiago

Data do Julgamento: 26/03/2014

Data da Publicação: 31/03/2014

APELAÇÃO CÍVEL. RESCISÃO CONTRATUAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. CONSTRUTORA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. RESTITUIÇÃO DA QUANTIA JÁ PAGA. DANOS MORAIS.

- O adiamento injustificado na entrega da obra motiva a rescisão do contrato, por inadimplência.

- Quando a rescisão do contrato ocorre por culpa exclusiva da Construtora, em razão do atraso considerável na conclusão das obras, esta não faz jus à retenção de um percentual dos valores pagos pelo adquirente. Assim, a integralidade da importância paga deve ser restituída ao comprador. Desta forma, as partes retornam à condição anterior à celebração do negócio jurídico.

- Os desgastes emocionais sofridos em decorrência do atraso na entrega do imóvel, ultrapassaram os dissabores decorrentes de

um mero inadimplemento contratual, devendo a construtora ser responsabilizada pelos danos morais causados.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.12.244523-2/001

COMARCA DE BELO HORIZONTE –

APELANTE: CONSTRUTORA TENDA S/A

APELADA: ELIZABETH SOARES DOS SANTOS

A C Ó R D ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**.

DES. ALEXANDRE SANTIAGO (RELATOR)

V O T O

Cuidam os autos de apelação interposta contra sentença de fls. 122/130, proferida pelo MM. Juiz da 22ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos da Ação de Rescisão Contratual ajuizada por xxx em face de xxx, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para:

- 1) declarar a rescisão do contrato firmado entre as partes, bem como a devolução dos valores já pagos pela autora;
- 2) condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), devidamente corrigidos pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça a partir da publicação da sentença e juros de mora de 1% desde o evento danoso;
- 3) condenar a requerida ao pagamento, a título de pena convencional, a quantia equivalente a 0,5% do preço ajustado monetariamente da unidade;
- 4) julgar procedente o pedido de nulidade de algumas cláusulas contratuais;
- 5) julgar improcedente o pedido de aplicação das penalidades previstas nas cláusulas 24ª, I e II do contrato. Inconformada, a Construtora ré apresentou apelação, ao argumento de que o contrato foi rescindido em razão da inadimplência da autora e não por culpa da ré.

Assim, afirma que faria jus à retenção de 30% dos valores pagos pela compradora, em razão da rescisão contratual. Aduz que não seria o caso de pagamento de multa por atraso da entrega da obra, sob pena de enriquecimento ilícito da parte autora. Suscitou que o mero descumprimento contratual não tem o condão de causar danos, suscetíveis de serem indenizados. Em caso de manutenção da decisão, requereu a redução do quantum fixado pelo magistrado a *quo* e a incidência de juros de mora a partir da publicação da decisão. Por fim, atestou que todas as cláusulas pactuadas seriam válidas e deveriam ser cumpridas em sua integralidade. (MINAS GERAIS, 2014).

2. Descrição do caso

O acórdão supracitado trata do julgamento de caso sobre atraso na entrega de imóveis adquiridos na planta; tal situação ocorre com frequência, causando prejuízos e frustrações para os contratantes compradores.

O ilustre Relator reconheceu que tal atraso configura quebra de confiança entre as partes, o que por si só já fere as normas que regem obrigações e direitos no estabelecimento do contrato e no caso a demora não possui motivo justificado configurando-se ato de desrespeito e descaso da empresa para com os clientes; cabe, portanto, direito a ação de reparação dos danos materiais e morais.

Com a Lei nº 8.078/90, efetivou-se o tratamento igual dos direitos econômicos e sociais:

[...] adotando-se a teoria do risco da atividade, pela qual o fornecedor deve responder de forma objetiva, ou seja, independentemente de culpa, pelas perdas e danos causados ao consumidor decorrentes do vício ou fato do produto ou serviço, protegendo ainda que de forma implícita a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1990, p. 18).

A decisão tomada no caso em análise foi correta, tendo-se em vista que o contrato previa penalidade por qualquer ato que viesse ferir

as normas contratadas no ato da assinatura do documento, sendo válida para ambos, comprador e construtora.

De acordo com Silva e Cavalcante:

[...] a compra e venda de imóveis é assunto que traz ansiedade a muitos brasileiros. Dúvidas sobre o financiamento ou a comissão de corretagem, atrasos na entrega da obra, rescisão contratual e falsas promessas da publicidade levam milhares de pessoas a discutir suas demandas nas instâncias do Judiciário. (SILVA; CAVALCANTE, 2015, p. 1).

3. Responsabilidade civil e danos morais

A responsabilidade civil, quanto à sua origem, é aquiliana ou contratual. A primeira decorre da lei, já a última de obrigações derivadas de obrigações assumidas entre partes contratantes (CARVALHO, 2012). Tendo-se em vista seus reflexos nos atos contratuais e extracontratuais e o objetivo de restabelecer o equilíbrio moral e o patrimônio atingido pelo dano, é a fonte geradora desse tipo de responsabilidade.

A noção de responsabilidade implica a ideia de resposta e, quando se fala em responsabilidade de imediato, vem a referência de que alguém, o responsável, deve responder perante a ordem jurídica em virtude de algum fato precedente. Percebe-se que o dano material corresponde às perdas experimentadas pela vítima por haver deixado de perceber alguma vantagem econômica em decorrência do evento danoso.

Os agentes em uma relação contratual, tema do estudo em questão, podem praticar no exercício dessa relação condutas violadoras do Direito; estas podem sujeitá-los à aplicação de sanções e gerar pedidos de indenização visando a reparação de dano ou prejuízo.

Como a responsabilidade civil é de ambas, a construtora deve indenizar a compradora que, mesmo atrasando parte da prestação intermediária, continuou pagando regularmente as prestações.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2004).

A construtora, por sua vez, não cumpriu o prazo de entrega e esse atraso, além da quebra de contrato, causou desgaste emocional para a cliente que passou por grande expectativa emocional, julgando que a data de entrega do imóvel seria cumprida.

Segundo Caldas (2011), quando da caracterização da culpa decorrente dos atos praticados pelo causador do dano, não há que se verificar se sua conduta foi praticada com dolo ou culpa. Basta ter o agente praticado o ato ou fato jurídico de forma dolosa ou culposa para que ocorra efeito de responsabilidade civil.

Outro ponto a favor da cliente é o fato de a construtora permitir que os pagamentos continuassem sendo feitos, o que somente poderia ocorrer para quitação total da parcela intermediária. De outra forma a empresa contratada antecipou-se no pagamento imediato e recebeu a parcela, quebrando também sua parte no contrato.

Embora o atraso ou o adiantamento da entrega por até 180 dias sejam previstos antecipadamente, se esse atraso supera esse prazo, o consumidor pode desistir da compra e reaver o valor total que foi pago. É o que a compradora reclama.

Ora, “considerando-se o prazo de tolerância, a Construtora tinha como data limite o dia 30 de dezembro de 2010 para a entrega do imóvel”. Entretanto, até a propositura da presente ação, em 16/08/2012, não se tinha notícia da entrega do apartamento adquirido pela autora/apelada. Inexiste impugnação específica da apelante acerca de tais fatos trazidos pela apelada, tornando-se, então, fatos incontroversos. (MINAS GERAIS, 2014).

De acordo com Cavalieri (2000), pode ser claramente identificada no art. 159 do Código Civil, mediante simples análise do texto, a

conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, onexo causal, que vem expresso no verbo causar; e o dano, revelado nas expressões violar direito ou causar prejuízo a outrem”.

O que gera a responsabilidade civil são a perda ou a diminuição verificadas no patrimônio do lesado e o dano moral, que produzem uma reação legal, movida pela ilicitude da ação do autor, do dano causado ou do risco.

Esse dano pode ser de natureza material, pessoal ou moral e, como já ressaltado na responsabilidade civil objetiva, interessa apenas o nexo de causalidade, não se considerando o elemento subjetivo da culpa, mas tão somente a obrigação de indenizar.

4. Direito de informação e as cláusulas abusivas

Assim se trata de um dever o ato de informar ao consumidor todos os pressupostos que envolvem as relações de consumo, caso contrário configura-se tratamento desfavorável para o consumidor tendo-se em vista que somente o fornecedor detém o conhecimento sobre o produto ou o serviço que colocou no mercado para consumo (FABIAN, 2002).

O conteúdo do direito à informação é dever intransferível do fornecedor para com o consumidor. Para tanto deve inicialmente esclarecer ao consumidor a forma jurídica do contrato, para conhecimento das informações necessárias ao correto cumprimento do que foi contratado. Isso porque é necessário que tais informações sejam as mais claras e objetivas possíveis de modo que o consumidor tenha todas as informações sobre o produto ou o serviço antes de adquiri-lo. (SILVA, 1997).

Observe-se que tal cláusula referente à permissão contratual de atraso por até 180 dias não pode ser levantada, tendo-se em vista a suposição de que os contratantes têm pleno conhecimento dessa determinação no contrato firmado.

Tal prazo pode ser considerado cláusula abusiva, já que beneficia somente uma das partes, uma vez que não há prazo de tolerância caso o comprador atrase o pagamento das parcelas que deve à construtora. (SILVA; CAVALCANTE, 2014).

Entretanto, no período em que aguarda a entrega do imóvel, muitos compradores desembolsam valores para pagamento de aluguel. Esse seria um caso para outra discussão a quem cabe o dever de arcar com essa despesa, já que o comprador está na privação de uso do bem adquirido.

Para Silva; Cavalcante (2014, p. 3) é importante ressaltar que “a incidência da indenização por lucros cessantes em caso de atraso na entrega do imóvel, correspondente ao período em que ficou privado de usufruí-lo ou de explorá-lo economicamente.”

Compra e venda. Bem imóvel. Atraso na entrega do bem. Validade da cláusula de tolerância de 180 dias resultante da vontade das partes que livremente assinam a avença. Necessidade de observância quanto à contagem de lucros cessantes devidos ao comprador privado do uso do bem. Recurso da empreendedora parcialmente provido. (SÃO PAULO, 2013)

CIVIL. CONTRATO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO POR CULPA DA CONSTRUTORA. ARTIGO 924, DO CÓDIGO CIVIL/1916. INAPLICABILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 1.092, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL/1916. RESTITUIÇÃO DA INTEGRALIDADE DAS PARCELAS PAGAS E DOS LUCROS CESSANTES PELO VALOR DO ALUGUEL MENSAL QUE IMÓVEL PODERIA TER RENDIDO. PRECEDENTES. [...] A inexecução do contrato pelo promitente-vendedor, que não entrega o imóvel na data estipulada, causa, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada. Trata-se de situação que, vinda da experiência comum, não necessita de prova (art. 335 do Código de Processo Civil). Recurso não conhecido (BRASIL, 2005). (SÃO PAULO, 2014).

Fradera ensina que se tomam por práticas abusivas:

toda a atuação do fornecedor no mercado de consumo, que caracterize o desrespeito a padrões de conduta negociais regularmente estabelecidos, tanto na oferta de produtos e serviços, quanto na execução de contratos de consumo, assim como na fase pós-contratual. Em sentido amplo, as práticas abusivas englobam toda a atuação do fornecedor em desconformidade com padrões de conduta reclamados, ou que estejam em desacordo com a boa-fé e a confiança dos consumidores. (FRADERA, 1990, p. 71).

As cláusulas abusivas submetem o consumidor às determinações do fornecedor, tanto pelo seu conteúdo quanto pela maneira como foram inseridas no contrato. Calais-Auloy e Steinmetz relatam:

[...] sobre o regime das cláusulas abusivas caráter de certas disposições contratuais decorre da posição dominante do fornecedor em relação ao consumidor, que permite a imposição unilateral de condições contratuais prejudiciais aos interesses legítimos dos consumidores. (CALAIS-AULOY; STEINMETZ, 2000, p. 56).

Percebe-se como traço distintivo das cláusulas abusivas em relação às cláusulas insertas no contrato o fato de que estas comprometem o equilíbrio contratual, em desfavor do consumidor, porque seu conteúdo, desde logo, apresenta vantagem exagerada em benefício do fornecedor. Pode ocorrer, ainda, que seu conteúdo não tenha sido submetido ao conhecimento prévio do consumidor, violando seu direito à informação, de modo a surpreendê-lo no momento da execução. (MIRAGEM, 2012).

Realmente há que se considerar como abusiva a cláusula que justifica um atraso de até 180 dias; mostra-se abusiva, pois seis meses é muito tempo. E geralmente os compradores pagam aluguel e assim têm de desembolsar mais seis meses até a obra ser entregue. Nesses casos, a construtora é quem deveria arcar com os pagamentos.

No caso, trata-se de cláusulas contratuais em razão das quais o consumidor se vê submetido ao fornecedor, em face de seu próprio

conteúdo, ou do modo como foram inseridas no contrato. (CALAIS-AULOY; STEINMETZ, 2000, p. 56).

Pode ocorrer que a construtora não seja criteriosa, tampouco explique para os clientes esses detalhes. Muitas vezes só mostra as cláusulas que lhe favorecem, como é o caso da possibilidade negativa de financiamento após a conclusão da obra.

5. Do direito à indenização

No caso em questão, a compradora não quer desistir; somente reclama indenização pelo fato de ter quitado as parcelas, com aceite da construtora. Por outro lado, a empresa, mesmo alegando falta de pagamento e descumprimento da adquirente de seu compromisso, aceitou receber a metade da parcela intermediária devida para não ficar no prejuízo, continuando à espera de uma solução.

EMENTA: 'AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROMESSA DE COMPRA EVENDADA. CONSTRUTORA. ENTREGA DO IMÓVEL. ATRASO INJUSTIFICADO. FORÇA MAIOR. NÃO OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO DANOS MATERIAIS. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM. 1) Não há de se falar em força maior se a construtora, por negligência quando do planejamento e execução de suas obras, sem motivo aparente atrasa a entrega do imóvel. 2) A condenação da construtora ao pagamento da multa contratual ao comprador inocente, em razão da inexecução do contrato, não impede a cobrança de reparação dos lucros cessantes. 3) Caracteriza dano moral indenizável a conduta da Construtora de procrastinar, sem motivo justificado, a entrega da obra, frustrando o sonho do comprador de ter a casa própria. 4) A quantificação do dano moral obedece ao critério do arbitramento judicial, que, norteados pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, fixará o valor, levando-se em conta o caráter compensatório para a vítima e o punitivo para o ofensor.' (MINAS GERAIS, 2013a).

Para Modenesi,

[...] a natureza da abusividade da conduta dos fornecedores, neste particular, observa-se tanto pelo exercício de uma posição

dominante na relação jurídica quanto pela contrariedade da consulta em exame aos preceitos de proteção da confiança e à boa-fé. (MODENESI, 2010, p. 6).

Observa-se nos tribunais o crescente número de reclamações contra construtoras que não respeitam o direito dos clientes e nem sempre explicam aos compradores as condições do contrato que estão assinando. Muitas vezes o cliente só descobre que foi lesado quando o problema já aconteceu.

Dentro desse contexto, alguns doutrinadores falam na vulnerabilidade como princípio informador das relações de consumo. Arruda Alvim et al. (1995, p. 44), afirmam que “é justamente a incontestável vulnerabilidade do consumidor que enseja nas sociedades de consumo um movimento de política jurídica que minimize a disparidade dentro das relações de consumo”.

Os atrasos nas entregas dos imóveis adquiridos na planta sempre geram inúmeros prejuízos e frustrações para os consumidores, mas, com amparo no Código de Defesa do Consumidor, podem ingressar em juízo buscando a reparação através de ações de indenização por danos materiais e morais.

CDC - Relação de consumo - Esclarecimento do fornecedor – ‘Relação de consumo - Esclarecimentos do fornecedor: Em decorrência das inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, tem-se que as informações a serem prestadas pelo fornecedor ao consumidor a respeito do produto negociado, nos termos do inciso III do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, devem ser claras e precisas, possibilitando ao consumidor tomar conhecimento de todas as características do produto antes que se ultime definitivamente o negócio. Se o fornecedor falta ao seu dever de informar, tem que responder por eventuais danos causados por seu ato’. (MINAS GERAIS, 2001).

O atraso configura quebra de confiança e deve ser analisado com cuidado. Se a demora não possuir motivo legítimo, será possível falar em desrespeito e descaso da empresa para com seus clientes, configurando-se o dano moral.

Venda e compra de imóvel em construção. Pedido de danos materiais e morais. Ausência de nulidade por julgamento *ultra petita*. Atraso comprovado na entrega que configura inadimplemento contratual apto a ensejar a indenização remuneratória pelo tempo que os autores não conseguiram ocupar o imóvel após o prazo da entrega a título de lucros cessantes. Necessidade de se adequar o valor da condenação ao pedido inicial. Impossibilidade de aplicação analógica da multa em hipótese para a qual não há previsão contratual. Condenação bem indenização remuneratória e em multa por descumprimento contratual que configura bis in idem. Sucumbência recíproca. Recurso provido em parte. (SÃO PAULO, 2013).

A decisão do ilustre Relator foi a mais acertada, já que o contrato firmado entre as partes previa penalidade por qualquer tipo de atitude que ferisse as normas estabelecidas, tanto para o comprador quanto para a construtora.

A responsabilidade independe de eventual culpa do empresário. Não há necessidade de demonstrar conduta intencional ou negligente do fornecedor. O que importa é o produto pronto, nem defeitos. O que houve antes, na cadeia de produção, atitude diligente ou negligente do fornecedor em nada modifica o dever de indenizar se, obviamente, presentes os requisitos defeitos, dano e relação de causalidade entre ambos. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p. 89).

A responsabilidade civil é prevista na lei e é decorrente das obrigações contratuais assumidas pelas partes contratantes. Assim qualquer pessoa, seja física seja jurídica, que por ação ou omissão, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outra pessoa fica obrigada a reparar o dano.

A partir daí, o autor do dano tem o dever de indenizar, baseado na responsabilidade civil para excluir a diferença entre a situação do credor, tal como esta se apresenta em consequência do prejuízo, e a que existiria sem este último fato. Em ambos os casos, está clara a intolerância com relação aos atos que contrariem princípios fundamentais que disciplinam qualquer atividade contratual.

6. Da reparação do dano moral

Assim Cahali define dano moral:

[...] é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.). (CAHALI, 2011, p. 17).

Segundo Diniz (2000), a reparação do dano moral é, em regra, pecuniária; objetiva amenizar os sentimentos negativos e possibilita ao ofendido algum prazer que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento. Trata-se da reparação por equivalente, ou melhor, da indenização de caráter pecuniário, do interesse atingido.

Neste caso, a construtora deve indenizar a compradora que não teve seus direitos respeitados; mesmo atrasando parte da prestação intermediária, continuou pagando regularmente as prestações. O caso de indenização é certo porque gerou grande expectativa emocional na compradora em virtude da data de previsão de entrega do imóvel e posteriormente um desgaste emocional pelo atraso na entrega.

Indenização por danos materiais e morais - Instrumento particular de promessa de venda e compra e imóvel, com previsão do prazo de 180 dias de carência para entrega das chaves. Atraso caracterizado. Dano material e moral configurados. Alegação de força maior e caso fortuito para justificar a entrega do imóvel fora do prazo, que não pode ser aceita, posto que as alegações das Rés se inserem no risco normal assumido pela atividade que desenvolvem. Verba honorária contratualmente estabelecida, que não vincula o Juiz. Sentença reformada em parte. Recurso do Autor provido em parte para condenar as Rés no dano moral experimentado, fixado em R\$ 10.000,00, e para adequação dos honorários ao disposto no § 3º do artigo 20 do CPC, assim como

o das Rés, este para limitação da verba indenizatória pelo atraso na entrega. (SÃO PAULO, 2011).

Com relação a esse aspecto, Silva esclarece com propriedade:

[...] a existência do dano moral tendo em vista o atraso excessivo da entrega do produto adquirido, o que, indubitavelmente, provoca no consumidor sensível constrangimento moral configurado pelas inúmeras idas e vindas ao fornecedor na tentativa de fazer cumprir sua obrigação contratual, o que muitas das vezes o consumidor não consegue lograr êxito de torna amigável, se vendo compelido a buscar a prestação jurisdicional para alcançar esse fim. Não obstante o sofrimento moral experimentado em decorrência da expectativa de receber ou não o produto adquirido, daí o entendimento pela configuração do dano moral, devendo o comerciante ser responsabilizado civilmente na reparação desse dano, assim como na dos demais decorrentes da relação contratual e da própria ofensa moral. (SILVA, 1998, p. 101).

Ora, se a construtora realmente estivesse seguindo à risca tudo o que estava no contrato, não permitira que os pagamentos continuassem sendo feitos; ou seja, aceitaram metade da parcela (R\$ 2.500,00 – dois mil e quinhentos reais) e o restante das prestações.

Caso estivessem cumprindo realmente o que havia sido contratado, não permitiram que fosse feito o pagamento pela metade. Deveriam chamar a adquirente e informar que somente poderia continuar pagando se quitasse totalmente a parcela intermediária, ou até mesmo dar um prazo maior. Mas nunca permitiriam a quebra de contrato.

6.1 A obrigação de indenizar

Com relação à obrigação de indenizar o dano moral, ensina Silva que esta se configura pela ofensa à integridade moral da vítima, bem como pelo sofrimento experimentado, ficando obrigado o causador do dano à responsabilidade indenizar:

Quanto à avaliação do dano moral, é uma das grandes dificuldades de ordem prática a que se submete o julgador, pois para a

afixação do quantum indenizatório para a reparação desse dano, deve levar em consideração os critérios objetivos e subjetivos da ofensa moral praticada. (SILVA, 1998, p. 87).

Como critérios objetivos, são determinadas a modalidade da ofensa e a extensão ou a gravidade. Na primeira deve ficar claro se a ofensa foi decorrente de uma agressão moral, ofensiva à honra, como a injúria, a difamação e a calúnia. Na identificação de extensão ou gravidade, considera-se a repercussão social do vexame moral experimentado pelo ofendido em razão da ofensa. (ZANON JUNIOR, 2013).

O dano moral causado à Autora, em virtude do atraso de mais de três anos para a entrega do imóvel, sem qualquer justificativa plausível pela Construtora, é indiscutível, notadamente ante a frustrada expectativa da Apelada em ter sua sonhada casa própria. A indenização por dano moral deve ser justa e digna para os fins a que se destina, não podendo ser fonte de enriquecimento, mas também não podendo ser irrisória ou simbólica. (MINAS GERAIS, 2013b).

Atualmente, entende o Superior Tribunal de Justiça que, para a caracterização do dano moral, basta a prova do fato que gerou o dano, sendo dispensável a prova do prejuízo, visto que nesta seara o prejuízo é eminentemente subjetivo. Em recente julgado, essa posição foi consolidada:

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Indenização. Inscrição indevida. Dano moral. Súmula nº 182/STJ.

1. Provado o fato que gerou o dano, não se exige a prova da existência do prejuízo moral.
2. É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada” (Súmula nº 182/STJ).
3. Agravo regimental desprovido. Do voto do ministro relator, destaca-se a seguinte passagem:

Por fim, provado o fato que gerou o dano, não se exige a prova da existência do prejuízo moral. (BRASIL, 2007).

A possibilidade de atraso ou adiantamento da entrega é prevista em contrato. Mas, quando esse atraso supera os 180 dias, mesmo sendo

possível conseguir devolução na Justiça, a falta do imóvel na data desejada não pode ser compensada, e o cliente não terá opção se não esperar que ele fique pronto ou desistir da compra.

No caso, a cliente não quer desistir, e sim ser indenizada pelos transtornos que esse atraso provocou em sua vida. Já a construtora alega que atrasou a entrega pela falta de pagamento, o que não ocorreu.

Ainda para Cahali (2011), a reparação do dano moral cumpre a função de satisfazer o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social.

o procedimento inadequado das rés ocasionou angústia e desgosto aos autores, pois é notório que quem adquire o imóvel, contrai dívidas e efetua o pagamento regular das prestações, sente-se frustrado por não poder dispor do bem, sofrendo aflição psicológica, em razão do prolongado martírio de espera pela entrega da casa própria. Consequentemente, os danos extrapatrimoniais se fazem presentes. (SÃO PAULO, 2012b).

A construtora alega que a adquirente não cumpriu sua parte contratual, porém aceitou o pagamento pela metade da parcela intermediária. E, para não perder o dinheiro, fez “vista grossa” e deixou a situação continuar pendente.

Uma indenização por danos extrapatrimoniais (morais) também poderá ser pleiteada pela consumidora e concedida pelo Poder Judiciário, desde que esta consiga comprovar os danos sofridos, geralmente indiretos, que o atraso da obra gerou. Pode ainda o juiz fixar multa diária contra a construtora, até a data da entrega, forçando, assim, a aceleração da conclusão da obra.

O art. 389 do Código Civil impõe: ‘Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.’ O pedido, pois, de condenação por lucros cessantes, tenho como devido pelo período que deixou os autores de gozarem ou de usarem o imóvel que adquiriram. Ainda no particular dos lucros cessantes, em que pese o art. 333, I, do

CPC, atribuir às partes Autoras o ônus *probandi* dos fatos constitutivos de seu direito indenizatório, há situações excepcionais em que a prova do dano é dispensada, por presunção decorrente da própria lei. É o caso do art. 402 do Código Civil, que assim menciona: "Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de ganhar". [...] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (Precedentes: SÃO PAULO, 2012c; SÃO PAULO, 2011b; SÃO PAULO, 2012d).

O comprador pode recuperar judicialmente pelo menos 80% do valor já pago, caso tenha que abrir mão da compra por negativa de crédito. Já se a obra atrasar e o consumidor quiser desistir da compra, ele poderá pleitear a recuperação de 100% dos valores pagos.

Mas estes itens não são informados e muitas vezes não constam claramente no texto dos contratos. Nas grandes incorporadoras, observa-se também que o comprador não é orientado sobre a questão de o valor da prestação caber ou não no seu orçamento.

Nesse aspecto a indenização é estabelecida em atenção ao dano e à situação do lesado, que deverá ser restituído à situação em que estaria se não tivesse ocorrido a ação. Essa característica faz com que a indenização seja fixada com base na diferença existente "entre a situação existente à data da sentença e a situação que, na mesma data, se registraria, se não fosse a lesão". (SILVA, 1998, p. 92).

Não há que se falar em reparação de uma dor, mas da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima ou o lesado indireto teria interesse reconhecido juridicamente. Logo, quando a vítima ou o lesado indireto reclama reparação pecuniária em virtude do dano moral, está fazendo valer um meio de atenuar em parte as consequências do prejuízo, propiciando alguma sensação de bem-estar, pois injusto e imoral seria deixar impune o causador. (CALDAS, 1997).

Com relação ao prazo para reclamar a prescrição somente se inicia com a ciência da violação do direito, não sendo admissível, portanto, que se tenha como extinta a pretensão antes mesmo desta ciência. Para os relatores o prazo que o dono do imóvel tem para ingressar em juízo contra a construtora, por danos relacionados à

segurança e solidez da obra, começa a contar a partir da ciência das falhas construtivas (BRASIL, 2011).

As relações contratuais devem, portanto, obedecer aos princípios éticos respeitando-se a moralidade dos atos praticados que devem estar em acordo com os preceitos legais vigentes sob pena de originar ações de indenização, como o caso aqui descrito.

Assim como no sucedido aqui analisado, o processo de compra e venda de imóveis é assunto que traz ansiedade a muitos brasileiros. São frequentes as dúvidas sobre financiamento ou comissão de corretagem, atrasos na entrega da obra, rescisão contratual e falsas promessas da publicidade levam milhares de pessoas a discutir suas demandas nas instâncias do Judiciário. (SILVA; CAVALCANTE, 2014, p. 2).

Em decorrência disso, as indenizações por danos morais vêm sendo alvo de discussão nos tribunais, onde certamente os aplicadores da lei levam em conta fatores como: veracidade do fato, licitude do meio empregado na captação de informações, natureza do fato, interesses envolvidos, entre outros que caracterizam a geração do fato ou ato ilícito.

Os mecanismos de controle sobre as relações contratuais têm como objetivos fundamentais garantir o respeito aos direitos subjetivos dos consumidores e assegurar a observância das diretrizes legais e constitucionais dessas relações.

Os princípios que regulam o pedido e a forma de indenização fazem parte dos fundamentos que caracterizam a solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes e na satisfação de cada litigante, mas sem nenhuma decisão impositiva de forma a preservar plenamente o interesse de ambos, por si só traz o término da lide de forma rápida e justa.

7. Conclusões

As argumentações aqui apresentadas comprovam que a responsabilidade decorrente das relações contratuais e comerciais, no caso em análise, compra e venda de imóvel, deve necessariamente seguir os fundamentos e os princípios que as regem sob pena de haver ajuizamento de ação para ressarcimento ou indenizações.

A reparação de danos causados por descumprimento de cláusulas contratuais previamente estabelecidas e de pleno conhecimento das partes deve ser recorrente nas relações comerciais. No campo doutrinário, os aspectos que envolvem a relação contratual são questão controversa que exige por vezes análise isolada caso a caso de forma a colocar em primeiro lugar o atendimento aos interesses da legalidade dos atos praticados entre as partes.

Esse é um aspecto que contribui para que sejam respeitados os limites determinados de proteção das relações de consumo, tendo-se em vista que o surgimento de tais situações pode trazer prejuízo patrimonial e moral a qualquer uma das partes.

Um segundo aspecto diz respeito à atuação dos agentes, cuja conduta deve fundar-se nos princípios da honestidade e da moralidade, já que a lei abrange todo e qualquer agente caracterizando-o como responsável pela atuação de danos decorrentes de seus atos.

Independente de qual seja a situação que o vincule dentro da relação contratual, essa mesma lei alcança por vezes também aqueles que, mesmo não sendo agentes, concorram para as condutas de improbidade ou delas se beneficiem.

O que se busca é um juízo de ponderação na aplicação das normas em concreto para fazer valer o direito, levando-se em consideração o interesse carecedor de maior proteção e, se for o caso, que se penalize o ofensor de forma a desestimular e intimidar sua reincidência.

À justiça, e de outra forma não seria, cabe atuar visando a proteção dos interesses e garantias individuais dos cidadãos. Para tanto a legislação atribui competências aos aplicadores da lei e, ao mesmo tempo, define claramente os limites para o exercício de tais atribuições. A própria noção de responsabilidade e justiça implica a existência de limites dentro dos quais quem recebe determinada atribuição pode atuar.

8. Referências

ALVIM, Arruda Eduardo et al. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BRASIL. *Código civil brasileiro*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 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: 16 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 644.984/RJ, Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 16 de agosto de 2005. *DJ*, 5 set. 2005. p. 402. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20050816+e+%40DTDE+%3C%3D+20050816&livre=%28REsp+%29+E+%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=644984&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 29 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 670.825, Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 21 de junho de 2007. *DJ*, 10 set. 2007. p. 227.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 903771, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 12 de abril de 2011. *DJe*, 27 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20110412+e+%40DTDE+%3C%3D+20110412&livre=%28%28recurso+especial%29+E+%28%22PAULO+DE+TARSO+SANSEVERINO%22%29.min.%29+E+%28%22Terceira+Turma%22%29.org.&processo=903771+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

CAHALI, Y. S. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Freank. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALDAS, P. F. *Vida privada, liberdade de imprensa, dano moral*. São Paulo; Saraiva, 1997.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

FABIAN, Cristoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. O dever de informar do fabricante. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 656, p. 53-71, 1990.

MARQUES Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.12.244523-2/001, Relator: Des. Alexandre Santiago, Belo Horizonte, 26 de março de 2014. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 31 mar. 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.DOIdo?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.2445232%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.11.271077-7/002, Relator: Des. Marcos Lincoln, 11ª Câmara Cível, Belo Horizonte, 21 de agosto de 2013. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 26 ago. 2013a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.10.125520-6/002, Relator: Des. Newton Teixeira Carvalho, 13ª Câmara Cível, Belo Horizonte, 22 de agosto de 2013. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 30 ago. 2013b.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3 ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MODENESI, Pedro. A relação entre o abuso do direito e a boa-fé objetiva, 2010. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Modenesi.pdf>. Acesso em 10 set. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ap. n. 0053616-22.2011.8.26.0577, Relator: Des. Maia da Cunha, São Paulo, 27 de setembro de 2012. *DJ*, 13 jan. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0105908- 57.2011.8.26.0100, Relator: Des. Carlos Alberto Garbi, São Paulo, 21 de outubro de 2014. *e-SAJ*, 24 out. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0056468-29.2009.8.26.0564, Relator: Des. João Pazine Neto, São Paulo, 22 de fevereiro de 2011. *e-SAJ*, 23 fev. 2011a.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Precedentes: Apelação nº 0349342- 92.2009.8.26.0000, Relator: Des. Elcio Trujillo, São Paulo, 5 de junho de 2012. *e-SAJ*, 7 jun. 2012b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0015427-98.2010.8.26.0224, Relator: Des. Salles Rossi, São Paulo, 13 de julho de 2011. *e-SAJ*, 19 jul. 2011b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0001520-88.2010.8.26.0084, Relator: Des. Theodureto Camargo, São Paulo, 11 de abril de 2012. *e-SAJ*, 20 abr. 2012c.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0044332-77.2008.8.26.0000, Relator: Des. João Francisco Moreira Viejas. *e-SAJ*, 14 mar. 2012a.

SILVA. Clóvis do Couto e. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, Thomas de Carvalho; CAVALCANTE, Nayana Alcântara de Oliveira. Atraso na entrega do imóvel: consequências jurídicas. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4129, 21 out. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32069>>. Acesso em: 20 set. 2015.

SILVA, L. C. *Os juizados especiais cíveis na doutrina e na prática forense*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ZANON JUNIOR, O. L. Danos morais: espécies e critérios de valoração. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13647&revista_caderno=7>. Acesso em: 19 set. 2015.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150022

DIREITO COLETIVO

ARTIGO

OS DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE POR POLUIÇÃO SONORA, ELETROMAGNÉTICA, VISUAL E LUMINOSA: REPARAÇÃO, SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS¹

DAMAGE CAUSED TO THE ENVIRONMENT BY NOISE, ELECTROMAGNETIC, VISUAL AND LIGHT POLLUTION: REPAIR, CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE SANCTIONS

JOSÉ ROBERTO MARQUES

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil

joserobertomarques@uol.com.br

RESUMO. A Lei nº 6.938/1981 define poluição de maneira bastante ampla, permitindo acomodar-se nela os efeitos negativos de alguma nova atividade resultante da evolução científica. A interpretação, contudo, estará sempre vinculada à observação da sadia qualidade de vida exigida pela Constituição Federal, em seu art. 225. Ocorre que novas tecnologias demandam muito tempo para sedimentar as conclusões a respeito das consequências desfavoráveis por elas produzidas, levando o operador do Direito a aplicar o princípio da precaução. Nesse cenário é que está situada a poluição sonora, visual, luminosa e, notadamente, eletromagnética. A reparação do dano não demanda questionamento, enquanto a responsabilização penal

¹ Pesquisa financiada pela Vice-Reitoria de Pós-Graduação da Universidade Paulista (UNIP).

e administrativa, dependente de previsão legal específica, muitas vezes não alcança o poluidor. Mas são formas de poluição que merecem atenção especial neste momento, enquanto possam ser reversíveis algumas graves consequências, muitas ainda não detectadas. Este trabalho visa a dar suporte prático para a proteção do meio ambiente, considerando essas formas de poluição menos perceptíveis à comunidade.

PALAVRAS-CHAVE: poluição sonora; poluição visual; poluição eletromagnética; poluição luminosa; reparação do dano ambiental; responsabilização criminal; responsabilização administrativa; princípio da precaução.

ABSTRACT: Law N° 6.938/1981 defines pollution in a very wide way, allowing it to accommodate the negative effects of some new activities resulting from the scientific evolution. The interpretation, however, will always be linked to the observation of the healthy quality of life required by the Federal Constitution, in Article 225. It happens that new technologies demand a long time to settle the conclusions concerning the unfavorable consequences they produce, inducing the Law enforcer to apply the precautionary principle. It is in this scenario that the noise, visual, light and notoriously, electromagnetic pollutions are located. The damage repair does not require questioning, whereas the criminal and administrative responsibilities, which depend on specific legal provisions, many times do not reach the polluter. However, these are forms of pollution that deserve special attention at this moment, while some serious consequences may still be reversed, many of them not yet detected. This work aims to give practical support for environmental protection, considering these forms of pollution, less noticeable to the community.

KEY WORDS: noise pollution; visual pollution; electromagnetic pollution; light pollution; environmental damage repair; criminal responsibility; administrative responsibility; precautionary principle.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. A proteção constitucional do ambiente no Brasil. 3. A Política Nacional do Meio Ambiente e os conceitos

do art. 3º da Lei nº 6.938/1981. 4. A poluição. 4.1. Conceito ecológico. 4.2. Conceito jurídico. 5. As formas de poluição. 5.1. As *novas* formas de poluição. 5.2. Poluição sonora. 5.3. Poluição visual. 5.4. Poluição eletromagnética. 5.5. Poluição luminosa. 6. Responsabilidade. 6.1. Níveis de responsabilização. 6.1.1. A responsabilidade civil. 6.1.1.1. Poluição sonora. a. Responsabilidade por danos ambientais. b. Responsabilidade do empregador, por perda auditiva e danos morais. c. Responsabilidade do Estado, com pagamento de benefícios de caráter acidentário ou doença do trabalho. d. Desvalorização imobiliária. 6.1.1.2. Poluição visual. 6.1.1.3. Poluição eletromagnética. 6.1.1.4. Poluição luminosa. 6.1.2. A responsabilidade penal. 6.1.2.1. Poluição sonora. 6.1.2.2. Poluição visual. 6.1.2.3. Poluição eletromagnética. 6.1.2.4. Poluição luminosa. 6.1.3. A responsabilidade administrativa. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem no País, consagrando, de maneira mais detalhada, os direitos de primeira e de segunda geração (referentes à liberdade e à igualdade, respectivamente) e, inovando, os de terceira geração (os coletivos e os difusos). Estes, antes, não tinham proteção constitucional, sendo regulados por legislação hierarquicamente inferior, que, em momento seguinte, sob a nova luz, determinou-os de forma bastante especificada.

No que se refere ao meio ambiente, antes de 5 de outubro de 1988, data em que foi promulgada a vigente Constituição, o cenário jurídico era dominado pela Lei nº 6.938/1981, que, ainda em vigor, dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Nela, pode-se perceber a primazia na previsão da ação civil pública, embora sem essa denominação, e da possibilidade de o Ministério Público propô-la. E mais importante ainda: no parágrafo único do art. 14, a admissão da responsabilização objetiva do causador do dano ambiental.

A partir da edição daquela lei, não obstante ela fizesse indicativos importantes, muito se discutiu a respeito da extensão do conceito de dano ambiental e da supremacia da proteção do meio ambiente em face de outros direitos. Ora esta era defendida, ora não, ora propunha-se um balanceamento de direitos.

De qualquer forma, o tema ganhou pautas importantes, jurídicas e políticas, alcançando posição de destaque no cenário nacional, o que se observou, aliás, como repercussão do engrandecimento do debate internacional a respeito da necessidade de proteção do ambiente como maneira de evitar o colapso das sociedades atuais e futuras.

A Constituição Federal, impondo sua influência no mundo jurídico, proporcionou a proliferação de normas federais, estaduais, municipais e distritais, reservando competência legislativa e administrativa para todos os níveis da Administração Pública, gerando proteção mais eficaz para o meio ambiente, visto este como direito decorrente do próprio direito à vida (direito qualificado: com sadia qualidade, tal como está expresso no *caput* do art. 225).

Sucedeu-se responsabilização ampliada nos âmbitos penal e administrativo, sem prejuízo da reparação do dano, tal como previsto literalmente no § 3º do referido art. 225.

A evolução das ciências físico-químicas também permitiu que a interpretação do conceito jurídico de poluição evoluísse, possibilitando proteção ampliada da saúde e da qualidade de vida de todos. Assim é que novas tecnologias amplificaram o espectro de fiscalização da proteção do meio, demandando novas incursões jurídicas para afastar a contaminação dos recursos naturais, como, por exemplo, pela poluição radioativa. Isso também ocorreu para minimizar, ou quando cabível suprimir, os danos à saúde, à qualidade de vida e ao bem-estar, causados por formas de poluição que não deixam resíduos, a saber: sonora, visual, eletromagnética e luminosa, objeto deste trabalho, que serão a seguir analisadas com vagar.

Para tanto, serão avaliadas as principais leis federais que regem a matéria, nos aspectos civil, penal e administrativo, sem prejuízo do texto constitucional e da interpretação que os tribunais dão à matéria.

2. A proteção constitucional do ambiente no Brasil

As Constituições Federais de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 não abordaram a temática ambiental, senão prevendo competência

legislativa da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, relativamente a alguns recursos ambientais. Isso não pode ser considerado como proteção do meio ambiente, porque esta adviria do conteúdo da legislação infraconstitucional a ser produzida.

A falta de tratamento adequado ao meio ambiente não significou, contudo, descaso com relação a esse bem. Refletia, na verdade, a baixa exposição de problemas de contaminação e a pouca compreensão da degradação ambiental causada pelas mais variadas atividades do homem, e dos seus reflexos na saúde. Os casos de evidentes danos aos recursos ambientais e, conseqüentemente, ao ser humano, eram tolerados em nome do desenvolvimento, que, nem de longe, poderia ser considerado sustentável.

Então, de maneira expressa, os mencionados textos constitucionais não cuidaram da matéria, relegando-os a nível legislativo sucessivo.

Entretanto, José Celso de Mello Filho, comentando a Constituição Federal de 1967, observou:

A tutela jurídica do meio ambiente decorre da competência para legislar sobre defesa e proteção da saúde. A competência, nessa matéria, é concorrente, repartindo-se entre a União, os Estados-membros e os Municípios. (MELLO FILHO, 1986, p. 69).

Estabeleceu, dessa forma, juridicamente, um relacionamento entre meio ambiente e saúde, que teria reconhecimento na produção legislativa posterior.

Quis o referido jurista, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, deixar evidente o entendimento de que a saúde tinha como pressuposto as boas condições do meio ambiente. Sem estas, poder-se-ia comprometer a qualidade de vida dos membros da coletividade, da qual a saúde seria um de seus componentes.

A Constituição Federal de 1988, seguindo orientação "C e advertência "C da Conferência de Estocolmo, de 1972, deu tratamento

bastante abrangente às questões ecológicas e à influência delas na qualidade de vida do ser humano. Assim, traçou diretrizes que constituíram base de informação para as normas que se seguiriam, e apontou elementos para a interpretação de leis já produzidas, permitindo, quanto a estas, releitura e reconstrução de parâmetros.

No primeiro momento, iniciando o texto constitucional, o legislador apontou, como fundamento reitor da República Federativa do Brasil, *a dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), daí decorrendo sua necessária observância com relação a tudo o que se seguiu na redação. Esse fundamento, ou princípio mesmo, é pressuposto da atuação do Estado.

Nenhum dispositivo pode ser interpretado senão com a conciliação do referido fundamento, não se admitindo que se afaste a consideração do ser humano e a correspondente dignidade que lhe deve ser peculiar. Mas é bom que se frise que, ao se referir o art. 1º, III, da Constituição Federal, à *dignidade da pessoa humana*, deve ser ela entendida como a aplicável à espécie humana, considerada coletiva e não individualmente. Não que a individual seja desprezada, mas pode ceder espaço em situações em que a dignidade do grupo esteja contraposta. Neste caso, é evidente que, protegendo o grupo, o indivíduo estará protegido e o aparente desprezo da dignidade do indivíduo indicará que, sem margem a dúvida, se atendido prioritariamente o seu interesse, este estaria acima dos interesses da coletividade.

Dessa forma, muitas vezes a dignidade da pessoa humana parecerá relegada a plano inferior quando determinada conduta, autorizada e confirmada judicialmente, afete desfavoravelmente um indivíduo ou pequeno grupo, porque estará, inequivocamente, beneficiando a coletividade.

O art. 225 da Constituição Federal, inserido no Título VIII (Da ordem social), Capítulo VI (Do meio ambiente), revelou uma nova dimensão dos direitos humanos indicados no *caput* do art. 5º, especialmente do direito à vida, qualificando-o. Nele se nota que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à *sadia* qualidade de vida, ou seja, não se busca apenas preservar a vida.

A partir disso, pequenos sacrifícios ao meio ambiente, desde que não comprometam a sadia qualidade de vida da coletividade e desde que seus efeitos revertam em benefício dela, são admissíveis. O comprometimento da qualidade ambiental está situado, verdadeiramente, no desequilíbrio ecológico, que gera consequências imediatas, conhecidas, ou mediatas, cujo prazo e consequências reais não podem ser previstos (nesta última hipótese está o maior problema de se operacionalizar a defesa do ambiente, o que exige aplicação de mecanismos jurídicos adicionais, como, por exemplo, o princípio da *precaução*).

O mesmo artigo 225, em seu § 3º, promoveu outra nova e grande inovação, prevendo sujeição do degradador à responsabilização civil (reparação do dano), penal e administrativa, de forma cumulativa, além de estendê-la, nos três níveis, às pessoas jurídicas.

Esse disciplinamento constituiu a consagração do direito difuso pertinente ao assunto, já iniciada com a Lei nº 6.938/1981, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e com a Lei nº 7.347/1985, que disciplinou a ação civil pública.

O art. 129, III, da Constituição Federal, ao prever as funções institucionais do Ministério Público, revelou inequívoco reconhecimento do meio ambiente como direito/interesse difuso, ao dispor que à Instituição compete “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Ao incluir o meio ambiente, de forma expressa, entre os interesses difusos, deu-lhe um dimensionamento que ultrapassa o dos interesses dos particulares e o da Administração Pública, muito embora possam, em algumas oportunidades, todos eles coincidirem.

O reconhecimento de nova classe de interesses “C os difusos” C justificou-se pelo aumento populacional e pela proliferação de pequenas infrações que, conjuntamente, tinham grande repercussão negativa. Isso permitiu que o acesso à Justiça se desse também por meio de entes habilitados para agir em nome da coletividade, evi-

tando, muitas vezes, que o excessivo esforço individual e a interposição de grande número de ações contribuísssem para a degradação acelerada do meio ambiente, com a demora nas respostas judiciais e com a proliferação de decisões conflitantes.

Esse quadro legislativo exige, portanto, que haja resposta adequada às formas de poluição abordadas neste trabalho, na dimensão que se analisará adiante.

3. A Política Nacional do Meio Ambiente e os conceitos do art. 3º da Lei nº 6.938/1981

A consistência jurídica da proteção ambiental surgiu com a Lei nº 6.938/1981, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. Por meio dela, foram indicados os princípios aplicáveis, introduzidos conceitos e especificados objetivos e instrumentos utilizáveis para o desenvolvimento daquela orientação; foi criado o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e "C o mais importante "C foi prevista a responsabilização relativamente à degradação ambiental. Nesse aspecto, consagrou-se a responsabilidade objetiva para a reparação dos danos, com abordagem de aspectos criminais e administrativos.

De todas as inovações, as mais sensíveis foram, sem dúvida, a introdução de conceitos que permitem melhor delinear o campo de proteção do ambiente e sua verdadeira extensão, e a responsabilização, independentemente de culpa, pelos danos causados ao meio.

Ao definir *ambiente* (art. 3º, I), deixou margem para o entendimento no sentido de que foi acolhido apenas o aspecto natural ou físico do meio ambiente. Contudo, fazendo-se interpretação sistemática, pode-se afirmar que os aspectos urbano, cultural e do trabalho também nele estão inseridos.

Primeiramente, deve-se ressaltar que a Constituição Federal de 1988 fez alusão, em vários dispositivos, aos seus aspectos, a saber: urbano (art. 182 e seguintes), cultural (art. 216) e do trabalho (art. 200, VIII). Ainda que possam ser meras citações, são indicativas de que

o constituinte aceitou protegê-los. Além deles, o meio ambiente natural encontra-se fartamente aludido no texto, com muitas citações.

Depois, a análise do conceito de *poluição* (art. 3º, III), da própria lei, aponta-nos situações de caracterização que encampam todos os aspectos do meio ambiente. Daí, se o legislador infraconstitucional entendeu que elas configuravam poluição, decorrendo da lei que um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente é a “imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos” (art. 4º, VII), é porque concluiu que aquelas hipóteses poderiam comprometer a “proteção da dignidade da pessoa humana” (art. 2º, *caput*). Considerou, também, o meio ambiente “como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo” (art. 2º, I).

É importante reafirmar que a Lei nº 6.938/1981 teve como objetivo principal “a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida [...] e à proteção da dignidade da vida humana” (art. 2º, *caput*)². Marcou, nesse dispositivo, a concepção antropocêntrica da proteção do meio ambiente, depois repetida, na Constituição Federal, no artigo 1º, III (a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República), e no artigo 225, *caput*, combinado com o seu § 1º (a proteção da fauna e da flora como instrumentos para assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a *todos*, inequivocamente referindo-se aos seres humanos). Ressalte-se, contudo, que a concepção antropocêntrica não despreza a concepção biocêntrica. Há uma interligação em que a proteção dos demais seres vivos é essencial para a manutenção do equilíbrio ecológico, apontado no art. 225, *caput*, como direito da coletividade.

As definições, reveladas no art. 3º da Lei nº 6.938/1981, embora insuficientes para a atualidade, podem ser ainda utilizadas, aplicando-se a interpretação sistemática, que lhes dão a extensão necessária para permitir a proteção da sadia qualidade de vida. Até porque a mencionada lei foi recepcionada pela Constituição Federal.

² Paulo de Bessa Antunes (2000, p. 157) registrou: “Sabemos que, sem qualidade ambiental, inexistente tutela da dignidade humana”.

Assim, embora o art. 3º, I, indique como meio ambiente “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 sua extensão, considerado o nível de proteção constitucional, não se limita a tanto. Esse conceito traz a nítida noção do aspecto natural, ou físico, do meio ambiente, composto dos recursos ambientais também apontados naquele dispositivo, inciso V (a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora). Interpretando-se, contudo, de forma conjunta, o inciso I, em face do disposto no inciso III, que conceitua poluição, verificamos sintonia entre a legislação infraconstitucional pré-existente e a Constituição Federal de 1988.

4. A poluição

4.1. Conceito ecológico

O Dicionário de Ecologia e Ciências Ambientais (1998) conceitua a poluição como “mudança indesejável no ambiente, geralmente a introdução de concentrações exageradamente altas de substâncias prejudiciais ou perigosas, calor ou ruído”.

Embora, sob a ótica ecológica esteja correta essa definição, constatamos que, diante das necessidades atuais e da conjugação dos interesses do meio ambiente com a qualidade de vida do ser humano “C tudo em conformidade com o texto da Constituição Federal “C, ele é insuficiente. Isso porque, se o considerarmos adequado, estaremos excluindo, logo de início, o aspecto cultural do meio ambiente. Maior questionamento levaria à exclusão de elementos dos aspectos do trabalho e do urbano.

O conceito ecológico de meio ambiente fornecido pela lei está vinculado, especialmente, ao seu aspecto natural, com alguma repercussão no meio urbano. Mais que isso, dependeria de análise do caso concreto.

4.2. Conceito jurídico

Dispõe a Lei nº 6.938/1981:

Art. 3º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[...]

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. (BRASIL, 1981).

A Lei nº 997/1976, do Estado de São Paulo, que dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente, definiu:

Art. 2º - Considera-se poluição do meio-ambiente (*sic*) a presença, o lançamento ou a liberação, nas águas, no ar ou no solo, de toda e qualquer forma de matéria ou energia, com intensidade, em quantidade, de concentração ou com características em desacordo com as que forem estabelecidas em decorrência desta Lei, ou que tornem ou possam tornar as águas, o ar ou solo:

I - impróprios, nocivos ou ofensivos à saúde;

II - inconvenientes ao bem estar público;

III - danosos aos materiais, à fauna e à flora;

IV - prejudiciais à segurança, ao uso e gozo da propriedade e às atividades normais da comunidade. (SÃO PAULO, 1976).

Comparando-se os dois dispositivos, verificamos que a Lei nº 6.938/1981, com vantagem, conceituou poluição, referindo-se, nas alíneas “a” a “d” do inciso III do art. 3º, a hipóteses que vão além do mero lançamento de matérias ou energia no ambiente. O texto da lei estadual paulista, acima reproduzido, pode ser enquadrado na alínea “e” e, nesse particular aspecto, registra benefício na medida em que admite “a presença, o lançamento ou a liberação, nas águas, no ar ou no solo”, de energia ou matéria que tornem ou *possam*

tornar aqueles recursos ambientais, de alguma forma, nocivos à saúde qualidade de vida. Assim, remete à mera possibilidade de que aqueles resultados sejam produzidos.

A Lei nº 6.938/1981, de qualquer forma, é a norma-base a ser observada para efeito de reconhecimento de caracterização de poluição. É, propriamente, o patamar mínimo. O conceito estampado nela é amplo, sem dúvida. Mas essa técnica de redação é necessária para que, eventualmente, nova tecnologia possa ser reconhecida como geradora de degradação, evitando, assim, lento e desgastante processo legislativo para alteração conceitual.

Essa amplitude não pode ser usada indiscriminadamente contra o desenvolvimento, pois, praticamente, qualquer atividade humana, de caráter pessoal ou produtivo, pode ser enquadrada numa das hipóteses do art. 3º, III, da lei. Caberá, então, ao operador do direito e ao Poder Público o uso da fórmula com razoabilidade, analisando devidamente os valores envolvidos em determinada situação e optando pela hipótese que mais atenda aos interesses da sociedade ou pela medida adequada para o comprometimento de cada um deles. Mais ainda caberá ao Judiciário, que, afinal, decidirá.

Nesse passo, é bom que se diga que o legislador não deu uma carta em branco ao intérprete, permitindo que ele utilize apenas o conceito fornecido pela Lei nº 6.938/1981. Permitiu, ao contrário, a conjugação dele com a legislação posterior e, principalmente, com os valores reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, em especial o direito ao desenvolvimento, que, mal entendido, poderia levar à conclusão de que ultrapassa a importância do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O conceito de poluição não é inflexível e pode ser ampliado, devendo-se entender a aplicabilidade da ampliação a espaços territoriais limitados, correspondentes ao poder de legislar de quem produziu as novas normas.

Paulo Affonso Leme Machado assinala:

A legislação estadual como a municipal podem ampliar o conceito de poluição, mas serão de nenhum efeito se restringirem ou diminuirão o espaço da proteção legal dada pela conceituação federal. (MACHADO, 2010, p. 546).

Dessa forma, é possível editar uma lei que dê à poluição um conceito mais amplo, de tal modo que melhor se proteja o meio ambiente. Não podemos esquecer que a Constituição Federal fez opção pela *conservação*, reservando a *preservação* apenas para os “processos ecológicos essenciais” e para “a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País” (incisos I e II do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, respectivamente). É, na verdade, a conciliação da necessária proteção do ambiente com o concomitante desenvolvimento, do qual não se pode afastar um mínimo de degradação, mas, mesmo assim, objeto de compensação.

5. As formas de poluição

As formas de poluição se tornam mais conhecidas à medida que os seus resultados danosos podem ser vistos. Assim, quando se avistam peixes boiando nas águas dos rios, sabemos que estão conspurcadas por um agente poluente; quando a atmosfera está acinzentada, com fumaça, concluímos que há poluição, e quando o solo expõe condições que afetam a saúde dos seres vivos, constatamos que está contaminado.

O critério visual, pois, é o que normalmente se utiliza para a identificação imediata da poluição. Diferentemente, quando a contaminação das águas, do ar e do solo não é visível, a constatação dela se dá, muitas vezes, por meio da verificação da degradação da saúde. Isso ocorre porque a degradação dos recursos naturais, quando menos perceptível, degrada a saúde lentamente, produzindo resultados graves, muitas vezes sem possibilidade, posteriormente, de estabelecimento do nexo causal entre a causa e o efeito, considerado o tempo decorrido.

Atualmente, a poluição dos mencionados recursos naturais, que se confundem com o meio ambiente natural, ou físico, é tão intensa, que permite que outras formas de poluição ajam discretamente, não sendo notadas e não se revelando senão com análise e estudo aprofundados.

Tão graves são as intervenções negativas do homem nas águas, no solo e no ar, que monopolizam a atenção do ser humano, que acaba se descuidando de outras formas prejudiciais à qualidade de vida.

Nessa segunda categoria de poluição (menos perceptível) é que encontramos a poluição sonora, a poluição visual, a poluição eletromagnética e a poluição luminosa. A primeira, aliás, ainda é mais sentida pelo homem, embora o combate a ela, juridicamente, às vezes resulte em interpretações equivocadas.

É importante salientar que essas maneiras de exteriorização da poluição não se constatarem pela degradação dos recursos ambientais, de regra. Não afetam a qualidade da água, do ar e do solo, o que não significa dizer que, para a geração delas, não haja degradação de recursos naturais: por exemplo, para a ocorrência de poluição luminosa, é necessária a geração de energia, que, normalmente, significa danos ao meio ambiente.

Não queremos aqui dizer que a produção de energia não seja necessária. Pelo contrário, é essencial para o desenvolvimento, e a sustentabilidade é a medida resultante do justo equilíbrio entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito ao desenvolvimento. A propósito, escreveu Ignacy Sachs:

É necessária uma combinação viável entre economia e ecologia, pois as ciências naturais podem descrever o que é preciso para um mundo sustentável, mas compete às ciências sociais a articulação das estratégias de transição rumo a este caminho. (SACHS, 2002, p. 60).

5.1. As *novas* formas de poluição

Aqui chamamos de *novas* as formas de poluição que adiante enumeraremos porque surgiram, com as características que hoje vemos, há pouco tempo, resultado do desenvolvimento tecnológico e econômico.

As ciências físicas muito evoluíram e as modernas tecnologias, resultado de pesquisas, representam significativa parte da economia

mundial. Aqui inserimos a poluição sonora, a eletromagnética e a luminosa, as quais, muitas vezes, alcançam o consumidor por meio da poluição visual. Esta estará presente, de regra, quando necessária divulgação de algum produto.

No item 1 da Proclamação dos Princípios da Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente, de 1972, encontramos a advertência:

[...] Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. (CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE, 1972).

O texto contém carga meramente orientadora, sem força de lei, mas remete para a reflexão a respeito do futuro da humanidade.

Entre nós, Francisco Carrera (2005, p. 3) escreveu: “O desenvolvimento econômico sempre voltou seus princípios para a substituição dos bens que a natureza nos oferece, pela cada vez mais desenvolvida tecnologia.”

O fundamento para o combate a essas novas formas de poluição está inscrito no art. 225, *caput*, da Constituição Federal, que dispõe:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

Mais que a proteção dos recursos naturais, busca a Constituição Federal de 1988 a sadia qualidade de vida, para tanto entendendo como necessário o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não meio ambiente *preservado*, mas que apresente equilíbrio ecológico suficiente para proporcioná-la.

É certo que sadia qualidade de vida e meio ambiente ecologicamente equilibrado envolvem conceitos pouco delimitados, demandando interpretação caso a caso, com as variantes que o ambiente proporciona e a necessidade humana exige.

As *novas* formas de poluição aqui tratadas merecem atenção especial dos profissionais do Direito, pelas características especiais que apresentam:

1. São produto do desenvolvimento tecnológico e econômico recente, assim considerado pouco mais de um século, mais notadamente nas últimas décadas.

2. Não degradam a água, o ar e o solo, cujas características se preservam, mesmo diante de sua produção. A qualidade do ar respirado é a mesma, não obstante os ruídos existentes no ambiente. Partindo-se desse pressuposto, podemos afirmar, de maneira inequívoca, que o combate às mencionadas formas de poluição não implica melhoria dos aludidos recursos naturais. Não havendo degradação do meio ambiente, a justificativa para o seu combate é, portanto, a busca da sadia qualidade de vida.

3. Não deixam, de regra, resíduos no ambiente. Esgotam-se e não podem ser avaliadas depois de interrompidas. Como exceção a essa regra, a poluição visual, que poderá ser avaliada com os recursos materiais utilizados para sua geração; mesmo eliminada, poderá ser analisada, permitindo a perícia, inclusive por meio de reconstituição.

A doutrina nacional, dentre as variedades de poluição objeto deste estudo, refere-se à poluição sonora, à eletromagnética e à visual, esquecendo-se da luminosa ou confundindo-a com a última. Mas faremos a distinção que entendemos que deva ser feita, procurando revelar a impropriedade conceitual com que, muitas vezes, são qualificadas.

Buscar o conceito dessas formas de apresentação da poluição é necessário para que possamos aferir se caracterizam, ou não, crimes. É o que diante faremos.

5.2. Poluição sonora

Poluição sonora é a adulteração do meio ambiente causada por ruídos, que podem, principalmente, reduzir a capacidade auditiva e causar problemas psíquicos. Com ela, não há transferência de matéria, mas sim de energia.

Tomando-se o teor do art. 3º, III, da Lei nº 6.938/1981, o conceito acima nele se enquadra perfeitamente, a saber: pode prejudicar a saúde, a segurança e o bem-estar da população (alínea “a”); pode criar condições adversas às atividades sociais e econômicas (alínea “b”); pode afetar desfavoravelmente a biota (alínea “c”) e pode lançar energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos (alínea “d”). Variadas são, portanto, as hipóteses em que a poluição sonora se classifica, juridicamente, como poluição, autorizando, assim, a adoção de medidas judiciais para contê-la.

Pelo incômodo que gera, pela percepção que permite às vítimas, é a forma mais conhecida daquelas ora analisadas.

Mas, por outro lado, é difícil sua comprovação posterior, visto que não deixa resíduo no ambiente e não pode ser avaliada depois de interrompida, sendo, geralmente, notada apenas quando se está próximo da fonte emissora. A prova posterior ficará adstrita aos relatos pessoais de testemunhas que estavam nas imediações, mas a avaliação de cada uma é variável de acordo com a maior ou menor tolerância de um ou outro.

Sobre a matéria, leciona María Consuelo Alonso García:

Cualquiera que sea la definición propuesta, es consubstancial a la misma la aparición de una sensación desagradable, incómoda, perturbadora, fastidiosa..., que depende, en cualquier caso, de la apreciación del sujeto receptor, y que se condiciona, además, a sus características psíquicas, físicas, culturales o educacionales. Evidentemente, este rasgo, junto con las dificultades de establecer la relación entre el ruido e sus consecuencias perjudiciales, el cálculo de los costes sociales que sus efectos produce, la aparición de daños en otros bienes diferentes de la especie humana,

la dispersión de los agentes contaminantes, que tienen su origen en un importante elenco de fuentes diversas, complican la evaluación y el tratamiento jurídico de este tipo de contaminación. (GARCÍA, 1998, p. 313).

Normalmente, encontramos ruídos em todos os lugares, dificultando o seu combate, pois, em cada fonte, isoladamente, o volume pode não ser significativo. O conjunto, à vezes, é que causa desconforto excessivo e problemas auditivos.

Deve ser ressaltado que, por fugir da visão, a comunidade busca mais a eliminação de outras fontes poluidoras, como as da água, do ar e do solo.

A poluição sonora fica mais evidente, em nível de conscientização, quando o ruído desaparece. A propósito, basta ir à Avenida Paulista, em São Paulo, em um domingo, para se perceber o nível de ruído ocorrente nos dias úteis da semana. Neste caso, o ruído acaba incorporado à rotina das pessoas, que com ele acabam conformando-se, diminuindo o nível de observação.

É importante consignar que os efeitos da poluição sonora não são imediatos, exceto o incômodo, gerando perda gradativa da audição. Com a persistência, pode causar alterações físicas, mentais e emocionais. Afeta o rendimento no trabalho, interfere negativamente na comunicação das pessoas e pode atingir a fauna, pois muito ruído acentua a presença de ratos e baratas, e a flora, reduzindo o crescimento.

Embora esta conclusão não traga certeza absoluta (a dificuldade, normalmente, está na comprovação do nexo causal, dado o tempo decorrido entre a causa e o efeito), não impede o combate à poluição sonora (assim como às demais formas de poluição referidas neste texto), aplicando-se, para tanto, o *princípio da precaução*, inscrito como “Princípio nº 15”, na Declaração do Rio, documento não oficial produzido durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro (também chamada de “Cúpula da Terra”), em junho de 1992, com o seguinte teor:

Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação do meio ambiente. (CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO, 1992).

A poluição sonora também prejudica o sono, momento em que a percepção visual é anulada. Mas, durante ele, a audição pode detectar indicativo de comprometimento da segurança. Como exemplo, pode-se citar o fato de, durante o sono, algum ruído apontar anormalidade que torne inseguro o ambiente, como o barulho causado por um infrator que arromba uma porta: o que a visão não mostra, a audição sente.

Muitas informações são prestadas ao ser humano pelas imagens. Durante o sono, elas são substituídas pelo som, que o adverte de problemas, despertando-o. Por isso, requer-se que, durante a noite, os ruídos sejam produzidos na medida do estritamente necessário e observando-se os níveis máximos indicados pelos órgãos técnicos. Nessa situação, depararemos, também, com o direito de vizinhança.

Temos como textos básicos para a caracterização de poluição sonora alguns dispositivos inseridos: a) na Lei nº 4.737/1965, chamada de “Código Eleitoral”; b) na Lei nº 9.503/1997, conhecida como “Código de Trânsito Brasileiro” (entre eles, o artigo 227, que trata do uso de buzina, e o artigo 230, XI, que se refere à infração grave na condução de veículo “com descarga livre ou silenciador de motor de explosão defeituoso, deficiente ou inoperante”); c) nas resoluções Conama nº (c.1) 1/1990, que faz alusão às Normas Brasileiras (NBRs) 10.151 (avaliação do ruído em áreas habitadas) e 10.152 (níveis de ruído), editadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), c.2) nº 2/1990 (Programa de Educação e Controle da Poluição Sonora) e (c.3) nº 418/2009 (controle da poluição veicular), além de dispositivos de natureza criminal, que serão adiante comentados. Sobre os níveis de ruído, importante é a legislação municipal, que pode dispor sobre eles.

Ao tratar de escapamentos furados ou enferrujados, alterações no silencioso ou cano de descarga, alterações no motor, acelerações e freadas bruscas e uso excessivo da buzina, versou o Código de Trânsito Brasileiro sobre a necessidade de se manter a harmonia do ambiente, com isenção de ruídos desnecessários, que produzem irritação nos membros da comunidade, entre outros males.

Não podemos nos esquecer de que o som integra as atividades humanas utilizadas para a comunicação, como a voz, e outras não utilizadas necessariamente, mas que podem, ocasionalmente, produzi-lo: palmas e assobios, entre outras. Tudo isso sem considerar os sons produzidos pelo homem, mas decorrentes de equipamentos e maquinismos por ele acionados para seu conforto diário: aparelhos de ar condicionado, televisores, liquidificadores, etc., e, notadamente, os gerados pelo trânsito de automotores em vias públicas.

Entretanto, todos os ruídos são considerados para efeito da aferição da qualidade ambiental.

Das quatro formas de poluição apontadas neste trabalho, esta é a que mais provoca males no ser humano, ainda que, normalmente, seja de forma lenta e gradativa.

5.3. Poluição visual

Consideraremos a poluição visual, na esteira de José Roberto Marques (2010a, p. 156), como “a ultrapassagem do limite da visão para reconhecer as características naturais do meio, a partir da inserção de novas imagens ou deterioração da paisagem já existente.”

Por ela, o ambiente perde ou tem suas características naturais alteradas de maneira significativa, de modo que já não se pode identificar, total ou parcialmente, os elementos originais.

Ela tem como características: a) sua predominância no meio ambiente urbano, ocultando o remanescente de flora e as construções, muitas delas que integram o patrimônio cultural; b) o não envolvimento de energia (situação que não se confunde com eventual uti-

lização de energia em equipamentos eletroeletrônicos), e c) a disputa pelo campo visual das pessoas (de regra, publicidade visando ao consumo). Ela distrai a atenção das pessoas e tem, às vezes, um efeito de quebra-cabeça, com as peças de divulgação misturadas, de forma que não se identifica completamente um painel (como, por exemplo, a proximidade de *outdoors* que impedem a visão completa um do outro).

Tal espécie tem como consequência o incômodo acarretado às pessoas e o desconforto ambiental, com reflexos psíquicos, o que basta para o enquadramento legal como poluição. Assim, prejudicando o bem-estar e, mesmo, afetando as condições estéticas do meio ambiente, temos a hipótese prevista nas alíneas “a” (prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população) e “d” (afetem as condições estéticas do meio ambiente) do art. 3º, III, da Lei nº 6.938/1981, o que autoriza, pois, intervenção judicial para disciplinar os casos que a envolvem como ofensa à sadia qualidade de vida.

Os efeitos da poluição visual, como nos demais casos de poluição indicados neste texto, geralmente só são percebidos quando ela desaparece. A “Lei Cidade Limpa”, do município de São Paulo, bem o demonstra. Quando de sua edição, muitas vozes se ergueram contra a nova legislação, entendendo que sua implementação em nada ajudaria a paisagem. Posteriormente, anos depois, ouviu-se o contrário das mesmas pessoas, que reconheciam o equívoco da opinião inicial.

Basta lembrar que, no caso do município de São Paulo, no ano 2000, havia seis milhões de peças publicitárias na cidade, das quais 90% eram letreiros, e, do total, 89% dos anúncios estavam irregulares na cidade³.

5.4. Poluição eletromagnética

Poluição eletromagnética é o excesso de ondas eletromagnéticas emitidas por equipamentos eletroeletrônicos, que podem influenciar o comportamento celular do organismo humano, interferir no

³ *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. C-4, 7 dez 2000.

funcionamento de outros aparelhos elétricos e, mesmo, desorientar o voo de algumas aves.

São características dela, que nos interessam especialmente neste trabalho: é silenciosa, invisível e inodora, donde se conclui que ocorre de maneira despercebida, sem que seus efeitos sejam notados de imediato e, normalmente, sem que, mesmo depois de constatados alguns deles, se possa estabelecer o nexo causal entre a sua geração e algum resultado danoso.

A literatura científica costuma atribuir à poluição eletromagnética as seguintes possíveis consequências: depressão psíquica, sensação de cansaço, mudanças de comportamento, redução dos glóbulos vermelhos e aumento dos glóbulos brancos (favorecendo o surgimento de câncer), danos ao cérebro (afetando a memória recente e provocando dores de cabeça), lesão por esforço repetitivo "C LER (ondas emitidas pelo computador), desorientação de aves, disparos involuntários dos alarmes de veículos em locais de muita propagação, mal de Parkinson, mal de Alzheimer, queimaduras, catarata, má formação fetal, parada cardíaca e derrame.

Contudo, trata-se de tema controvertido, encontrando-se literatura em sentido contrário quanto aos efeitos provocados por ela. Num único aspecto há convergência de entendimento entre as duas vertentes: o excesso de ondas pode alterar o funcionamento de equipamentos eletrônicos, quando muito próximos uns dos outros.

O próprio sítio eletrônico da Anatel admite:

Todos os dias, muitas pessoas são expostas a ondas eletromagnéticas de radiofrequências de baixa intensidade, provenientes de diversas fontes, sem perceber qualquer efeito. Apesar disso, pesquisas científicas continuam investigando a possibilidade da existência de efeitos ainda não detectados. (BRASIL, s. d.).

Mas também registra:

Os estudos realizados mundialmente “C sob a coordenação da Organização Mundial de Saúde (OMS)” “C não demonstraram a ocorrência de câncer ou outro efeito adverso à saúde como resultado da exposição a limites abaixo daqueles estabelecidos no padrão internacional e regulamentados no Brasil, pela Anatel, por meio da Resolução 303/2002. Esses estudos sobre a exposição contínua de longa duração a campos eletromagnéticos de radiofrequências demonstram que, abaixo dos níveis estabelecidos, não há efeito contrário à saúde. (BRASIL, s. d.).

Não se pode desconsiderar que:

O corpo humano também irradia ondas eletromagnéticas em frequências muito baixas de infravermelho, que são produzidas pelo calor do próprio corpo. É a vibração dessas células que permite a realização de exames como a tomografia. (MARQUES, 2008, p. 223).

Dáí podemos concluir que os efeitos nocivos dessas ondas estão ligados à sua intensidade.

Os tribunais já tiveram oportunidade de se debruçar sobre essa *nova* forma de poluição (na verdade, apenas mais difundida atualmente), reconhecendo-a. Entre essas decisões, podemos citar o REsp nº 1.123.747, de 2010, relatado pelo Ministro Gilson Dipp: “O sinal de televisão propaga-se através de ondas, o que na definição técnica se enquadra como energia radiante, que é uma forma de energia associada à radiação eletromagnética.” (BRASIL, 2011a).

5.5. Poluição luminosa

Dá-se o nome de poluição luminosa, segundo Roberto F. Silvestre (s. d.), a “qualquer efeito adverso causado ao meio ambiente pela luz artificial excessiva ou mal direcionada”. É aquela “causada pela iluminação excessiva, irregular, inadequada ou mal direcionada” (LEANDRO, s/d). Menos conhecida que as demais formas de poluição, não tem um conceito bem definido, sendo identificada pelas suas características principais. De qualquer forma, sempre aponta para o desperdício de luz.

Na doutrina espanhola, María Calvo, com pequena redução do conceito, escreveu:

La contaminación lumínica es en definitiva el aumento del brillo del cielo nocturno y, en consecuencia, la pérdida de la noche estrellada, causada por la dispersión de la luz artificial en los gases y partículas del aire debido a la mala calidad del alumbrado exterior. (CALVO, 2004, p. 26).

A poluição luminosa é pouco divulgada, e o mérito do trabalho de combate a ela é, certamente, dos astrônomos, que almejam o céu em condições de observação dos astros.

A Carta da Unesco, de 1994, advertiu: “Gerações futuras têm o direito a uma Terra sem poluição e destruição, inclusive o direito a um céu limpo”, já vislumbrando comprometimento das condições que permitam observá-lo e constatar, a olho nu, a existência de milhares de astros.

Reconhece-se, também, a partir dela, a luz intrusa, apontada como a luz que viola a limitação física desejada, ou seja, vai além do que é necessário.

Essas distorções no uso da luz geram problemas de várias ordens: econômica, social e ambiental. A primeira, decorrente do uso inadequado e excessivo de recursos naturais; a segunda, proveniente do incômodo provocado nas pessoas, atingindo o sossego, o descanso e o lazer delas, além da segurança no trânsito; a terceira, afetando a fauna e a flora (desorientação e atração de animais; influência no equilíbrio natural dos animais de vida noturna, afetando a reprodução; diminuição de insetos, alterando a polinização das plantas; influência no sentido de direção dos animais; alteração das interações de competição e relação entre presas e predadores, etc.). Além disso, reduz a visibilidade das estrelas, prejudicando a observação astronômica.

Mas, a partir desse contorno básico, podemos afirmar que ela se enquadra no conceito jurídico de poluição indicado no art. 3º, III, da Lei nº 6.938/1981, porque degrada a qualidade ambiental a partir de atividades que, direta ou indiretamente, prejudiquem a saúde, a

segurança e o bem-estar da população (alínea “a”), e afetem desfavoravelmente a biota (alínea “c”).

María Calvo (2004, p. 40) lembra que “los ciclos biológicos del ser humano están regulados por la alternancia del día y la noche, resultando la oscuridad natural nocturna indispensable para el logro de una correcta salud”.

No que se refere à influência na fauna, há um fato ocorrido no Brasil, como adiante se verá. O caso já se reproduziu na Grécia, como lembra a mesma autora:

Otro curioso ejemplo de daños a especies animales lo encontramos en el caso de las tortugas marinas de la isla de Creta. Al abrirse los huevos, las tortugas confundiendo la luz artificial proveniente de las construcciones edificadas con la luminiscencia de las olas producida por las estrellas, se dirigen en una dirección opuesta a la del mar y, con el nacimiento del nuevo día, mueren por deshidratación. (CALVO, 2004, p. 44).

Mas, generalizando, a jurista espanhola registrou:

Tan innegables como los daños a la atmósfera derivados del uso de lámparas inadecuadas son los daños provocados a la fauna y la flora. Tales perniciosos efectos sobre la biodiversidad no han sido hasta el momento considerados en toda su dimensión dado que se trata de una forma novedosa de contaminación y, en consecuencia, aún poco valorada y estudiada en sus justos términos. Sin embargo, tales efectos sobre la fauna y flora nocturna son evidentes, pues se trata de especies que precisan de la oscuridad para su supervivencia equilibrada. (CALVO, 2004, p. 43).

María Calvo, professora titular de Direito Administrativo da Universidade Carlos III, de Madrid, tem grande mérito por dedicar longo trecho de sua obra à poluição luminosa, objeto de raras referências na doutrina ambientalista.

Resolver problemas gerados pela poluição luminosa é uma questão que envolve conhecimento do problema e educação, aqui enten-

dida como disposição para solucioná-los. Também, diz respeito à Administração Pública, que deve promover a substituição das luminárias existentes nas vias e praças públicas, bem como redirecionar outras visando ao correto e suficiente aproveitamento da luz artificial. De outro lado, toca à coletividade, que deveria tomar conhecimento a respeito das causas dessa forma de poluição e das medidas para evitá-la, e se dispor a resolver o problema.

A iluminação adequada gera economia de energia e de recursos públicos e privados, e aumento da segurança, na medida em que a luz é utilizada para iluminar corretamente os espaços; contribui para melhores condições de saúde; permite harmonia nos ecossistemas e melhor observação do céu, além de aumentar produtividade dos empregados, com aumento dos lucros. Evitar a poluição luminosa é, também, uma questão econômica, com bons resultados para os particulares e para os entes estatais.

Por fim, a poluição luminosa não pode ser confundida com a poluição visual. Elas têm características bem marcantes, que não se identificam, mas que podem incidir, eventualmente, num mesmo caso.

A poluição visual diz respeito ao excesso de imagens, enquanto a luminosa diz respeito ao excesso ou mau direcionamento da luz. Pode ocorrer de a primeira se mostrar, durante a noite, com luzes utilizadas em excesso ou direcionadas incorretamente, alcançando áreas nas quais ela não é necessária. Neste caso, temos, em tese, ocorrência, numa mesma situação, das duas formas de degradação ambiental.

6. Responsabilidade

6.1. Níveis de responsabilização

A exigência de tríplice responsabilidade em casos de danos ao meio ambiente tem natureza constitucional.

Esta afirmativa decorre do disposto no § 3 do art. 225 da Constituição Federal, que tem a seguinte redação:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (BRASIL, 1988).

O texto prevê a necessidade de aplicação de sanções penais e administrativas (conjunção coordenada aditiva “e”), *independentemente* (advérbio utilizado com o mesmo significado da conjunção coordenada “e”) da obrigação de reparar os danos causados. Afasta, portanto, a possibilidade de exclusão de um daqueles níveis de responsabilização na medida em que evidencia a exigência de cumulação de sanções (a responsabilidade civil “C reparação dos danos, embora não seja tecnicamente uma sanção, aqui é assim considerada para efeito de argumentação).

É possível que se entenda a reparação do dano como causa extintiva da punibilidade do autor da infração ambiental. Entretanto, esta tese não vingaria por três motivos: 1) a Constituição Federal exige a cumulatividade; 2) a lei (com a exceção abaixo comentada) não a prevê como causa extintiva, e 3) houvesse possibilidade de se entender possível, jamais ocorreria a transação nos procedimentos da Lei nº 9.099/1995, referentes às infrações de menor potencial ofensivo⁴, pois a reparação do dano é *condição* para que o Ministério Público proponha a transação (Lei nº 9.605/1998)⁵. Se ela é *condição*, não pode ser, ao mesmo tempo, *causa extintiva da punibilidade*.

Mas o vigente Código Florestal, em seu artigo 60, inova ao prever, em seu § 2º, que “extingue-se a punibilidade com a efetiva regularização prevista nesta Lei”. O lado benéfico dessa previsão é o de que o infrator terá um incentivo para a reparação do dano, para evitar

⁴ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

⁵ Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

imposição de sanção penal. Contudo, inequivocamente, contraria a Constituição Federal, dispensando o autor do delito ambiental da sanção penal respectiva. A tríplice responsabilização deveria ser utilizada como cenário de advertência bastante para evitar que danos ao ambiente fossem provocados. O agente deveria, temendo a punição, não provocá-los, e não o contrário: provocá-los, normalmente em seu benefício, e, caso identificado o fato, procuraria minimizar os seus efeitos visando à não responsabilização criminal.

Não podem, pois, as leis que preveem infrações penais e administrativas desconstituí-las por meio de previsão de causa de extinção da punibilidade, como, por exemplo, a reparação do dano, pois, assim agindo, o legislador estaria desatendendo à Constituição Federal, excluindo a responsabilidade criminal.

Pode-se sustentar a desnecessidade da intervenção da tutela penal em temas ambientais, mas, na prática, ela se mostra extremamente útil, não apenas em seu caráter repressivo, mas, principalmente, preventivo. Até mesmo porque “C e isso é mais relevante “C o direito ao meio ambiente é direito da coletividade, difuso, e sua reparação integral sempre incerta na verdade, não demanda pronto restabelecimento, protraindo-se no tempo, com duração igualmente incerta. Não se pode, portanto, por esta razão, comparar-se o ilícito penal ambiental com simples furto, em que o patrimônio da vítima pode ser restabelecido de imediato. E outro motivo pode ser acrescido: os pequenos danos praticados, considerados conjuntamente, podem determinar grave intervenção na natureza, cujos efeitos não podem ser medidos no tempo e no espaço.

José Augusto de Vega Ruiz, magistrado do Tribunal Supremo da Espanha, lembrou:

La protección penal del medio ambiente en la legislación federal de los Estados Unidos se realiza a través de una serie de leyes ambientales sectoriales que incorporan preceptos penales, lo que comenzó sobre 1970 cuando se tomó consciencia de la insuficiencia de las medidas civiles y administrativas, revitalizando una antigua Ley en desuso, la Refuse Act o Ley de Deshechos de 1889, que contenía sanciones penales. (RUIZ, 1991, p. 11).

Isso mais que reforça o entendimento de que, em se tratando do meio ambiente, a tríplice responsabilização é necessária.

6.1.1. A responsabilidade civil

A Lei nº 6.938/1981 iniciou uma nova era no que se refere à reparação do dano ambiental, elegendo a responsabilidade objetiva no § 1º do seu art. 14, ao prever:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade [...] (BRASIL, 1981).

Paulo Affonso Leme Machado conseguiu sintetizar toda a teoria relativa a esse dispositivo:

A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos 'danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade' (art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente. (MACHADO, 2010, p. 361).

A previsão da Lei nº 6.938/1981 consagra a responsabilização de natureza objetiva quando os danos foram causados por poluidor, em razão de suas atividades, não importando quem seja o lesado: o *meio ambiente* ou *terceiro*.

No que se refere ao último, a lei introduziu uma inovação, pois o então vigente Código Civil, de 1916, em seu art. 159, previa:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553. (BRASIL, 1916).

Pelo que se nota, a responsabilidade do poluidor por dano causado a terceiro, antes da Lei nº 6.938/1981, estava condicionada à demonstração de dolo ou culpa. Com a edição da mencionada legislação, se a lesão decorre de ilícito ambiental, a responsabilidade passou a ser objetiva. Ela não se limitou, portanto, à responsabilidade quanto ao meio ambiente.

E poluidor, segundo define o inciso IV do art. 3º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, é “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.

A responsabilização, no cível (entenda-se *reparação do dano*), demanda uma análise mais profunda, relativamente ao que hoje se pratica. Normalmente se busca, por meio da ação civil pública (principal veículo jurídico utilizado para a proteção ambiental), a reparação imediata do dano, sem questionamento quanto a outros aspectos igualmente relevantes.

Já tivemos oportunidade de escrever (MARQUES, 2010, p. 65) que a *tentativa* de reparação de um dano ambiental é sempre pleiteada diante de uma visível consequência negativa. Assim, o desmatamento demanda reflorestamento. Mas não é só. Deve ser considerada a época em que o dano foi causado e os benefícios (serviços ambientais) que o meio ambiente deixou de gerar no período, não supríveis por qualquer tipo de ação humana. Esse prejuízo, discretamente causado na qualidade do ambiente e, consequentemente, na qualidade de vida, existiu e continua existindo até que a situação anterior seja *totalmente* restaurada. Mas isso não pode ser aferido, podendo-se, na

falta de critério objetivo para sua apuração, aceitar-se a reconstituição (no exemplo citado) da vegetação, associada a uma reparação pelo que não pode ser restabelecido, o que deve ser convertido em obras ou atividades que melhorem as condições do ambiente.

Dessa forma, as ações judiciais podem buscar obrigações de fazer, não fazer e indenizar, sempre cumulativamente.

6.1.1.1. Poluição sonora

Os efeitos nocivos da poluição sonora geram consequências de várias ordens: na área ambiental, na área trabalhista e na área previdenciária, além de demandar reflexos negativos no patrimônio público e privado.

Podemos assim descrever a repercussão jurídica na área da responsabilidade civil, quando resultam danos decorrentes da geração de poluição sonora:

Responsabilidade por danos ambientais

A poluição sonora foi, até um passado bem próximo, vista como um caso de conflito entre vizinhos, que não afetava o meio ambiente. Com base nesse entendimento, muitos foram os julgados dos tribunais a respeito da matéria, entendendo eles até mesmo que, por essa razão, não haveria legitimidade do Ministério Público para ingressar com a ação civil pública.

Mas essa fase foi passageira e hoje se reconhece, sem margem a divergência, com verdadeira jurisprudência formada, que a poluição sonora causa danos ao ambiente, com sérios reflexos para o homem, o maior beneficiário do meio ecologicamente equilibrado. Nesse sentido, julgados do Superior Tribunal de Justiça e de tribunais estaduais:

Processual civil. Ação civil pública. Meio Ambiente. Direito ao silêncio. Poluição sonora. Art. 3º, III, alínea 'e', da Lei 6.938/81. Interesse difuso. Legitimidade *ad causam* do Ministério Públi-

co. 1. Hipótese de Ação Civil Pública ajuizada com o fito de cessar poluição sonora causada por estabelecimento comercial. 2. Embora tenha reconhecido a existência de poluição sonora, o Tribunal de origem asseverou que os interesses envolvidos são individuais, porquanto afetos a apenas uma parcela da população municipal. 3. A poluição sonora, mesmo em área urbana, mostra-se tão nefasta aos seres humanos e ao meio ambiente como outras atividades que atingem a 'sadia qualidade de vida', referida no art. 225, caput, da Constituição Federal. 4. O direito ao silêncio é uma das manifestações jurídicas mais atuais da pós-modernidade e da vida em sociedade, inclusive nos grandes centros urbanos. 5. O fato de as cidades, em todo o mundo, serem associadas à ubiqüidade de ruídos de toda ordem e de vivermos no país do carnaval e de inumeráveis manifestações musicais não retira de cada brasileiro o direito de descansar e dormir, duas das expressões do direito ao silêncio, que encontram justificativa não apenas ética, mas sobretudo fisiológica. 6. Nos termos da Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), também é poluição a atividade que lance, no meio ambiente, 'energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos' (art. 3º, III, alínea 'e', grifei), exatamente a hipótese do som e ruídos. Por isso mesmo, inafastável a aplicação do art. 14, § 1º, da mesma Lei, que confere legitimação para agir ao Ministério Público. 7. Tratando-se de poluição sonora, e não de simples incômodo restrito aos lindeiros de parede, a atuação do Ministério Público não se dirige à tutela de direitos individuais de vizinhança, na acepção civilística tradicional, e, sim, à defesa do meio ambiente, da saúde e da tranqüilidade pública, bens de natureza difusa. 8. O Ministério Público possui legitimidade para propor Ação Civil Pública com o fito de prevenir ou cessar qualquer tipo de poluição, inclusive sonora, bem como buscar a reparação pelos danos dela decorrentes. 9. A indeterminação dos sujeitos, considerada ao se fixar a legitimação para agir na Ação Civil Pública, não é incompatível com a existência de vítimas individualizadas ou individualizáveis, bastando que os bens jurídicos afetados sejam, no atacado, associados a valores maiores da sociedade, compartilhados por todos, e a todos igualmente garantidos, pela norma constitucional ou legal, como é o caso do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da saúde. 10. Recurso Especial provido. (BRASIL, 2008a).

Ruído decorrente do acionamento do aparelho de ar condicionado: se ultrapassa o nível permitido para o período noturno, o

proprietário do imóvel deve adequar o ruído à legislação. Aplicação do princípio da precaução. (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

Duas observações são oportunas: 1. eventual identificação de algumas vítimas da poluição sonora não descaracteriza o interesse difuso, podendo estar presente nessa situação o dano causado a uma parcela maior da coletividade; 2. em caso específico de dano a pessoa determinada ou pessoas determinadas, estando ele limitado somente a elas, ou seja, de forma muito restritiva, é cabível a proposição de ação visando à obrigação de fazer/não fazer, conforme a hipótese, e indenização por dano moral, se configurado.

Responsabilidade do empregador, por perda auditiva e danos morais

O dano ambiental pode não ter caráter patrimonial (público ou privado), caso em que poderá ocorrer a hipótese do dano moral, tal como o admite o *caput* do art. 1º da Lei nº 7.347/1985.

José Rubens Morato Leite (2000, p. 286) lembra que o dano moral (coletivo), para seu reconhecimento, não exige também demonstração de culpa. Acrescenta que o valor resultante da indenização deverá ser recolhido para o fundo especial de reparação de interesses difusos lesados.

Os tribunais têm deferido indenização a esse título tanto à coletividade, quando os recursos serão canalizados para o fundo especial, quanto para a vítima identificada, em alguns casos.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70042835074, de 2011, em acórdão relatado pela Desembargadora Walda Maria Melo Pierro, decidiu que ocorre dano moral presumido, em se tratando do direito de vizinhança, quando o ruído gerado por aparelhos de ar condicionado é abusivo. Da ementa: “A caracterização do dano sonoro por ruído abusivo provocado pelo funcionamento do sistema de ar condicionado, que excederam em muito o aceitável, traz consigo a presunção do dano moral.” (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 0367906-85.2010.8.26.0000, de 2012, em acórdão relatado pelo Desembargador Mendes Gomes, entendeu:

Direito de vizinhança. Excessiva poluição sonora e atmosférica proveniente de atividade industrial realizada em imóvel vizinho ao do autor. Uso anormal da propriedade. Comprovação. Danos morais. Ocorrência na espécie. Indenização devida a este título. Procedência do pedido inicial. Sentença mantida. Apelo do réu improvido. Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. Para a fixação do valor do dano moral levam-se em conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, preponderando, em nível de orientação central, a ideia de sancionamento. (SÃO PAULO, 2012a).

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 791.653, de 2007, em acórdão relatado pelo Ministro José Delgado, entendeu como cabível a indenização por danos morais decorrentes de poluição sonora, extraindo-se da decisão:

2. [...] Realmente, informam os autos que, a partir dos elementos probatórios trazidos a exame, inclusive laudos periciais, a Corte *a quo* entendeu estar sobejamente caracterizada a ação danosa ao meio ambiente perpetrada pela recorrente, sob a forma de poluição sonora, na medida em que os decibéis utilizados na atividade publicitária foram, comprovadamente, excessivos. Por essa razão, como antes registrado, foi estabelecida a obrigação de a empresa postulante reparar o prejuízo provocado à população. (BRASIL, 2007).

Contrariamente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu:

Não há fundamento para a indenização do dano ambiental em si, do direito difuso, ante a peculiaridade do poluente: o ruído não se prolonga no tempo, não deixa sequelas na natureza e ocor-

re tão só enquanto a emissão ultrapassa o limite regulamentar. (SÃO PAULO, 2012b).

E da ementa da referida apelação: “Afasta-se o dano moral coletivo, pois o sofrimento psíquico que dá ensejo à indenização por dano moral é de caráter individual”. (SÃO PAULO, 2012b).

No mesmo sentido, julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Ação civil pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso especial improvido. (BRASIL, 2006a).

Relativamente a danos morais decorrentes de perda auditiva em ambiente do trabalho, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

I - Consoante firme orientação jurisprudencial da Corte, com o advento da Lei nº 6.367/76, não mais prevalecem as disposições da Súmula 229/STF, que exigia culpa grave do empregador para ensejar direito reparatório decorrente de acidente do trabalho, sendo suficiente a sua concorrência com culpa, em qualquer grau, ainda que leve, para a responsabilização, a qual foi reconhecida pelo aresto hostilizado, tendo em vista a falta de fornecimento de equipamentos de proteção individual pelo empregador - conforme reconhecido pelo laudo pericial -, não obstante o excessivo nível de ruído no ambiente de trabalho. II - A despeito da perda auditiva sofrida, o recorrente continuou em atividade na empresa, dando cumprimento ao seu contrato de trabalho, até atingir o prazo legal exigido para a aposentadoria, razão pela qual não faz ele jus a qualquer indenização a título de dano material, restando-lhe apenas o direito ao arbitramento pelos danos morais sofridos. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL, 2006b).

Admitido pelo julgado recorrido que o ambiente de trabalho era de alta poluição, impõe-se reconhecer a responsabilidade da empregadora na causação do dano e o consequente dever de indenizar pela incapacidade parcial e permanente daí resultante. (BRASIL, 2001).

Nesse sentido, aplicável ao assunto em pauta, irrelevante que se trate de não fornecimento ou fornecimento tardio de equipamento de proteção dos empregados, ou falta de fiscalização quanto ao seu efetivo e eficaz uso.

Responsabilidade do Estado, com pagamento de benefícios de caráter acidentário ou doença do trabalho

A Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, prevê, em seu art. 1º:

A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. (BRASIL, 1991).

A referida lei, no art. 86, disciplinou o auxílio-acidente:

O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. (BRASIL, 1991).

A lei, portanto, condiciona o deferimento do benefício à existência de sequelas e à redução da capacidade laborativa para a mesma atividade, comprovado o nexo causal.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu:

Previdenciário. Agravo regimental. Disacusia. Auxílio-acidente. Ausência de redução da capacidade laborativa... 1. Cediço que o benefício de auxílio-acidente não pode ser indeferido com base exclusivamente no grau de disacusia mínimo aferido de acordo com a Tabela de Fowler, conforme dicção da Súmula 44/STJ, segundo a qual 'A definição, em ato regulamentar, de grau mínimo

de disacusia, não exclui, por si só, a concessão do benefício previdenciário.' 2. Entretanto, a teor da Lei n. 8.213/91, a concessão do auxílio-acidente apenas se revela possível quando demonstrada a redução da capacidade laborativa, em decorrência da lesão, e o nexo causal. 3. O tema trazido nas razões de recurso especial já foi enfrentado pela Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.108.298/SC, processado pelo rito estabelecido pelo art. 543-C do CPC, sendo consolidado o entendimento de que para a concessão de auxílio-acidente, em virtude de perda auditiva decorrente do exercício da atividade laborativa habitual, é necessário que a seqüela acarrete a diminuição da capacidade de trabalho do segurado [...]. (BRASIL, 2014a).

Anteriormente, o mesmo tribunal já havia decidido:

I. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.108.298/SC, sob o rito dos recursos repetitivos, firmou entendimento no sentido de que, para a concessão do auxílio-acidente, com fundamento na disacusia, é necessário a comprovação do nexo de causalidade entre a atividade laborativa e a perda auditiva e a perda ou redução da capacidade laborativa do segurado. (BRASIL, 2013).

Assim, a União, independentemente de eventual responsabilização do empregador, responderá por poluição sonora existente em ambiente do trabalho, da qual resulte perda auditiva, mediante pagamento do auxílio-acidente.

Essa responsabilização significa, em última análise, que a coletividade estará sendo responsabilizada, na medida em que ocorre socialização dos ônus decorrentes da poluição produzida por alguma atividade. São recursos estatais utilizados para o pagamento dos benefícios.

a) Desvalorização imobiliária

Inegavelmente, há reflexo da poluição sonora no valor dos imóveis. É mais bem avaliado aquele situado em região tranquila, isenta do

excesso de ruídos. Ao contrário, suporta redução de valor aquele situado nas imediações de bares e similares, e indústrias, que produzem sons excessivos, seja interna ou externamente. A desvalorização, contudo, não atinge, de regra, o excesso de ruídos gerados por obras temporárias (mas a sua duração deve ser razoável e proporcional à sua dimensão, complexidade e eventuais variantes específicas).

É possível encontrar, em rápida consulta à *internet*, artigos e advertências dadas por administradores de imóveis a respeito da influência do excesso de ruídos na composição da avaliação de um imóvel⁶.

Demonstrado o prejuízo acarretado aos imóveis, decorrente de poluição sonora, é cabível a pretensão em juízo de se pleitear indenização correspondente. Deve figurar nas ações, como réu, o poluidor, assim entendido aquele que, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, nos termos do art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/1981, seja o “responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”. No caso, o gerador da poluição sonora.

6.1.1.2. Poluição visual

Estando o conceito de poluição visual, já delineado no item 4.3 deste trabalho, é inequívoco que, ocorrendo, demandará responsabilização.

Civilmente, pode-se pleitear reparação dos danos causados, com consequente remoção de mecanismos que a produzam.

A competência legislativa, no caso, é dos municípios, que devem disciplinar a matéria.

Existem precedentes sobre a matéria: a ação civil pública proposta na comarca de São Vicente, visando à remoção de placa publicitária

⁶ “Barulho e poluição sonora desvalorizam imóveis”. Disponível em: <<http://www.publicidadeimobiliaria.com/2011/07/barulho-e-poluicao-sonora-desvalorizam.html>>. Acesso em: 20 set. 2014; “Barulho excessivo causa desvalorização imobiliária”, *Repórter Diário*. Disponível em: <<http://www.reporterdiario.com.br/Noticia/39282/barulho-excessivo-causa-desvalorizacao-imobiliaria>>. Acesso em: 20 set. 2014.

instalada em imóvel do Ilha Porchat Clube, foi julgada procedente. O vencido interpôs a apelação, à qual o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento com a justificativa de que a matéria não estava regulamentada e, assim, de que havia presunção de legitimidade do ato administrativo autorizativo.

A ementa do julgado assim se expressa:

Ação civil pública. Placa de propaganda em ilha. Acusados danos estéticos e paisagísticos. Sentença de condenação dos réus na obrigação de retirar o reclame e de não instalar novos elementos no local. Falta de prova de existência de normas a autorizar o julgamento no sentido tomado, todavia. Licença concedida pelo Município. Inversão no resultado do julgamento. Recursos dos réus acolhidos, para esse fim. (SÃO PAULO, 2008a).

Entretanto, pensamos que não há necessidade de regulação, pelo município, para a responsabilização: basta que o fato configure poluição, de acordo com a definição que a ela deu o inciso III do art. 3º da Lei nº 6.938/1981. Em caso de existência de legislação municipal definindo poluição, esta deverá ser formulada em termos mais abrangentes do que aqueles contidos na legislação federal. Não se pode, contudo, confundir existência de autorização administrativa, para a qual é necessária, sem dúvida, a autorização do Poder Público, com a caracterização de poluição. São hipóteses distintas que podem, em determinado caso, incidir na mesma situação.

É preciso, ainda, que se verifique se eventual dano estético, por si só, configura, no caso concreto, a poluição. Pode ocorrer que não coincidam!

Como a poluição visual, de regra, não gera dano material, resulta, para ser perseguido judicialmente, o dano moral resultante do dano causado na paisagem e do mal-estar causado à coletividade com aquela inserção, sem prejuízo da eliminação dos equipamentos que a originou.

Dela tratou, embora restritivamente, o Decreto-Lei nº 25/1937, que organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, dispõe:

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto. (BRASIL, 1937).

No julgamento da Apelação nº 114.135.4/7-00, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi determinada a remoção de painel luminoso publicitário instalado indevidamente pelo município nas imediações de imóvel tombado, contrariando deliberação do Condepheet. O acórdão, de 2001, relatado pelo Desembargador Ribeiro dos Santos, tem a seguinte ementa: “Poluição visual. Área considerada patrimônio turístico e paisagístico da cidade. Submissão das autorizações municipais aos tombamentos [...]”. (SÃO PAULO, 2001a).

A competência para legislar sobre poluição visual é dos municípios, com base na Constituição Federal, nos artigos 30, I (interesse local) e VIII (ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano). Também encontramos fundamento no art. 23, VI, que atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios competência comum para “combater a poluição em qualquer de suas formas”.

Os referidos dispositivos estão indicados, inclusive, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no acórdão proferido na ADI nº 146.794-0/8-00, de 2008, relatado pelo Desembargador Ivan Sartori, como fundamento para o município legislar sobre poluição visual. A decisão apreciava a constitucionalidade da Lei nº 14.223/2006, do município de São Paulo, oportunidade em que a ação foi julgada improcedente e, dessa forma, reconhecida a constitucionalidade da lei, por votação unânime. (SÃO PAULO, 2008b).

O Agravo de Instrumento nº 611.984-5/8-000, de 2007, com acórdão relatado pelo Desembargador Laerte Sampaio, ainda acrescentou, para justificar a competência, o art. 24, VI, do texto constitucional federal. Discutia-se o *impedimento*, pela lei municipal, do livre exercício de profissão, argumento facilmente afastado pela decisão

com a justificativa de que “é legítima a atividade normativa do Município disciplinando a colocação de anúncios de propaganda objetivando conter a poluição visual ambiental e preservar a segurança nas vias públicas”. (SÃO PAULO, 2007a).

Julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, representado pelo acórdão proferido na Apelação Cível nº 70011527215, de 2005, relatado pelo Desembargador Araken de Assis, ao tratar da competência legislativa, consignou que “cabe ao Município regular e policiar a propaganda em meio aberto, seja qual for o veículo (*frontlights, moving signs, outdoors*), pois tal atividade é altamente nociva ao meio ambiente artificial [...]”. (RIO GRANDE DO SUL, 2005).

Fazemos um pequeno acréscimo a esse entendimento: além de afetar a estética do meio urbano, ainda afeta o bem-estar das pessoas.

A matéria está vinculada estreitamente com o direito de vizinhança. Assim foi reconhecido no Agravo de Instrumento nº 1.119.366-0/8, de 2007, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão relatado pelo Desembargador Willian Campos, com a seguinte ementa:

Direito de vizinhança. Ação de obrigação de fazer. Tutela antecipada. Prova inequívoca e risco concreto. Cabimento. É cabível a concessão da antecipação da tutela, quando existente prova inequívoca do direito pleiteado e do risco concreto da difícil reparação, respectivamente pela invasão da propriedade limítrofe na instalação da estrutura metálica de painel publicitário e pelo risco de sofrer penalidade administrativa por descumprimento da Lei Municipal sobre Anúncio e Fachadas de Prédios. (SÃO PAULO, 2007b).

Poderia parecer um exagero, mas essa conclusão somente seria admissível para aqueles que não se encontrem envolvidos em caso concreto. Basta a pessoa estar inserida num contexto de poluição visual para que ela sinta o desconforto de se deparar com o excesso de imagens na paisagem.

Um exercício bastante eficiente para comprovar a poluição visual é o de se ter uma fotografia com elementos visuais altamente poluidores e dela retirar o excesso inserido na paisagem, a fim de que se possa sentir a tranquilidade proporcionada pelo mesmo cenário, agora isento daquele tipo de degradação.

Com sustentação na Constituição Federal e no entendimento firmado pelos Tribunais, no sentido que cabe ao município legislar sobre poluição visual, foi editada a já mencionada Lei nº 14.223/2006, conhecida como “Lei Cidade Limpa”, de constitucionalidade reconhecida em vários julgamentos (Apelações nº 776.666 e nº 681.040, de 2008 e 2009, respectivamente, ambas da 3ª Câmara de Direito Público, e Apelação nº 746.521, de 2009, da 6ª Câmara de Direito Público, além da ADI nº 146.794-0, de 2008). Pretendia a lei paulistana a proteção da paisagem urbana diante da apropriação indevida do espaço público.

No município de Ribeirão Preto (SP), foram editadas duas leis com o mesmo propósito: a primeira, de nº 9.596/2002 (acrescentava dispositivos na Lei nº 8.541/1999), que dispunha sobre propaganda e publicidade ao ar livre e dá outras providências para evitar a poluição visual; a segunda, de nº 9.874/2003 (introduzia alterações na Lei Municipal nº 8.541/1999), que tratava do mesmo assunto. Ambas foram submetidas à apreciação do Órgão Especial do Tribunal do Estado de São Paulo, em 2004 e 2005, respectivamente.

A primeira, por maioria de votos, foi julgada improcedente, reconhecendo-se, portanto, a sua constitucionalidade. Entretanto, discutia apenas a iniciativa do processo legislativo, tendo entendido o Órgão Especial que ela também cabia ao Poder Legislativo, pois se tratava de *iniciativa concorrente*⁷.

A segunda, por maioria de votos, foi julgada procedente, reconhecendo-se a inconstitucionalidade por *vício de iniciativa*. Entendeu-se que era de *competência privativa do chefe do Executivo*⁸.

⁷ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. ADI nº 101.655-0/5-00, 1ª Câmara de Direito Criminal, Rel.: Des. Sinésio de Souza, 28 de outubro de 2004.

⁸ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. ADI nº 109.112-0/6-00, 1ª Câmara de Direito Criminal, Rel.: Des. Passos de Freitas, de 22 de junho de 2005.

De qualquer forma, as duas ações não questionaram, e assim os acórdãos não abordaram, a competência do município para legislar em matéria de poluição visual. Admitiram-na, implicitamente.

O art. 30 da Constituição Federal trata da competência do município, estabelecendo, em seu inciso VIII, que a ele cabe “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”. Esse dispositivo é sempre lembrado quando do julgamento referente às torres de rádio-base, sem que, com isso, se queira dizer que compete ao município regular essa atividade. Compete-lhe autorizar a instalação de torres, as quais, de regra, quando não integradas ao cenário natural ou urbano (camufladas sob a forma de árvores, por exemplo), causam danos à paisagem. Além das normas da Anatel, devem ser observadas as normas estaduais e municipais pertinentes à instalação física.

Visando a proteger a paisagem, também dispôs a Lei nº 11.934/2009:

Art. 10. É obrigatório o compartilhamento de torres pelas prestadoras de serviços de telecomunicações que utilizam estações transmissoras de radiocomunicação, conforme definição constante do art. 73 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1991, nas situações em que o afastamento entre elas for menor do que 500 (quinhentos) metros, exceto quando houver justificado motivo técnico. § 1º. O disposto no caput deste artigo não se aplica à utilização de antenas fixadas sobre estruturas prediais, tampouco as harmonizadas à paisagem. (BRASIL, 2009a).

A telefonia móvel alterou sensivelmente as paisagens rural e urbana nos municípios, com suas torres que causam danos à paisagem e, por isso, exige-se minimização da poluição visual.

A respeito da matéria decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 994.09.261648-7, de 2010, relatado pela Desembargadora Regina Capistrano, com a seguinte ementa:

Agravo de instrumento. Meio ambiente “C obrigação de fazer “C Falta de alvará de instalação e funcionamento de antena de ERB

e respectiva torre, embora instada a interessada na prestação do serviço a regularizar sua atividade de forma compatível com as posturas municipais "C Competência do município para legislar a respeito de assuntos de evidente interesse local "C Autorizações da ANATEL que não inviabilizam a exigência de alvarás e autorizações municipais. (SÃO PAULO, 2010a).

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 2008, apreciando a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 146.794-0/8-00, relativamente a dispositivos da Lei nº 14.223/2006, do município de São Paulo, que disciplina "a ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana", julgou-a improcedente com o argumento de que se trata de competência municipal substanciada no art. 30, I e VIII, da Constituição Federal, reportando-se, ainda, à competência concorrente para proibir a poluição em qualquer de suas formas, na forma do art. 23, VI, do mesmo texto.

O mesmo Órgão Especial, analisando o Incidente de Inconstitucionalidade de Lei nº 163.152-0/3-00, relativo a outros dispositivos da mesma lei, em acórdão relatado pelo Desembargador Ivan Sartori, de 2008, entendeu como constitucionais os questionados dispositivos, reportando-se à mesma fundamentação, no que se refere à competência para o município legislar sobre poluição visual. (SÃO PAULO, 2008c).

Em data anterior, em 29 de maio de 2007, a 3ª Câmara de Direito Público do mesmo tribunal, no Agravo de Instrumento nº 627.558-5/6, em acórdão relatado pelo Desembargador Laerte Sampaio, já havia entendido que "é legítima a atividade normativa do Município disciplinando a colocação de anúncios de propaganda objetivando conter a poluição visual ambiental e preservar a segurança nas vias públicas."

Já em 28 de novembro de 2007, na Apelação Cível nº 545.987-5/6-00, oriunda da comarca de Marília, a 12ª Câmara de Direito Público reiterou o entendimento expresso no julgamento antes citado, referindo-se à "segurança do trânsito". Extrai-se do acórdão, relatado pelo Desembargador Prado Pereira: "No caso em tela, a matéria atinente à publicidade ao ar livre é de interesse específico e peculiar do Município, na medida em que concerne ao uso do espaço urbano". (SÃO PAULO, 2007c).

Pertinente acrescentar a ementa de outro julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 2007, em que o relator, Desembargador Nogueira Diefenthaler, corrigiu o rumo de interpretações equivocadas, ao assim se expressar:

Processual civil. Tutela antecipada. Administrativo. Propaganda. Mídia exterior ('outdoors'). Restrição. Constitucionalidade. A Lei Municipal 14.223/2006 não proibiu, mas sim restringiu a aposição de mídia externa, pretendendo otimizar os espaços em que são expostas com o meio ambiente que as cerca. Inexistência de inconstitucionalidade explícita, ausência de '*fumus boni iuris*'. Recurso desprovido. (SÃO PAULO, 2008d).

Não se pode confundir, entretanto, a mera falta de autorização da Administração Pública com a efetiva ocorrência da poluição visual. Bem pode ocorrer de as duas situações demandarem punições distintas, dadas as infrações de natureza diversa. Havendo norma que imponha sanção relativamente à instalação de qualquer engenho para propaganda, sem autorização, deve a esse título ser punida a conduta, sem prejuízo de a situação configurar hipótese de poluição visual.

A autorização administrativa, por outro lado, não implica afirmar não ocorrência de poluição visual, verificação que pode ser feita com a aplicação do disposto no art. 3º da Lei nº 6.938/1981, que tem como decorrência a necessidade de combate, pelos legitimados. Estando a situação afastada da caracterização de poluição visual, cabe ao município disciplinar os locais em que serão permitidas suas instalações. Mas pode ele, também, estabelecer outros critérios que deverão ser observados pelo usuário da publicidade (dimensões e localização, por exemplo).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 623.512-5/8-00, interposto pela Prefeitura Municipal de São Paulo, em acórdão de 2007 relatado pelo Desembargador Danilo Panizza, evidenciou que não basta a autorização administrativa para se legitimar o uso de anúncios em público, devendo o usuário adequar-se às demais normas aplicáveis ao tema. A ementa traduz o entendimento:

Agravo de instrumento “C Poluição visual” “C Licença Prévia” “C Remoção cabível” “C Lei municipal nº 14.223/2006. A Administração tem legitimidade e competência para providências de remoção de anúncios de painéis, instalados de maneira irregular e que implicam em dano estético ao ambiente onde se encontram instalados a propaganda ou o anúncio, sem autorização prévia para tanto. A Lei 14.223/06 veda a colocação de anúncios publicitários nos imóveis públicos e privados, o que propicia legalidade a providência de fiscalização. Recurso provido. (SÃO PAULO, 2007d).

Sobre a competência legislativa dos municípios, reafirmou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 623.639-5/7-00, de 2007, em acórdão relatado pelo Desembargador Laerte Sampaio, que tratava da Lei nº 13.525/2003, do município de São Paulo, que “dispõe sobre a ordenação de anúncios, na paisagem do município de São Paulo”:

Constitucional. Administrativo. Colocação de anúncios. 1. É legítima a atividade normativa do Município disciplinando a colocação de anúncios de propaganda objetivando a conter a poluição visual ambiental e preservar a segurança nas vias públicas. 2. A nova lei deve respeitar o prazo de validade das licenças concedidas sob o império da legislação anterior em atenção à garantia constitucional do ato jurídico perfeito. Agravo improvido. (SÃO PAULO, 2007e).

É bom frisar que esse entendimento deve ser estendido a todas as situações idênticas, de qualquer município do País, sem margem para interpretação dissonante.

Também é prudente reafirmar que não há necessidade de que o município tenha legislação sobre o tema, bastando, como já se afirmou, que a situação esteja enquadrada no conceito de poluição expresso no art. 3º da Lei nº 6.938/1981. A legislação municipal regula a utilização do espaço urbano, enquanto a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, ainda que o fato esteja de acordo com a primeira, indica o conceito de poluição que, para ser afastada, não necessita daquela.

Merece atenção o fato relativo à responsabilização ao dano ambiental, que, não raras vezes, é confundido com a mera remoção dos engenhos publicitários em situação irregular. É necessário considerar dois aspectos: o primeiro, que, com a remoção, não há dano a partir dela; segundo, que, durante algum tempo, houve dano estético, que merece consideração, avaliação e, se for o caso, reparação, hipótese em que o valor da indenização deverá ser revertido ao fundo específico para reparação de interesses difusos lesados. Caso contrário, a remoção se confundiria com a reparação dos danos (estes, como se disse, já efetivados e mantidos durante certo período). Um aspecto é próprio do Direito Administrativo, enquanto o outro diz respeito ao Direito Ambiental, sem margem para que se fundam, necessariamente, na mesma solução. Se a questão não transborda o âmbito administrativo, não há que se falar em indenização por dano paisagístico, segundo decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação 247.379-5/9-00, de 2004, em acórdão do Desembargador Evaristo dos Santos.

No que se refere às torres referentes às estações de rádio-base de telefonia celular, e construções assemelhadas envolvendo eletromagnetismo, costuma-se confundir o fundamento legal que autoriza a intervenção do município nesses casos. É preciso distinguir, no fato, dois aspectos: a competência, no que se refere ao uso da tecnologia, é da União; a competência quanto ao aspecto urbanístico é do município. Assim, para a construção das torres e equivalentes é necessário que o município a autorize, mas a aplicação da tecnologia depende de autorização da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por seu Órgão Especial, no acórdão proferido na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0063372-35.2014.8.26.0000, de 2014, relatado pelo Desembargador Roberto Mortari, analisando a Lei Complementar nº 1.246/2001, do município de Ribeirão Preto, que dispõe sobre a implantação de antenas transmissoras/receptoras de telefonia móvel celular e telefonia fixa, decidiu com a seguinte ementa:

Arguição de Inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 1.246, de 15 de outubro de 2001, do Município de Ribeirão Preto, que

dispõe sobre a implantação de antenas transmissoras/receptoras de telefonia móvel celular e telefonia fixa no referido município. Diploma que se limita a tratar da matéria atinente a interesse local, cuidando de disciplinar a forma de ocupação do solo municipal, com vistas, inclusive, à proteção dos munícipes e à preservação do meio ambiente na localidade. Inocorrência de usurpação da competência conferida à União pelo artigo 22, IV, da Constituição Federal, para disciplinar os serviços de telecomunicações. Ausência de inconstitucionalidade. Arguição rejeitada. (SÃO PAULO, 2014).

Inegável, portanto, que o uso da paisagem não é ilimitado, sendo proibido quando configure poluição e quando se oponha a normas municipais.

6.1.1.3. Poluição eletromagnética

Regulam especificamente a matéria: a Lei nº 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, e a Lei nº 11.934/2009, que dispõe sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos. No Estado de São Paulo, especialmente, a Lei nº 10.995/2001⁹, que dispõe sobre a instalação de antenas transmissoras de telefonia celular nesse estado. Subsidiariamente, no entorno da discussão, o Código de Defesa do Consumidor.

A Lei nº 9.472/1997 estabelece, em seu art. 19, a competência da Anatel. Nela incluem-se: “expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções” (inciso XI) e “expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem” (inciso XII).

A Lei nº 11.934/2009, regulamentada, no âmbito de suas atribuições, pela Anatel, por meio da Resolução nº 303/2002, e pela Aneel, por intermédio da Resolução Normativa nº 616/2014, previu:

⁹ O comentário a esta lei particular do Estado de São Paulo é feito em virtude da discussão a respeito de sua constitucionalidade.

Art. 1º. Esta lei estabelece limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, associados ao funcionamento de estações transmissoras de radiocomunicação, de terminais de usuário e de sistemas de energia elétrica nas faixas de frequências até 300 GHz (trezentos gigahertz), visando a garantir a proteção da saúde e do meio ambiente. (BRASIL, 2009a).

Assim, considerou que a exposição humana aos mencionados campos está sujeita a danos, embora não definidos. E o comprometimento da saúde pública é suficiente para a caracterização do interesse difuso a legitimar, entre outros (art. 1º da Lei nº 7.347/1985), o Ministério Público a instaurar o inquérito civil e propor a ação civil pública respectiva.

No art. 4º, adotou os limites recomendados pela Organização Mundial da Saúde,

[...] para exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por estações transmissoras de radiocomunicação, por terminais de usuário e por sistemas de energia elétrica que operam na faixa até 300 GHz. (BRASIL, 2009a).

Excetuando-se, porém, “os radares militares e civis, com propósito de defesa ou controle de tráfego aéreo, cujo funcionamento deverá obedecer a regulamentação própria” (parágrafo único do art. 5º).

Revelou, dessa forma, sintonia com o disposto no *caput* do art. 225 da Constituição Federal.

A tecnologia representada pelas referidas emissões é recente, considerada a história da humanidade. Seus efeitos não são bem conhecidos e a opinião dos especialistas é bastante controversa. Ora se defende a não ofensa à saúde e ao meio ambiente, ora o contrário.

Essa situação de indefinição quanto às consequências para a saúde e para o meio ambiente (incerteza científica), não obstante constantes pesquisas a respeito, não afasta a conclusão de que elas poderão ser

graves e irreversíveis e, assim, não impede que se adotem medidas para prevenir a degradação ambiental e, em consequência, a saúde.

Considerando, especialmente, que não se antevê possibilidade prática de afastamento da tecnologia empregada nas telecomunicações e em muitos equipamentos utilizados no dia a dia, providências não convencionais deverão ser adotadas, atendendo-se ao princípio da precaução. Este não significa a proibição, desde já, das tecnologias, mas a observância de medidas para amenizar efeitos danosos ao ambiente e ao ser humano, para isso considerando o pior cenário para a coletividade (somente assim é que poderemos justificar as condições da ação).

A propósito, a respeito do tema, o parlamento europeu votou em 2009 a favor de uma lei que criou distâncias mínimas entre antenas e núcleos populacionais, com o argumento de que essas estações devem ficar afastadas de habitações humanas enquanto não houver consenso sobre a segurança da radiação emitida por elas.

Autorizados pela proteção constitucional e pela incerteza científica, que justifica a aplicação do princípio da precaução, podem agir os legalmente legitimados visando à adoção de condutas minimizadoras de efeitos negativos à qualidade de vida (qualidade ambiental, saúde e bem-estar).

A intensidade dos campos magnéticos pode ser questionada judicialmente. Assim, respondendo aos argumentos indicados na Apelação Cível nº 679.208-5/5-00, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão do Desembargador Renato Nalini, de cuja ementa se extrai:

Ação civil pública ambiental. Fornecimento de energia elétrica. Condenação da concessionária para adotar medidas para reduzir a intensidade dos campos eletromagnéticos oriundos das linhas de transmissão. Cabimento. Embora inexistir um estudo conclusivo sobre o tema, impossível desconsiderar, diante das investigações até então realizadas, a grande possibilidade dos campos eletromagnéticos de baixa frequência serem agentes carcinogê-

nicos para seres humanos. Aplicação do princípio da precaução. Recurso desprovido”. (No caso, a apelante era a empresa “Ele-tropaulo”, concessionária de energia elétrica do Estado de São Paulo). (SÃO PAULO, 2008e).

A competência para legislar sobre campos magnéticos não confronta com a competência para construção de rádio-base de telefonia celular. Uma coisa é tratar do eletromagnetismo; outra é da paisagem, no que se refere à construção de torres, fundando-se esta no art. 30, VIII, da Constituição Federal, pois se trata de licença urbanística (nesse sentido, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nas Apelações Cíveis nº 708713-5/4 e nº 0076703-31.2007.8.26.0000).

A Lei nº 10.995/2001, do Estado de São Paulo, dispôs sobre a instalação de antenas transmissoras de telefonia celular, estabelecendo, em seu art. 5º, que

[...] a base de sustentação de qualquer antena transmissora deverá estar, no mínimo, a 15 (quinze) metros de distância das divisas do local em que estiver instalada”, e, no art. 4º, que “o ponto de emissão de radiação da antena transmissora deverá estar, no mínimo, a 30 (trinta) metros de distância da divisa do imóvel onde estiver instalada. (SÃO PAULO, 2001b).

Sobre o art. 5º, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão proferido na Apelação Cível nº 919.544.5/6, de 2009, relatado pelo Desembargador Samuel Júnior, com a seguinte ementa:

Nunciação de obra nova. Construção de estação rádio-base de telefonia celular ‘ERB’. Sentença procedente. Constitucionalidade da Lei Estadual nº 10.995/2001. Distância de 15 metros da base em relação ao imóvel vizinho não atendida. Prevalência sobre norma da ANATEL. Demolição ou remoção da torre. Preliminares afastadas, recursos desprovidos. (SÃO PAULO, 2009).

No mesmo tribunal, o Desembargador Urbano Ruiz, relatando o Agravo de Instrumento nº 459.526.5/1-00, de 2006, registrou o en-

tendimento vencedor, relativamente à Lei nº 10.995/2001, de que o Estado podia legislar sobre a matéria sob a ótica da defesa da saúde. Do julgado se extrai:

Não estava o Estado, à evidência, legislando sobre telecomunicações ou urbanismo, mas sobre a proteção e defesa da saúde, nos termos do art. 24, XII, para a qual tem competência concorrente. (SÃO PAULO, 2006).

Não obstante outros julgados também tenham registrado entendimentos de que a lei estadual paulista era constitucional¹⁰, o Órgão Especial daquele tribunal, por maioria de votos, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0265129-22.2010.8.26.0000, de 2011, em acórdão relatado pelo Desembargador Xavier de Aquino, deu-a como inconstitucional, por invadir competência da União, entendendo que afrontava os artigos 22, IV, combinado com o art. 21, XI, da Constituição Federal (competência legislativa e competência material privativa da União). Na divergência, declarando seu voto, o Desembargador Renato Nalini sustentou sua interpretação no princípio da precaução e, assim, aplicáveis as normas de prevenção adotadas pela lei estadual. (SÃO PAULO, 2011).

Embora o entendimento produza efeitos *inter partes*, as Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem estendido essa interpretação a outros casos.

Relativamente à lei paulista, existem, ainda sem julgamento, duas ações diretas de inconstitucionalidade propostas perante o Supremo Tribunal Federal (ADI nº 2.902 e nº 3.110), sem liminares. Em ambas, o parecer do Ministério Público registra opiniões diversas. Na primeira, ele entendeu-a constitucional, analisando-a sob o ângulo da saúde pública; na segunda, optou pela inconstitucionalidade, considerando o enfoque dado à ação, ao vislumbrar afronta à Constituição Federal na medida em que estabelece “um limite à potência irradiada pelas estações transmissoras”.

¹⁰ Entre elas, as Apelações Cíveis nº 621.509-5/0-00, de 2007, com acórdão relatado pelo Des. Renato Nalini; nº 1277103-0/8, de 2009, com acórdão relatado pelo Des. Pedro Baccarat, e nº 1126179-0/0, de 2008, com acórdão relatado pela Des. Berenice Marcondes Cesar.

6.1.1.4. Poluição luminosa

A atuação judicial, a título de responsabilidade civil por dano ambiental, é inegavelmente difícil. Isso porque o tema sequer foi objeto de estudos na doutrina nacional, revelando-se, hoje, verdadeira novidade.

Contudo, embora não tenha sido tema para uma ação, a poluição luminosa, na área administrativa e no Legislativo, já foi abordada e resultou em importante medida de proteção para a fauna.

O projeto Tamar, na Bahia, visa à proteção das tartarugas marinhas com relação à poluição luminosa, porque, quando nascem, muitas são atraídas pela luz emanada pelo reflexo do mar. A presença de fortes luzes artificiais próximas aos locais de postura dos ovos afugenta as tartarugas que chegam para a desova e desorienta os filhotes, que se afastam do mar e acabam sendo atropelados em estradas próximas, ou desidratadas em áreas de restinga.

Para combater os efeitos nocivos do excesso de luz ou da luz mal dirigida, o Ibama editou, em 1995, a Portaria nº 11. Entre os seus *considerandos*, para justificar a edição da norma, consignou: “a necessidade da proteção e manejo das tartarugas marinhas existentes no Brasil” e o fato de que 1) “em algumas praias primordiais para a manutenção das populações de tartarugas marinhas estão se implantando projetos de desenvolvimento urbano”, 2) “as fêmeas matrizes de tartarugas marinhas se desencorajam a realizar postura na presença de iluminação direta e de outras perturbações”, 3) “as luzes de edificações próximas à praia, de iluminação pública, de veículos e outras fontes artificiais interferem potencialmente na orientação de filhotes recém-nascidos no seu trajeto praia/mar” e 4) “as alterações ambientais desta ordem criam impactos irreversíveis sobre o êxito do aninhamento”.

No Estado da Bahia, a Lei nº 7.034/1997, que “proíbe uso de fonte de iluminação que ocasione intensidade luminosa superior a zero lux tendo em vista proteger as tartarugas marinhas no litoral norte”, apontou locais de notificação daqueles quelônios, que devem utilizar luminárias especialmente desenhadas para que a luz não incida

diretamente sobre a praia, incluindo a área, no sul do Estado, entre Prado e Ponta do Corumbau.

A fauna poderá ser protegida, tendo em vista a poluição luminosa, com fundamento no conceito de poluição apontado na Lei nº 6.938/1981.

As demais consequências degradadoras do ambiente e da qualidade de vida (indicadas no item 4.5 deste trabalho), decorrentes dessa espécie de poluição, poderão ser objeto de instauração de inquérito civil, pelo Ministério Público; de ação civil pública, pelos entes legitimados pela Lei nº 7.347/1985, e de ação popular, por qualquer cidadão.

Entretanto, admitimos que, diante da repercussão tão intensa e tão grave dos demais tipos de poluição, o tema pode parecer um excesso. Mas não é porque as demais formas de poluição são graves que devemos deixar que esta chegue à situação da irreversibilidade dos danos. Essa tolerância não encontrara respaldo na legislação em vigor.

6.1.2. A responsabilidade penal

A Lei nº 9.605/1998 propunha-se a dispor “sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”. Pretendia reunir, numa única lei, todas as infrações penais contra o meio ambiente. Mas não esgotou os tipos penais, remanescendo alguns em outras leis por ela não alcançados. Assim, como exemplo, citamos a Lei nº 6.453/1977, que tratou da responsabilidade civil por danos nucleares e da responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares.

Contudo, para efeito de nosso trabalho, a Lei nº 9.605/1998, conhecida como “Lei de Crimes Ambientais”, será o texto normativo básico para a análise da repercussão criminal da poluição sonora, da visual, da eletromagnética e da luminosa.

A responsabilidade penal, no que se refere aos crimes ambientais, deve observar o caráter preventivo do Direito Ambiental, única for-

ma de fazer prevalecer os bens que proporcionam sadia qualidade de vida. Essa questão foi muito bem analisada pelo Desembargador Flávio Fenoglio Guimarães, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão por ele relatado, referente à Apelação Criminal nº 01030854.3/4-0000-000, de 2007. Da decisão, destaca-se:

Em conclusão, o caráter preventivo do Direito Ambiental para reprimir os atos potencialmente lesivos ao meio ambiente é traduzido em tipos como o dos presentes autos, visando proteger a fauna ictiológica. Bem por isso exigir-se o resultado (dano efetivo à fauna aquática e ao meio ambiente) para que se admita a hipótese de repressão penal, não se coaduna com os postulados que norteiam a tutela ambiental. (SÃO PAULO, 2007f).

Dentre os crimes previstos na referida lei, temos um delito aplicável a essas *novas* formas de poluição. É o crime do art. 54, que apresenta o seguinte texto:

Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: pena [...]. (BRASIL, 1998).

Sem dúvida alguma, é o tipo penal aplicável à poluição visual (em parte), eletromagnética e luminosa.

Contudo, é entendimento prevalente (embora com ele não concordemos) que “para a caracterização do delito previsto no art. 54 da Lei nº 9.605/98, a poluição gerada deve ter o condão de, ao menos, poder causar danos à saúde humana” (BRASIL, 2006c).

O § 3º daquele dispositivo prevê a figura omissiva¹¹, a respeito da qual entendeu o Supremo Tribunal Federal¹² que, nela, “não se exi-

¹¹ Art. 54. Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

¹² Supremo Tribunal Federal. HC nº 90.023-2, de 2007, Relator Ministro Menezes Direito.

ge, no entanto, a ocorrência de qualquer resultado material decorrente da omissão, mas tão somente de risco efetivo de dano”.

Façamos uma análise do dispositivo, considerando cada forma de poluição tratada neste trabalho.

6.1.2.1. Poluição sonora

Para a correta análise do crime de poluição sonora, necessitamos recorrer ao texto original da lei, constante do projeto respectivo, e que foi aprovado pelas Casas Legislativas.

O legislador havia previsto, no art. 59 do projeto, especificamente, o crime de poluição sonora, com esta redação:

Art. 59. Produzir sons, ruídos ou vibrações em desacordo com as prescrições legais ou regulamentares, ou desrespeitando as normas sobre emissão ou imissão de ruídos e vibrações resultantes de quaisquer atividades.

No entanto, invocando a existência do art. 42 da Lei das Contravenções Penais como suficiente para reprimir condutas da espécie, o Presidente da República vetou o dispositivo da seguinte forma¹³:

O bem juridicamente tutelado é a qualidade ambiental, que não poderá ser perturbada por poluição sonora, assim compreendida a produção de sons, ruídos e vibrações em desacordo com as prescrições legais ou regulamentares, ou desrespeitando as normas sobre emissão e imissão de ruídos e vibrações resultantes de quaisquer atividades. O art. 42 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, que define as contravenções penais, já tipifica a perturbação do trabalho ou do sossego alheio, tutelando juridicamente a qualidade ambiental de forma mais apropriada e abrangente, punindo com prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa, a perturbação provocada pela produção de sons em níveis inadequados ou inoportunos, conforme

¹³ Mensagem nº 181, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1998/Vep/181-98.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2015.

normas legais ou regulamentares. Tendo em vista que a redação do dispositivo tipifica penalmente a produção de sons, ruídos ou vibrações em desacordo com as normas legais ou regulamentares, não a perturbação da tranquilidade ambiental provocada por poluição sonora, além de prever penalidade em desacordo com a dosimetria penal vigente, torna-se necessário o veto do art. 59 da norma projetada.

Embora o argumento presidencial seja, com o devido respeito, insubsistente, o texto foi excluído do mundo jurídico, remanescendo, a título de poluição, o delito do art. 54 da mesma lei (também trataremos, a seguir, do art. 65, no capítulo específico).

Temos que avaliar, então, se o delito do art. 54 seria aplicável ao crime de poluição sonora. Pensamos que não.

Inicialmente, havia dois crimes previstos: um genérico, do art. 54, e outro específico, do art. 59. Isso porque, dentre as formas de poluição aqui tratadas, a sonora é a que mais se destaca por causar incômodo, enquanto as demais agem discretamente, sem causar impacto visual e sem apresentar consequências negativas imediatas.

Vetado o crime específico, não se pode transpor para aquele delito, aplicável genericamente à poluição (art. 54), o conteúdo do dispositivo vetado, porque entendeu o órgão sancionador, não obstante o equívoco no tratamento dado à hipótese, que já havia crime de poluição sonora suficientemente previsto. Isso significa que o Chefe do Poder Executivo Federal não pretendia a criação de um delito próprio para a poluição sonora e, assim, afastou-o com o veto.

Sobre esse tema, importa registrar o fato de que alguns tribunais têm adotado interpretação diversa, configurando-se o crime de poluição sonora com base no art. 54 da Lei de Crimes Ambientais.

Registre-se a ementa do acórdão proferido na Apelação Criminal nº 990.09.322736-3, de 2010, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatado pelo Desembargador Luís Soares de Mello:

Crime ambiental. Poluição (art. 54, da Lei nº 9.605/98). Entidade que produz nível excessivo de ruídos durante a realização de bailes em período noturno. Provas seguras de autoria e materialidade. Palavras coerentes e incriminatórias de testemunhas. Laudos periciais constatando o excesso de barulho. Versão exculpatória inverossímil. Desclassificação para a contravenção prevista no art. 42, III da LCP. Impossibilidade. Condenação imperiosa. Responsabilidade inevitável. Apenamento criterioso. Apelo improvido. (SÃO PAULO, 2010b).

O Superior Tribunal de Justiça, no RHC nº 30.641, em acórdão de 2014, relatado pelo Ministro Nefi Cordeiro, entendeu que

a alegação de insuficiência do ruído para gerar danos ao aparelho auditivo humano exige valoração não apenas dos níveis de ruído em decibéis, mas também do período de tempo de exposição/emissão. (BRASIL, 2014b).

Manteve, assim, processo instaurado para apuração do delito previsto no art. 54 da Lei nº 9.605/1998.

Em outro julgado do mesmo tribunal, de 2006, relatado pelo Ministro Felix Fischer, no acórdão proferido no HC nº 54.536, decidiu-se que “para a caracterização do delito previsto no art. 54 da Lei nº 9.605/98, a poluição gerada deve ter o condão de, ao menos, poder causar danos à saúde humana [...]”. Tratava-se de som emitido do interior de veículo estacionado na via pública, em nível superior ao permitido pela legislação municipal. Em consequência, operou a desclassificação daquele crime para a contravenção do art. 42 do Decreto-Lei 3.688/1941, denominado Lei das Contravenções Penais.

O mesmo tribunal proferiu outras decisões bastante conflitantes. No acórdão proferido no HC nº 60.654, de 2009, relatado pelo Ministro Nilson Naves:

Considerando que a Lei nº 9.605/98 dispõe sobre condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, nela não se enquadra, relativamente ao art. 54 (...), a conduta de realizar atividades em bar

com emissão de sons e ruídos, ainda que muito acima do volume permitido. Já no HC 159329, de 2011, em acórdão relatado pelo Ministro, adotou o entendimento de que a poluição sonora “não é expressamente excluída do tipo legal. (BRASIL, 2009b).

O Decreto-Lei nº 3.688/1941, em seu art. 42, dispõe:

Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios:

I “C com gritaria ou algazarra;

II “C exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III “C abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

IV “C provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda: Pena [...]. (BRASIL, 1941).

Efetivamente, o texto do dispositivo está longe de pretender proteger o meio ambiente. Aliás, em 1941, ano da edição do decreto, nada se falava em proteção ambiental, tendo a previsão sido inserida no Capítulo IV, que trata das contravenções referentes à *paz pública*. Isso significa, em última análise, que se pretendeu cuidar do *direito de vizinhança*.

Do uso nocivo da propriedade tratava o Código Civil de 1916, em seu art. 554 (Dos direitos de vizinhança): “O proprietário ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam”. O texto foi revigorado no Código Civil de 2002, no art. 1.277 (Do uso anormal da propriedade), embora com redação distinta:

O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo único. Proíbem-se as interferên-

cias considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança. (BRASIL, 2002).

Evidencia-se, dessa forma, que a contravenção mencionada é imprópria e insuficiente para se combater a poluição sonora. Mas, em razão do veto ao art. 59 da Lei nº 9.605/1998, resta como único meio de fazê-lo.

6.1.2.2. Poluição visual

Dos tipos previstos na Lei nº 9.605/1998, o único que se adequa à poluição visual é o do art. 65, que tem a seguinte redação:

Pichar ou por qualquer outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano: Pena [...] Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa. (BRASIL, 1998).

O texto original desse dispositivo incluía o verbo *grafitar* e resultava no seguinte texto: “Pichar, grafitar ou por qualquer outro meio conspurcar [...]”. A Lei nº 12.408/2011 excluiu o *grafite* da maneira de apresentação do crime.

Contudo, a aplicação do art. 65 implica interpretações de variadas espécies.

Mesmo com o texto original alterado, temos que fazer uma distinção entre *pichar* e *grafitar*, porque, num primeiro momento, é essa situação que determinará a caracterização ou não do delito.

De acordo com o Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, *grafitar* é “executar grafites em; riscar, rabiscar, pichar”. Para ele, *grafite* é “rabisco ou desenho simplificado, ou iniciais do autor, feitos, ger. [geralmente] com aerossol de tinta, nas paredes, mu-

ros, monumentos etc., de uma cidade”. *Pichar*, na mesma obra, é “aplicar ou colocar piche em”. Verifica-se, portanto, que gramaticalmente os termos têm o mesmo sentido. Contudo, no uso diário, *pichar* tem sentido negativo, de manifestação indesejada, enquanto *grafitar* representa uma forma de manifestação artística, desenho que agrada, que decora.

É certo que, em algumas ocasiões, será fácil distinguir, no caso concreto, uma e outra conduta. Contudo, haverá situações em que essa interpretação ficará ao sabor da sensibilidade artística de quem a analisa. Há um campo em que o mau gosto do desenho, lançado como grafite, terá o contorno de pichação, o que exigirá redobrado cuidado do aplicador do direito.

Rodolfo de Camargo Mancuso, tratando dos aspectos jurídicos da pichação, a respeito da terminologia, comenta:

[...] o piche é uma substância ‘*negra, resinosa, muito pegajosa*’, como esclarece o dicionarista [Gilberto de Mello Kujawski], e assim bem se compreende a *genesis*, na linguagem popular, das expressões *pichação* e *pichador*: elas são bem expressivas e falam por si mesmas quando retratam a triste realidade dos muros e paredes das cidades brasileiras, após receberem o ‘tratamento estético’ por parte dos ditos ‘pichadores’ [...]. (MANCUSO, 1992, p. 158-159, grifo do autor).

Depois, complementa:

[...] parece ter ocorrido um desvirtuamento exacerbado do quadro inicial, porque os chamados *grafites* perderam sua graça e originalidade, para se tornarem, em alguns casos, simplesmente agressivos; em outros, de extremo mau gosto; noutros ainda, reunindo ambas essas características [...]. (MANCUSO, 1992, p. 158-159, grifo do autor).

De qualquer forma, exige-se, para a caracterização do crime, que haja *conspuração*, o que, segundo o Grande Dicionário Houaiss da Lín-

gua Portuguesa, é “poluição, sujeira, sujidade, mancha”. Somente está configurada essa infração se houver vestígios, ou seja, inscrições que possam ser analisadas, objeto de perícia. Crime material, pois.

Demanda, ainda, que, nos termos do *caput* do dispositivo, seja a pichação inscrita em edificação ou monumento urbano, excluindo, certamente a zona rural, o que revela a insuficiência do texto, haja vista que a poluição visual também pode ocorrer nesta, contaminando com imagens indesejáveis ou inoportunas alguma paisagem natural de significativa beleza. Podemos citar, como exemplo, a Apelação Cível nº 000.295.312-3/00, de 2003, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, com acórdão relatado pelo Desembargador Wander Marotta, tratando de um letreiro, no Pico do Ibituruna, “gerando poluição visual”.

Entretanto, mesmo que excluída a persecução penal, no âmbito civil poderá ser demandada a sua eliminação.

6.1.2.3. Poluição eletromagnética

O único delito aplicável à hipótese é aquele previsto no art. 54 da Lei 9.605/1998:

Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora [...]. (BRASIL, 1998).

Raríssimos são os casos, sob o ângulo da poluição eletromagnética, de crime ambiental. E isso se justifica porque, normalmente, para se atacar aquela, costuma-se invocar o princípio da precaução, pelo qual a falta de certeza científica não impede adoção de medidas de proteção do ambiente. Daí concluiu-se que o conhecimento hoje existente a respeito dos efeitos negativos da radiação gerada por equipamentos elétricos e eletroeletrônicos ainda são incipientes para proporcionar uma afirmação sobre seu potencial de afetar a qualidade ambiental e, assim, a qualidade de vida do ser humano (bem-estar e saúde).

O Superior Tribunal de Justiça, julgando o HC nº 147.541, em acórdão relatado pelo Ministro Celso Limongi, de 2010, em que se discutia a responsabilidade do réu por fato que envolvia a telefonia celular, entendeu que o princípio da precaução não pode ser utilizado com reflexos criminais: “possíveis efeitos biológicos em seres humanos ainda não são completamente conhecidos”. Determinou, por conseguinte, o trancamento da ação penal. (BRASIL, 2011b).

Novas tecnologias geram, normalmente, dúvida imensa quanto aos efeitos que caracterizam danos ambientais, os quais, quando comprovados, decorrido muito tempo, são alcançados pela prescrição. Assim, o princípio da precaução, um dos mais importantes do Direito Ambiental, produz resultado satisfatório na área cível, mas são de nenhuma valia para o Direito Penal. A falta de certeza científica, se pode ser suporte para uma medida judicial no cível, revela-se insuficiente para indicar que as consequências do uso da tecnologia em questão possa “resultar em danos à saúde humana”. Isso estaria, também, sempre dependente da comprovação do nível da emissão das ondas, pois o tipo penal utiliza a expressão “em níveis tais”.

6.1.2.4. Poluição luminosa

Da mesma forma que a poluição eletromagnética, a poluição luminosa encontra tipificação penal no art. 54 da Lei nº 9.605/1998.

Embora seja de trato mais difícil no âmbito civil, sua repercussão no campo penal é mais aceitável, pois, seguindo a orientação emanada do Superior Tribunal de Justiça¹⁴, no sentido de que a caracterização do delito “deve ter o condão de, ao menos, poder causar danos à saúde humana”, a comprovação destes é mais acessível. Para tanto, basta conferir a possibilidade de configuração de poluição, tal como proposto no art. 3º, III, da Lei nº 6.938/1981, e analisar as consequências dela, expostas no item 4.5 deste trabalho.

A possibilidade de demonstração imediata dos danos causados à saúde humana pela poluição luminosa é maior do que a que se

¹⁴ Entre outros julgados, o acórdão proferido no HC nº 54.536.

refere à poluição eletromagnética, que se escora no princípio da precaução, sem repercussão na esfera penal.

A dificuldade, porém, fica por conta da inexistência de fixação de níveis de emissão. A medição deles também oferece resistência à caracterização, especialmente porque esse tipo de poluição não deixa resíduo no ambiente. Se, por um lado, dificulta, por outro não impede, desde que se demonstre que a emissão atingiu nível que possa resultar em danos à saúde humana.

6.1.3. A responsabilidade administrativa

As infrações administrativas ao meio ambiente estão previstas no Decreto nº 6.514/2008. Seu artigo 2º conceitua como infração administrativa ambiental “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”, prevista na Seção III, que inclui, em suas subseções, as infrações contra a fauna e a flora e aquelas relativas à poluição e outras infrações (subseções I, II e III, respectivamente).

Como já vimos neste trabalho, a poluição sonora, a visual, a eletromagnética e a luminosa, salvo excepcionálissimos casos, não deixam resíduos no ambiente que permitam avaliação mais precisa da conduta degradadora. Isso dificulta o reconhecimento de infrações administrativas, como as demais, aliás.

Das subseções indicadas, aquelas referentes à fauna e à flora não permitem responsabilização na área administrativa, no que se refere ao objeto deste trabalho, pois os dispositivos delas constantes não deixam margem a tanto, contendo condutas bem delineadas e que não admitem influências das novas formas de poluição.

Assim, remanesce o disposto no art. 61, da subseção III, com o seguinte texto: “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição da biodiversidade.”

O art. 62 relaciona condutas e omissões que equivalem ao disposto no artigo antecedente, mas, mesmo assim, deixa possibilidade de

responsabilização em apenas um dos dezessete incisos, a saber: “VII C - deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução ou contenção em caso de risco ou de dano ambiental grave ou irreversível.”

Embora o inciso VII do art. 62 utilize o substantivo “precaução” em seu texto, trata-se de aplicação do princípio da prevenção. Não está incorreto o seu uso, mas poderia sugerir que se tratasse do princípio da precaução, que tem características próprias, bem marcantes, diferentes daquela que ostenta o outro.

O princípio da precaução, com previsão no art. 15 da Declaração do Rio, pode ser extraído da seguinte situação: “Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”

A aplicação desse princípio, para efeito de responsabilização administrativa, conquanto fosse importante, revela verdadeira incompatibilidade com o disposto no Decreto nº 6.514/2008, fundado em fatos já cientificamente comprovados ou em presunções legais.

O mencionado inciso VII tem aplicação para os casos em que o dano ambiental grave e irreversível já esteja suficientemente previsto. E, ainda, para sua efetivação há necessidade, de acordo com o disposto, de que a autoridade competente o exija, o que deixa reduzidíssima margem para aplicação naqueles fatos envolvendo os tipos de poluição aqui analisados.

Mas “C e isso é importante “C, se a autoridade competente reconhecer “C mesmo aplicando o princípio da precaução, que medidas de prevenção devam ser adotadas, o inciso VII pode lastrear a autuação e, conseqüentemente, reconhecer a ocorrência de infração ambiental, dando-se início ao processo administrativo de que tratam os artigos 94 e seguintes, do mesmo decreto.

Admitindo-se a configuração de infração administrativa, tal como previsto no art. 61 do Decreto nº 6.514/2008, ou sua fórmula equi-

valente indicada no inciso VII do art. 62, da mesma legislação, estará sujeita às sanções apontadas no art. 3º, compatíveis com as características especiais dos tipos de poluição ora avaliados, a saber: advertência, multa simples, multa diária, destruição ou inutilização do produto, suspensão de venda e fabricação do produto, embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas, demolição da obra, suspensão parcial ou total das atividades e restritiva de direitos. Não se perca de vista que estas sanções devem ser aplicadas em processo administrativo, cujo procedimento a lei prevê.

As sanções têm aplicação, considerando-se a natureza do fato gerador da autuação e da repercussão para o meio ambiente e para a comunidade, sem descuidar-se do fato que se deve prestigiar, sempre, a cessação dos efeitos nocivos e a reparação do dano ambiental já causado.

Além da indicação dos artigos 61 e 62, VII, o Decreto nº 6.514/2008 também aponta, em seu art. 75, infração que se relaciona em especial ao tema deste trabalho, com o seguinte texto:

Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação alheia ou monumento urbano: multa de [...]

Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada, a multa é aplicada em dobro. (BRASIL, 2008b).

É curioso observar que o legislador retirou o verbo *grafitar* da previsão criminal originalmente inserida no art. 65 da Lei nº 9.605/1998, o que fez por meio da Lei nº 12.408/2011, enquanto o Poder Executivo não fez o devido ajuste na norma regulamentadora. Assim, o *grafite* “C textualmente analisando o Decreto nº 6.514/2008_C constitui infração administrativa, mas não penal. Pensamos que o intérprete deve também excluir o *grafite* do texto definidor de infração administrativa, estabelecendo equivalência entre os dois níveis de punição.

É importante assinalar que eventual prescrição da pretensão punitiva, relativamente às infrações administrativas e penais, não desonera o degradador em relação à reparação do dano e a eventuais obrigações de fazer e/ou de não fazer, no tocante à sua atividade.

Dentre as normas a serem observadas quanto à responsabilidade administrativa pela poluição visual, podemos citar também, subsidiariamente, o Código de Trânsito Brasileiro e o Código Eleitoral.

O primeiro, em seu art. 81, dispõe:

Nas vias públicas e nos imóveis é proibido colocar cartazes, publicidade, inscrições, vegetação e mobiliário que possam gerar confusão, interferir na visibilidade da sinalização e comprometer a segurança do trânsito. (BRASIL, 1997).

Essa norma não é, propriamente, destinada à proteção da paisagem, pois se destina à segurança no trânsito. Dessa forma, ainda que, em determinado lugar, a norma municipal permita a instalação de uma forma de publicidade, estará vedada se infringir o Código de Trânsito Brasileiro.

O segundo tem finalidade mais ajustada ao combate à poluição visual, prevendo em seu art. 243:

Não será tolerada propaganda: [...] VIII. Que prejudique a higiene e estética urbana ou contravenha a posturas municipais ou a outra qualquer restrição de direito”. Pretendeu-se, com isso, evitar o excesso de imagens em locais públicos e privados, a fim de não ofender a estética natural do meio. (BRASIL, 1965).

Para as eleições de 2014, a Resolução nº 23.404, do Tribunal Superior Eleitoral, regulamentou a matéria referente à publicidade de partidos e candidatos, assim dispondo:

Art. 12. Em bens particulares, independe de obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral a veiculação de propaganda eleitoral por meio da fixação de faixas, placas, cartazes, pinturas ou inscrições, desde que não excedam a 4m² e não contrariem a legislação eleitoral, sujeitando-se o infrator às penalidades previstas no § 1º do artigo anterior (Lei nº 9.504/97, art. 37, § 2º).

§ 1º A justaposição de placas cuja dimensão exceda a 4m² caracteriza propaganda irregular, em razão do efeito visual único, ainda que a publicidade, individualmente, tenha respeitado o limite previsto no *caput* deste artigo. (BRASIL, 2014c).

Por fim, não pode ser desconsiderado na esfera administrativa, embora sem o colorido de infração, o disposto na Constituição Federal, no art. 225, § 1º, que diz respeito ao estudo prévio de impacto ambiental, exigível pelo Poder Público, “na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”.

No mesmo sentido, o licenciamento ambiental, tal como o prevê a Lei Complementar nº 140/2011, que o define, no art. 2º, como

[...] o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental. (BRASIL, 2011c).

Também há previsão no art. 10 da Lei nº 6.938/1981:

A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, e do IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. (BRASIL, 1981).

7. Conclusão

Podemos, então, afirmar que:

a) O desenvolvimento tecnológico e o econômico proporcionaram o aparecimento de novas fontes de poluição, o qual, por outro lado, também trouxe melhoria da qualidade ambiental e de vida.

b) A existência de consequências positivas e negativas, oriundas do mesmo fato danoso, exige balanceamento dos direitos de naturezas diversas, de forma a prevalecer, sempre, o interesse da coletividade.

c) A Constituição Federal prevê responsabilização civil (reparação do dano), penal e administrativa, de forma cumulativa, sendo inconstitucionais normas que desfaçam essa combinação. A exceção fica por conta da inexistência, em caso específico, de normas que prevejam a conduta como crime ou infração administrativa.

d) As poluições sonora, visual, eletromagnética e luminosa, produto da evolução do conhecimento humano, demandam especial cuidado, considerando que muitas de suas consequências somente serão constatadas posteriormente e, algumas, apenas depois de novos estudos e experimentações.

e) Essas novas formas de poluição, comprovadamente, afetam a qualidade ambiental, ainda que sejam, de regra, de atuação discreta, e, em decorrência, afetam a saúde. Mesmo que não haja comprovação científica de suas consequências negativas, considerando a irreversibilidade dos danos, devem ser contidas, aplicando-se o princípio de precaução.

f) A poluição da água, do solo e do ar, hoje, é tão intensa, que faz com que a coletividade despreze outras, de resultados não visíveis a olho nu.

g) A poluição, observada a variedade objeto deste trabalho, acarreta danos ao meio ambiente, à saúde do homem e ao patrimônio público e particular. Isso acarreta reparação de dano e indenização pelos prejuízos causados, na área civil, sem exceção, uma vez que a responsabilidade, no caso, é objetiva, sem questionamento de culpa do causador.

h) As condutas penais e administrativas puníveis são aquelas expressamente previstas na lei e nas suas regulamentações, ainda que modestamente previstas.

i) A poluição sonora não pode ser classificada como crime, ainda que a conduta esteja adequada ao tipo do art. 54 da Lei nº 9.605/98, por conta do veto ao art. 59 da mesma Lei, que previa delito específico para ela.

j) Muito embora seja possível, é difícil a configuração de crime nos casos de poluição eletromagnética e luminosa, consideradas as características especiais delas e dos insuficientes estudos para comprovar as suas consequências danosas ao ambiente e ao ser humano, bem como pela dificuldade de definir os “níveis tais” apontados no tipo do art. 54.

8. Referências

ÁLVAREZ, Luis Ortega; GARCÍA, Consuelo de Vicente; LOBATO, Encarna Cordero *et al. Lecciones de derecho del medio ambiente*. Valladolid: Lex Nova, 1998.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ART, H. W. (Ed.) *Dicionário de ecologia e ciências ambientais*. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

BAHIA. Lei nº 7.034, de 13 de fevereiro de 1997. Proíbe uso de fonte de iluminação que ocasione intensidade luminosa superior a zero lux tendo em vista proteger as tartarugas marinhas no litoral norte. Disponível em: <<http://www.iacseaturtle.org/docs/marco/brazil/Brazil%20-%20State%20Law%20No.%207034.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BRAGA, Benedito et al. *Introdução à engenharia ambiental*. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. *Radiação das antenas*. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNivelDois.do?codItemCanal=1030>>. Acesso em: 6 out. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 jan. 2016.

BRASIL. Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008b. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 jan. 2016.

_____. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Lei nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 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 (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Lei nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Lei nº 11.934, de 5 de maio de 2009a. Dispõe sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos; altera a Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11934.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011c. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 541.274, Terceira Turma, Rel.: Ministro Castro Filho, Brasília, DF, 26 de setembro de 2006. *DJ*, 23 out. 2006b. p. 296.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 54.536, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, Brasília, DF, 6 jun. 2006. *Dj* 1º ago. 2006c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 60.654, Sexta Turma, Rel. Min. Nilson Naves, Brasília, DF, 11 dez. 2008. *Dje*. 9 mar. 2009b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 147.541, Sexta Turma, Rel. Min. Celso Limongi, Brasília, DF, 16 dez. 2010. *Dje*, 14 fev. 2011b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 284.279/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, DF, 15 fev. 2001. *Dje*, 2 abr. 2001. p. 301.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 598.281/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 2 mai. 2006. *Dje*, 1º jun. 2006a. p. 147.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 791.653/RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, Brasília, DF, 6 fev. 2007. *Dje*, 15 fev. 2007. p. 218.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.051.306/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 16 out. 2008a. *Dje*, 10 set. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.123.747/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, Brasília, DF, 16 dez. 2010. *Dje*, 1º fev. 2011a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 30.641, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Brasília, DF, 27 jun. 2014. *Dje*, 5 ago. 2014b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1.373.224/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Assuete Magalhães, Brasília, DF, 21 fev. 2013. *Dje*, 1º mar. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.411.709/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, Brasília, DF, 20 fev. 2014. *Dje*, 6 mar. 2014a.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.404, de 27 de fevereiro de 2014c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-2014/normas-e-documentacoes/resolucao-no-23.404>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

CALVO, Maria. *Escritos de Derecho Ambiental*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Protecção do ambiente e direito de propriedade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARRERA, Francisco. *Cidade sustentável: utopia ou realidade?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAVALCANTI, Clóvis (Org.). *Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1995.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE. Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano. Estocolmo, jul. 1972. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE. Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento. Rio de Janeiro, jun. 1992. Disponível em: <<https://pactoglobalcreapr.files>

wordpress.com/2010/10/declaracao-do-rio-sobre-meio-ambiente.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2015.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos ecológicos*. São Paulo: Atlas, 2001.

DA PAZ, Ronilson José (Org.). *Gestão ambiental: o caminho para a sustentabilidade*. 2. ed. João Pessoa: Ed. Universitária, 2010.

FERNANDES, Paulo Victor. *Impacto ambiental: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: Ibccrim, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito penal ambiental e reparação do dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo em matéria ambiental*. Campinas: Millennium, 2009.

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Crimes contra a natureza*. 5. ed., São Paulo: RT, 1997.

IBAMA. Portaria nº 11, de 30 de janeiro de 1995. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Portaria/1995/p_ibama_11_1995_protectaotartarugas_proibicaoofontedeiluminacaoemfaixapraia_rj_es_ba_se_al_rn.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2015.

LEANDRO, Helenice Villela. *Gestão Ambiental*. s/d. 50 f. Monografia (Especialização em Gestão Pública), Universidade Cândido Mendes, Pós-Graduação *Lato Sensu*. Faculdade Integrada AVM, Rio de Janeiro, s/d.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extra-patrimonial*. São Paulo: RT, 2000, p. 286.

LOPES, Sônia. *Bio*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Direito ambiental brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Aspectos jurídicos da chamada “pichação” e sobre a utilização da ação civil pública para tutela do interesse difuso à proteção da estética urbana. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 87, p. 155-181, 1992.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira (Org.). *Direito ambiental*. 6. ed. Porto Alegre: Vergo Jurídico, 2011.

MARQUES, José Roberto (Org.). *Leituras Complementares de Direito Ambiental*. Salvador: Podivm, 2008.

_____. *Meio ambiente urbano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. *Lições preliminares de direito ambiental*. São Paulo: Verbatim, 2010.

_____. *O desenvolvimento sustentável e sua interpretação jurídica*. São Paulo: Verbatim, 2011.

MATEO, Ramón Martín. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Trivium, 1991. vol. I.

_____. *Manual de derecho ambiental*. 2. ed. Madrid: Trivium, 1998.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1986.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: RT, 2000.

MINAS GERAIS. Apelação Cível nº 000.295.312-3/00, Sétima Câmara Cível, Rel.: Des. Wander Marotta, Belo Horizonte, 10 fev, 2003.

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

NUSDEO, Fábio. *Desenvolvimento e ecologia*. São Paulo: Saraiva, 1975.

ODUM, Eugene P. *Fundamentos de ecologia*. 5. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental (problemas fundamentais)*. São Paulo: RT, 1992.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70011527215, Quarta Câmara Cível, Rel.: Des. Araken de Assis, 30 nov. 2005. *Dje*, 22 dez. 2005.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70042835074, Vigésima Câmara Cível, Rel.: Des. Walda Maria Melo Pierro, Rio Grande do Sul, 14 de setembro de 2011. *Dje*, 12 abr. 2012.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueney. *O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

ROCA, Guillermo Escobar. *La ordenación constitucional del medio ambiente*. Madrid: Dykinson, 1995.

ROCK, Martin. A temática ecológica do ponto de vista antropológico e ético. In: *Ecologia e Economia*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer-Stiftung, nº 1, p. 1-16, 1992.

RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio Mateos. *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*. Madrid: Colex, 1998.

ROTA, Demetrio Loperena. *Los principios del derecho ambiental*. Madrid: Civitas, 1998.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SÃO PAULO. Lei nº 10.995/2001, de 21 de dezembro de 2001b. Dispõe sobre a instalação de antenas transmissoras de telefonia celular, no Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma/?id=2883>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei nº 163.152-0/3-00, Órgão Especial, Rel.: Des. Ivan Sartori, São Paulo, 30 jul. 2008. *DJe*, 22 ago. 2008c.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei 1467940800, Órgão Especial, Rel.: Des. Ivan Sartori, São Paulo, 2 jul. 2008. *DJe*, 22 ago. 2008b.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0265129-22.2010.8.26.0000, Órgão Especial, Rel.: Des. Xavier de Aquino, 24 ago. 2011. *DJe*, 1º set. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 459.526.5/1-00, Rel.: Des. Urbano Ruiz, São Paulo. Data de registro: 10 mai. 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 623.512-5/8-00, 1ª Câmara de Direito Público, Rel.: Des. Danilo Panizza. *DJe*, 16 fev. 2007d.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 611984-5/8-000, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Laerte Sampaio. *DJe*, 5 mar. 2007a.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 623.639-5/7-00, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Laerte Sampaio. *DJe*, 5 mar. 2007e.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 8114155000, 7ª Câmara de Direito Público, Rel.: Des. Nogueira Diefenthaler, 10 nov. 2008. *DJe*, 1º dez. 2008d.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 919.544.5/6, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel.: Des. Samuel Júnior, 26 nov. 2009. *DJe*, 29 dez. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 99409261648-7, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel.: Des.: Regina Capistrano, São Paulo, 24 jun. 2010. *DJe*, 6 jul. 2010a.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 114.135.4/7-00, Oitava Câmara de Direito Privado de Férias, Rel.: Des. Ribeiro dos Santos, São Paulo, 19 fev. 2001. *DJe*, 15 mar. 2001a.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 545.987-5/6-00, Décima Segunda Câmara de Direito Público, Rel.: Des. Prado Pereira, São Paulo, 28 nov. 2007. *DJe*, 14 dez. 2007c.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 356.458-5/0, Câmara Especial de Meio Ambiente, Rel.: Des. J. G. Jacobina Rabello, São Paulo, 17 abr. 2008. *DJe*, 23 abr. 2008a.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 679.208-5/5-00, Câmara Especial do Meio Ambiente, Rel.: Des. José Renato Nalini, São Paulo, 31 jul. 2008. *DJe*, 18 set. 2008e.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 01030854-3/4, São Paulo, 2007f.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0367906-85.2010.8.26.0000, Trigésima Quinta Câmara de Direito Privado, Rel.: Des. Mendes Gomes, São Paulo, 26 mar. 2012. *DJe*, 27 mar. 2012a.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0009778-04.2010.8.26.0047, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel.: Des. Torres de Carvalho, São Paulo, 29 mar. 2012. *DJe*, 30 mar. 2012b.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 990.09.322736-3, 4ª Câmara de Direito Criminal, Rel.: Des. Luis Soares de Mello, São Paulo, 27 jul. 2010. Data de registro: 3 ago. 2010b.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0063372-35.2014.8.26.0000, Órgão Especial, Rel.: Des. Roberto Mortari, São Paulo, 22 out. 2014. *DJe*, 28 out. 2014.

SCARLATO, Francisco Capuano; PONTIN, Joel Arnaldo. *O ambiente urbano*. São Paulo: Atual, 1999.

SEWELL, Granville H. *Administração e controle da qualidade ambiental*. São Paulo: EPU, 1978.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Curso de direito constitucional positivo. 30. ed. São Paulo: Malheiros: 2008.

SILVESTRE, Roberto F. *O que é poluição luminosa?* Disponível em: <<http://www.silvestre.eng.br/astrologia/polumin/oqepolum/>>. Acesso em: 7 mar. 2014.

VAN BELLEN, Hans Michael. *Indicadores de sustentabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

VEGA RUIZ, José Augusto de. *El delito ecológico*. Madrid: Colex, 1991.

Artigo recebido em: 13/04/2015.

Artigo aprovado em: 12/12/2015.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150023

DIREITO COLETIVO COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

FRACIONAMENTO DE EMPREENDIMENTOS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

LARA DE PAULA SILVA

Estagiária de pós-graduação

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

laradepaulas@gmail.com

1. Acórdão

Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Apelação Cível n. 10649 MT 2000.36.00.010649-5

Órgão Julgador: Quinta Turma

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

Julgamento: 27/08/2007

Publicação: 05/10/2007

DIREITO AMBIENTAL. HIDROVIA PARAGUAI-PARANÁ. PORTO DE MORRINHOS, NA REGIÃO DE CÁCERES/MT. PRETENSÃO DE CONSTRUÇÃO PARA INCREMENTO DA NAVEGAÇÃO CINCO VEZES A CAPACIDADE ATUAL. LICENCIAMENTO REQUERIDO À FEMA/MT E EIA/RIMA ISOLADO. LIMAR DO PANTANAL MATOGROSSENSE ('PATRIMÔNIO NACIONAL' E 'PATRIMÔNIO NATURAL DA HUMANIDADE'). ADAPTAÇÃO DA HIDROVIA PROPRIAMENTE DITA. CONSEQUÊNCIA INEVITÁVEL. IMPACTO AMBIENTAL DE CARÁTER REGIONAL. COMPETÊNCIA DO IBAMA PARA O LICENCIAMENTO. APRECIÇÃO CONJUNTA DO PEDIDO DE LICENCIAMENTO DAS DIVERSAS OBRAS. NECESSIDADE. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO. CONSULTA ÀS POPULAÇÕES ATINGIDAS. EXIGÊNCIA IMPLÍCITA.

1. Nos termos do Tratado de Santa Cruz de La Sierra, os países signatários (Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai): a) garantirão mutuamente facilidades de acesso e operação nos portos localizados na Hidrovia Paraguai-Paraná; b) promoverão medidas tendentes a incrementar a eficiência dos serviços portuários prestados às embarcações e às cargas que se movem pela hidrovia e o desenvolvimento de ações de cooperação em matéria portuária e de coordenação de transporte internacional; c) adotarão medidas necessárias para criar as condições que permitam otimizar os serviços de praticagem e pilotagem para as operações de transporte fluvial realizadas pelas embarcações dos países que integram a hidrovia; d) revisarão as características e os custos dos serviços de praticagem e pilotagem com o objetivo de readequar sua estrutura, de modo a harmonizar as condições de prestação do serviço, reduzir os custos e garantir uma equitativa e igualitária aplicação destes para todos os armadores da hidrovia.

2. Não há propriamente plano unitário de reconstrução da hidrovia, mas um compromisso de gradativo melhoramento de suas atuais condições. Não haverá, assim, *demolição* e posterior *reconstrução (instalação)* de uma *obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente* para os efeitos do art. 225, § 1º, IV, da Constituição. Não há, por isso, necessidade de interferir na organização e funcionamento de portos que existiam antes da assinatura do mencionado tratado.

3. Extinção do processo, por ausência de interesse processual do autor, em relação às rés Fundação Estadual do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (Fundação Pantanal), Companhia de Cimento Portland Itaú, Mineração Corumbaense Reunida S/A, Urucum Mineração S/A e Granel Química Ltda., ficando prejudicadas as respectivas apelações.

4. Litisconsórcio necessário de Macrologística Consultoria S/C S/A tendo em vista que, sendo a empreendedora do Porto de Morrinhos, a solução a ser dada ao mérito da questão (extensão do EIA-RIMA para efeito de licenciamento da mencionada obra) obviamente atinge seus interesses.

5. O projeto de construção do Porto de Morrinhos, em face de sua localização e da finalidade de incrementar cinco vezes a capacidade de navegação no Rio Paraguai, poderá causar graves

consequências ambientais ao Pantanal Matogrossense, a cujo respeito dispõe a Constituição que constitui 'patrimônio nacional' e que 'sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais' (art. 225, § 4º).

6. A inexistência de um projeto global, formalmente estabelecido, de reconstrução da Hidrovia Paraguai-Paraná não significa que o EIA/RIMA para efeito de licenciamento do projeto do Porto de Morrinhos possa ser feito isoladamente. Ao contrário, depende de estudo de impacto ambiental, senão unitário, concomitante de todas as inevitáveis adaptações no trecho da hidrovia que corta o Pantanal Matogrossense, precedido de autorização do Congresso Nacional relativamente ao(s) segmento(s) em que há reserva(s) indígena(s).

7. A fragmentação da realidade, em casos da espécie, serve aos interesses econômicos, em detrimento dos interesses ambientais. Cumpre a finalidade de vencer furtiva e gradativamente as resistências, utilizando-se, inclusive, de arma psicológica. Uma etapa abre caminho e força a outra, sob o argumento de desperdício de recursos, até a conquista final do objetivo. Construído isoladamente o Porto de Morrinhos, o Pantanal Matogrossense ficará literalmente 'sitiado'. Em tal situação a autoridade administrativa, na tomada de decisão, e o Poder Judiciário, no papel de controle, não podem circunscrever o exame ao fragmento fático, isolado do conjunto sistêmico, nem às regras legais, isoladas da Constituição.

8. Competência administrativa do IBAMA para apreciar o pedido de licenciamento ambiental do Porto de Morrinhos, em face do caráter regional dos impactos ambientais, só podendo fazê-lo juntamente com a apreciação de pedido(s) de licenciamento das consequentes obras de adaptação da hidrovia ao fluxo de embarcações e cargas que o novo porto provocará no trecho que atravessa o Pantanal Matogrossense, dependente tal licenciamento, ainda, de prévia autorização do Congresso Nacional para a intervenção em áreas indígenas.

9. Os princípios da prevenção e da precaução conduzem à conclusão que o referido porto só poderá ter sua construção liberada caso se verifique, mediante aprofundada pesquisa, que inexistem riscos de significativa degradação ambiental ao Pantanal Matogrossense ou sejam encontradas alternativas técnicas para

preveni-los. Preserva-se, ao mesmo tempo, o princípio da proporcionalidade ('versão balanceada' dos princípios da prevenção e da precaução): não se admite que o porto seja licenciado isoladamente, mas não se vai a ponto de exigir licenciamento unitário e global de todo o trecho brasileiro da Hidrovia Paraguai-Paraná, nas suas mais de duzentas obras.

10. Na exigência de que no processo de licenciamento do Porto de Morrinhos seja levada em conta a repercussão física e social da obra na região pantaneira está implícita a necessidade de consulta às populações atingidas, por meio de audiências públicas.

11. Em face da natureza da causa e da sucumbência recíproca, deixa de haver condenação em honorários de advogado.

12. Parcial provimento à remessa oficial e às apelações. (BRASIL, 2007, grifo nosso).

2. Introdução

Quem vivencia o dia a dia da realidade dos licenciamentos ambientais que são feitos no país lida rotineiramente com o fenômeno da fragmentação dos empreendimentos de expressivo impacto ambiental em empreendimentos menores, com a finalidade velada de simplificar os licenciamentos ambientais, tornando-os mais céleres e baratos para o proponente.

Além disso, a fragmentação faz parte de um jogo ideológico, de modo que, licenciando-se parcialmente um empreendimento, muitas vezes o licenciamento do restante é quase impositivo para os órgãos ambientais, levados pela pressão social, política e econômica de que o grande empreendimento atinja toda a capacidade produtiva para que foi idealizado.

A ausência de discussão no meio acadêmico a respeito desse assunto motivou a elaboração do presente artigo, aproveitando-se do primor do julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de relatoria do Desembargador Federal João Batista Moreira Júnior, que, em sábias palavras, expressou exatamente em que se consubstancia a realidade dos fracionamentos dos empreendimentos para fins de licenciamento ambiental.

No caso analisado no acórdão, tratou-se do empreendimento de construção do Porto de Morrinhos, localizado no sudoeste do Mato Grosso, cujo projeto foi idealizado tendo-se em vista outro empreendimento, a Hidrovia Paraguai-Paraná, com foz na divisa entre o Mato Grosso do Sul com o Paraguai.

Aproveitar-se-á a oportunidade para se discutir a questão dos impactos cumulativos e sinérgicos, que ainda passam quase despercebidos nas análises de viabilidade ambiental dos empreendimentos.

Com isso, a intenção é propor a discussão e trazer subsídio teórico para as tomadas de decisões, de modo a se ter em mente que o fracionamento de empreendimentos para fins de licenciamento ambiental é nocivo e deve ser rechaçado, à luz de uma leitura sistemática das normas ambientais, por constituir ilegalidade e fraude ao licenciamento ambiental, já tão fragilizado por inúmeros outros fatores.

3. Burlando o licenciamento ambiental

O fracionamento dos empreendimentos com o fim de burlar o licenciamento ambiental visa desburocratizar e baratear os custos desse procedimento. A sua origem deita raízes na própria legislação de regência do Direito Ambiental, que acabou por abrir brechas ao cometimento desse tipo de ilegalidade.

Segundo o art. 1, I, da Resolução n. 237/1997 do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, licenciamento ambiental trata-se de:

[...] procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso. (BRASIL, 1997).

O Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) têm previsão na própria Constituição, o que por si só já evidencia a sua importância para o desenvolvimento da política de proteção do meio ambiente no país. Reza o dispositivo constitucional:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...]

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade. (BRASIL, 1988).

Édis Milaré ressalta a importância do EIA/RIMA:

Como modalidade de Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) é hoje considerado um dos mais notáveis instrumentos de compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação do meio ambiente, já que deve ser elaborado antes da instalação de obras ou de atividades potencialmente causadoras de significativa degradação, nos termos do art. 225, parágrafo 1º, IV, da CF/1988.

A obrigatoriedade desses estudos significou um marco na evolução do ambientalismo brasileiro, dado que, até meados da década de 1980, nos projetos desenvolvimentistas, apenas eram consideradas as variáveis técnicas e econômicas, sem qualquer preocupação mais séria com o meio ambiente e, em muitas vezes, em flagrante contraste com o interesse público. A insensibilidade do Poder Público não impedia que obras gigantescas, altamente comprometedoras do meio ambiente, fossem erigidas sem um acurado estudo de seus impactos locais e regionais, com o que se perdiam ou se comprometiam, não raro, importantes ecossistemas e enormes bancos genéticos da natureza.

Numa palavra: através desse revolucionário instrumento, procura-se reverter arraigado e peculiar hábito de nossos povos de apenas correr atrás dos fatos, não se antecipando a eles – a tranca só é colocada na porta depois de arrombada! (MILARÉ, 2015, p. 757).

A Resolução n. 237/1997 do CONAMA faz a seguinte previsão:

Art. 3º - A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Parágrafo único - O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento. [...]

Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II - Licença de Instalação (LI) – autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - Licença de Operação (LO) – autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Parágrafo único - As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade. [...]

Art. 12 - O órgão ambiental competente definirá, se necessário, procedimentos específicos para as licenças ambientais, observadas a natureza, características e peculiaridades da atividade ou empreendimento e, ainda, a compatibilização do processo de licenciamento com as etapas de planejamento, implantação e operação.

§ 1º - Poderão ser estabelecidos procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, que deverão ser aprovados pelos respectivos Conselhos de Meio Ambiente. (BRASIL, 1997).

Por essas previsões, vê-se, primeiramente, que nem sempre o Estudo de Impacto Ambiental é exigido no licenciamento ambiental, sendo peculiaridade daqueles empreendimentos considerados, segundo a legislação e o entendimento do órgão licenciador, de *significativo* impacto ambiental.

Além do mais, o licenciamento pode ser mais simples ou mais complexo, o que será definido pelo órgão licenciador, dependendo do grau de impacto ambiental do empreendimento.

Em Minas Gerais, situação peculiar ocorreu quando da criação das Autorizações Ambientais de Funcionamento – AAF, instrumento idealizado para regularizar ambientalmente atividades que, em tese, teriam baixo impacto ambiental, de modo que o controle sobre essas atividades pelo estado poderia ser menor.

A AFF, então, é instrumento que dispensa Estudo Prévio de Impacto Ambiental, bem como outros estudos, documentos e procedimentos existentes no arcabouço legal que instituiu o licenciamento ambiental para empreendimentos de significativos impactos, como audiência pública da população diretamente interessada, anuência do município quanto à adequação do empreendimento às normas urbanísticas de uso e ocupação e o monitoramento frequente da atividade. A AFF exige apenas cadastro no órgão ambiental, termo de responsabilidade e apresentação de autorização para supressão de vegetação e outorga para intervenção em recursos hídricos, quando necessário.

Ocorreu, todavia, que a deliberação normativa do COPAM n. 74/2004 previu esse instrumento para autorizar empreendimentos de impacto significativo, como no caso dos agrosilvipastoris superiores a 1.000 hectares e os de extração de até 300 mil toneladas de minério de ferro por ano. Ambas as hipóteses sofreram impugnação via Ação Civil Pública pelo Ministério Público de Minas Gerais. No primeiro caso, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais declarou incidentalmente a inconstitucionalidade desse instrumento para aquela hipótese. No segundo, foi deferida medida liminar para se suspender a expedição de AAFs para empreendimentos de minério de ferro em Minas Gerais.

Além do absurdo de se idealizar instrumento de tão baixo controle para atividades que provocam enorme degradação no meio ambien-

te, como nos casos assinalados, o que se viu na prática foi o artifício de segmentar empreendimentos de grande porte para regularização ambiental por meio de várias AAFs. Seguindo o exemplo do minério de ferro, o que passou a ocorrer é que um mesmo empreendimento minerário era fragmentado em partes de até 300 mil toneladas anuais, requerendo-se ao órgão ambiental a expedição de várias AAFs para “pequenos” empreendimentos de mesma natureza e contíguos.

Ainda hoje, em Minas Gerais, se vê o fenômeno da fragmentação de empreendimentos diversos com o propósito de viabilizar a expedição pelo órgão ambiental de várias AAFs, esquivando-se do licenciamento ambiental que exige estudos ambientais complexos.

Além dessa hipótese, a já mencionada Resolução n. 237/1997 do CONAMA prevê o licenciamento ambiental para *ampliação* de empreendimentos que possam causar degradação ambiental. Assim, o que se tem visto é a propositura ao órgão ambiental licenciador de empreendimentos que supostamente teriam baixo impacto ambiental, seja pela área de abrangência, seja pela produção anual, seguida de inúmeros pedidos de ampliação.

Já se viu, por exemplo, caso de empreendimento de exploração de água mineral que previu uma captação de água anual de tão baixa envergadura que houve dispensa do Estudo de Impacto Ambiental, de modo que o proponente apresentou ao órgão ambiental apenas Plano de Controle Ambiental, que tem baixa profundidade na análise dos impactos. Após obtenção da licença ambiental, foram requeridas sucessivas ampliações do empreendimento, passando-se a captar quase 20 vezes mais água mineral do que o previsto inicialmente. Nesse caso, se essa grande captação de água tivesse sido adequadamente proposta no primeiro licenciamento, certamente ter-se-ia exigido Estudo de Impacto Ambiental, além de muitas outras nuances necessárias para se licenciar empreendimento de tão grande impacto.

Outra hipótese de fragmentação recorrente, que é justamente o caso tratado no acórdão aqui comentado, ocorre quando duas grandes obras são codependentes, fazendo parte, na realidade, de um único empreendimento gigantesco. Na hipótese discutida no acórdão supra, tentou-se licenciar a construção de uma hidrovía des-

vinculada da construção do porto. À primeira vista, pode-se pensar que se trata de empreendimentos isolados, mas a verdade é que não há autonomia dos mesmos, havendo codependência. Esse aspecto, inclusive, foi ressaltado pelo nobre relator do acórdão, ao afirmar “*Construído isoladamente o Porto de Morrinhos, o Pantanal Matogrossense ficará literalmente ‘sitiado’*”. Ora, porque construir um porto ali se não fosse a existência de uma hidrovia? Assim, para que o porto possa ser concebido, instalado e entrar em operação, é necessário concomitantemente que a hidrovia seja concebida, instalada e entre em operação.

Caso corriqueiro em Minas Gerais é a construção do mineroduto para escoamento de produção mineral para fora do Estado. Nesse caso, não há razão para a construção do mineroduto se não for para propiciar o escoamento do minério. Do mesmo modo, a não construção do mineroduto pode inviabilizar o escoamento da produção mineral, de modo que a mineração também perde sentido sem o mineroduto. Por isso, o correto é se exigir o licenciamento concomitante da mineração com o mineroduto.

Um reflexo importante disso está na questão da competência para licenciamento, nos termos da Lei Complementar 140/2011. Caso mineração e mineroduto sejam licenciados separadamente, a primeira seria submetida ao procedimento perante o órgão estadual do meio ambiente, enquanto o segundo seria submetido ao IBAMA, entidade responsável pelo licenciamento de âmbito federal. Isso ocorre porque o mineroduto extrapola os limites dos Estados, saindo de Minas Gerais e seguindo até o porto, sendo que a mineração está circunscrita aos limites do estado. Sendo assim, o licenciamento de um e outro, ocorrendo em níveis federativos diferentes, não têm a menor chance de se comunicar.

Na hipótese contrária, de não fragmentação do empreendimento, ter-se-ia um licenciamento único no âmbito do IBAMA, com estudos ambientais que englobariam o empreendimento como um todo e a concepção, instalação e operação de um estaria vinculada a do outro.

Por último, chama-se aqui atenção para um importante indício de fragmentação de empreendimentos minerários, com o fim de bur-

lar o licenciamento ambiental. O mesmo ocorre quando, perante o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, o empreendedor apresenta Plano de Aproveitamento Econômico (PAE) que prevê uma produção mineral maior do que aquela requerida no licenciamento ambiental.

O PAE, segundo o art. 38 do Código de Mineração, é um dos documentos que compõem o Requerimento de Lavra a ser dirigido ao Ministro de Minas e Energia, pelo titular da autorização de pesquisa. A respeito desse documento, dispõe o art. 39 do mesmo diploma:

Art. 39. O plano de aproveitamento econômico da jazida será apresentado em duas vias e constará de:

I - Memorial explicativo;

II - Projetos ou anteprojetos referentes;

- a) ao método de mineração a ser adotado, fazendo referência à escala de produção prevista inicialmente e à sua projeção;
- b) à iluminação, ventilação, transporte, sinalização e segurança do trabalho, quando se tratar de lavra subterrânea;
- c) ao transporte na superfície e ao beneficiamento e aglomeração do minério;
- d) às instalações de energia, de abastecimento de água e condicionamento de ar;
- e) à higiene da mina e dos respectivos trabalhos;
- f) às moradias e suas condições de habitabilidade para todos os que residem no local da mineração;
- g) às instalações de captação e proteção das fontes, adução, distribuição e utilização da água, para as jazidas da Classe VIII.

Art.40. O dimensionamento das instalações e equipamentos previstos no plano de aproveitamento econômico da jazida, deverá ser condizente com a produção justificada no Memorial Explicativo, e apresentar previsão das ampliações futuras. (BRASIL, 1967).

Segundo o Guia Técnico para atuação do Ministério Público no Licenciamento Ambiental de Atividades Minerárias, o PAE é:

[...] documento que indica como se pretende realizar a lavra e o beneficiamento do minério encontrado, bem como apresenta os investimentos necessários para esta operação e, principalmente, comprova que a mesma é lucrativa, isto é, existe viabilidade econômica na extração do minério. (BRANDT, 2012).

O PAE é exigido no Requerimento de Lavra em razão das peculiaridades que envolvem a atividade mineral, que, segundo Willian Freire, é caracterizada por “vultuosos investimentos, longo prazo de maturação e altos riscos” (FREIRE, 2010, p. 56). Consoante o mesmo autor,

[...] do Requerimento de Pesquisa até a Portaria de Lavra, num projeto médio, há um intervalo de dez anos com fluxo de caixa negativo. Para projetos maiores, o prazo de fluxo de caixa negativo até a Portaria de Lavra chega a quinze anos. (FREIRE, 2010, p. 56).

É peculiaridade também da atividade mineral que, segundo os termos da Constituição Federal, ela deva ser desenvolvida segundo o interesse nacional. Dita o dispositivo:

Art. 176. 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.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, *no interesse nacional*, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Nesse sentido, a atividade mineral só é empreendida no interesse nacional se, entre outros aspectos, tiver viabilidade econômica, pois, de outro modo, estar-se-á sacrificando todo patrimônio ambiental sem se obter a necessária contrapartida para o país – consubstanciada na geração de impostos, empregos e crescimento do PIB nacional.

Nesse contexto, o PAE se revela instrumento de enorme importância no procedimento de concessão de lavra, visto que busca demonstrar a viabilidade econômica do projeto mineral e, portanto, um dos aspectos para que aquela atividade seja considerada como de interesse nacional.

Todavia, ainda segundo o Guia Técnico para atuação do Ministério Público no Licenciamento Ambiental de Atividades Minerárias (2012, p. 8), “às vezes, o empreendimento em licenciamento se refere a apenas parte desse PAE, gerando assim o sub-dimensionamento do empreendimento e, conseqüentemente, de seus impactos”. O mesmo guia explica:

Este procedimento pode resultar no fracionamento do licenciamento ambiental ao longo dos anos de vida útil do empreendimento e dezenas de “pequenos empreendimentos”, tais como pilhas de estéril, barragens, ampliação de cava, que, na verdade, já estavam previstos no PAE. [...]

Se a licença ambiental é exigida pelo DNPM para a Concessão de Lavra, esta licença deve se referir necessariamente ao empreendimento apresentado no PAE, sem nenhuma exclusão ou inclusão, lembrando que este PAE indica, inclusive, o investimento previsto, que poderia ser utilizado para cálculo de compensações ambientais. (BRANDT, 2012, p. 8).

Do mesmo modo, já se viu no licenciamento ambiental casos em que o empreendedor requer a licença para um bloco de interesse mineral, sendo que o PAE abrange vários outros blocos.

A conclusão acima, exposta no Guia Técnico, é imperativa, tendo em vista a lógica do sistema de concessão de lavra. Uma vez que o empreendimento mineral comprovou a sua viabilidade econômica

ca com os dados contidos no PAE, é evidente que a atividade será desenvolvida conforme consta no mesmo.

Sendo assim, o pedido de licença ambiental que não engloba todo o projeto descrito no PAE constitui exemplo de fragmentação, uma vez que, cedo ou tarde, o empreendimento terá que ser ampliado muitas vezes mais, para atender ao projeto descrito no Plano.

Nesse sentido, o fracionamento de empreendimentos a serem submetidos ao licenciamento ambiental, além de constituir estratégia de burla ao mesmo, tem vários outros efeitos nocivos, os quais serão expostos a seguir.

4. Por que a fragmentação é nociva para o meio ambiente

Conforme já explicitado anteriormente, o Estudo de Impacto Ambiental é uma modalidade do que se denomina Avaliação de Impacto Ambiental e que é exigido para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, parágrafo 1º, IV, CF).

É possível conceituar a Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), como:

Instrumento de política ambiental, formado por um conjunto de procedimentos, capaz de assegurar, desde o início do processo, que se faça um exame sistêmico dos impactos ambientais de uma ação proposta (projeto, programa, plano ou política) e de suas alternativas, e que os resultados sejam apresentados de forma adequada ao público e aos responsáveis pela tomada de decisões, e por eles sejam considerados (MOREIRA, 1992, p. 33).

Segundo explica Sánchez,

[...] a AIA pressupõe a racionalidade das decisões públicas, que deveriam sempre observar princípios jurídicos administrativos, como o da impessoalidade, o da moralidade pública e o da publicidade (Mukai, 1992). Ora as decisões governamentais sempre estiveram sujeitas a pressões e interesses privados, e a simples

introdução de um novo requisito, o ambiental, não é suficiente para mudar praticas arraigadas. (SÁNCHEZ, 2013, p. 103).

Nesse sentido, os estudos ambientais exigidos nos processos de licenciamento ambiental, sendo mais ou menos complexos a depender do porte e potencial poluidor do empreendimento, têm a importante função de trazer racionalidade à tomada de decisões dos órgãos públicos competentes para expedir as licenças. Além disso, Sánchez ressalta o caráter prévio e preventivo da AIA:

Embora com diferentes formulações, esses conceitos [de AIA] diferem pouco em sua essência: A avaliação de impacto ambiental é apresentada, seja como instrumento analítico seja como processo (ou ambos), *visando antever as possíveis consequências de uma decisão*. (...) a avaliação de impacto ambiental guarda determinadas características comuns: *caráter prévio e vínculo com o processo decisório são atributos essenciais da AIA*, aos quais se junta a necessidade de envolvimento público nesse processo. (SÁNCHEZ, 2013, grifo nosso).

O mesmo autor, que é professor engenheiro e geólogo, destaca ainda que é normal que um projeto ou empreendimento seja constituído de várias partes, o que dificulta a descrição dos mesmos no momento de avaliação dos impactos ambientais:

A subdivisão de um empreendimento pode resultar em dezenas ou mesmo centenas de atividades. Center (1996, p. 97) reporta um levantamento feito para o Exército americano, segundo o qual foram inventariadas ‘cerca de 2 mil atividades básicas’ em nove diferentes ‘áreas funcionais’. Por exemplo, na área funcional de construção civil, algumas atividades de remoção de vegetação, preenchimento de fundações, limpeza de formas de concreto e instalação de isolamento termoacústico.

Com que grau de detalhe devem ser descritas as atividades de um projeto? Quais atividades podem ser agrupadas em categorias afins para que a descrição do projeto não resulte em centenas de pequenas tarefas e procedimentos? Não pode haver uma única resposta a essas questões. A descrição do empreendimento

deve ser tal qual que permita a perfeita compreensão pelos analistas e também futuros leitores do EIA. (SÁNCHEZ, 2013).

Sendo assim, embora um empreendimento normalmente seja composto de várias tarefas, se todas guardam uma relação de codependência, devem ser consideradas como um único empreendimento para fins de avaliação do impacto ambiental. E isso é necessário para se evitar o subdimensionamento dos impactos, principalmente daqueles denominados de cumulativos e sinérgicos. Segundo Sánchez:

Impactos cumulativos ou acumulativos são aqueles que se acumulam no tempo ou no espaço, resultado de uma combinação de efeitos decorrentes de uma ou diversas ações. Uma série de impactos insignificantes pode resultar em significativa degradação ambiental se concentrados espacialmente ou caso se sucedam no tempo. Assim, se esgotos de uma residência forem lançados *in natura* em um córrego, suas consequências podem nem ser mensuráveis, mas se muitas residências procederem da mesma forma, certamente a qualidade das águas ficará sensivelmente degradada. [...]

Cumulatividade e sinergismo referem-se, respectivamente, à possibilidade de os impactos se somarem ou se multiplicarem. Para Mc Donald (2000, p. 299), o caráter aditivo ou cumulativo dos impactos ambientais é bem mais comum que o sinérgico; este ocorre quando a ação combinada de múltiplas causas é maior que a soma dos efeitos individuais, embora ‘respostas não lineares também possam ser vistas como um tipo de sinergismo. Segundo esse autor, o aumento da carga de sedimentos em rios situados em regiões de clima temperado pode resultar em efeitos deletérios sobre a população de peixes que não são associados de modo linear à carga de sedimentos. (SÁNCHEZ, 2013, p. 235).

O ideal seria que o poder público avaliasse, para cada empreendimento submetido a sua apreciação, os impactos cumulativos e sinérgicos em relação aos demais empreendimentos localizados no mesmo espaço e tempo. Sabe-se, porém, da precária estrutura dos órgãos ambientais e que esse tipo de análise quase nunca é feita. Todavia, na realidade presente dentro de cada empreendimento, essa

análise é crucial para mensurar os impactos, e deve estar presente nos estudos ambientais. A fragmentação, nesse caso, inviabiliza o levantamento dos impactos cumulativos e sinérgicos.

O subdimensionamento dos impactos ambientais gera inúmeros efeitos negativos, afetando a análise da viabilidade do empreendimento, bem como a elaboração das condicionantes às licenças ambientais. Além disso, um efeito perverso existe em relação ao cálculo das compensações ambientais impostas ao empreendedor.

Uma compensação ambiental importante é a prevista no art. 36 da Lei do Sistema Nacional de Unidades Conservação (SNUC) para empreendimentos sujeitos ao EIA/RIMA, ou seja, aqueles considerados de significativo impacto ambiental. É a previsão legal:

Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei. (Regulamento)

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento. (Vide ADIN nº 3.378-6, de 2008)

§ 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.

§ 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo. (BRASIL, 2006).

Desse modo, ao se fragmentar um empreendimento para submetê-lo ao licenciamento ambiental, muitas vezes ocorre a dispensa do EIA/RIMA e, conseqüentemente, o empreendedor não fica obrigado a pagar a competente compensação ambiental.

5. Fragmentação da realidade: o que a ecologia nos conta

O que é preciso compreender quando se fala em fragmentação é que as escalas de medidas adotadas pelos homens não coincidem com aquelas que regem a natureza. Isso significa que impactos que denominamos de “locais”, “regionais” ou “nacionais”, na verdade, só fazem sentido dentro dos sistemas adotados pelos homens. Da mesma forma, os impactos analisados no âmbito de empreendimentos e dos licenciamentos ambientais rompem os limites da obra ou atividade infinitas vezes e reagem com outros impactos de outros empreendimentos.

Assim, o que se tenta fazer nos licenciamentos ambientais e com os Estudos de Impacto Ambiental, ou o que se deveria fazer, é trazer um mínimo de controle impactos, sempre da maneira mais pragmática e instrumental possível.

François Ost, em sua fabulosa obra “A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito” enfatiza esse aspecto do Direito Ambiental, que precisa dialogar o tempo todo com as ciências naturais e traduzir essa realidade para o campo jurídico. Sendo assim, premissas que regem o pensamento do mundo desde o século XIX e que influenciam diretamente a produção legislativa e jurídica precisam ser deixadas para trás. Nesse sentido, o homem não pode ser mais medida de todas as coisas, pois as escalas de medida humanas não são suficientes para compreender a dinâmica dos fenômenos naturais.

Segundo esse autor:

O jurista deverá dar ouvidos ao ecólogo, porta-voz da nova ciência ecológica. (...) Tal como parece não termos inventado a natureza senão no dia em que começamos a destruir, o direito administrativo e regulamentar do ambiente aparece, mais frequentemente, como o álibi de uma sociedade que se destina a encerrá-lo num copo graduado. (OST, 1995, p. 103).

Para o mesmo autor:

Duas ideias, absolutamente essenciais, destacam-se do que se poderia chamar de paradigma ecológico: a ideia de globalidade e a ideia de processualidade. A primeira explica que tudo constitui sistema na natureza: para esta nova ciência do *habitat* (o neologismo ecologia articula os termos gregos: casa e ciência), há uma interdependência de todos os elementos naturais, uma interação de todos os elos da cadeia, segundo uma lógica de causalidades múltiplas e circulares, refletindo-se os efeitos nas causas. Quanto à ideia de processualidade, ela privilegia, pela inteligência do natural, os processos em relação aos elementos e as funções em relação às substâncias, demonstrando que a integralidade dos meios de vida se baseia em equilíbrios complexos, em ciclos de reprodução e em faculdades de regeneração, mais do que na conservação estática dos espaços, dos recursos ou das espécies. (OST, 1995, p. 105).

Partindo daí, afirma que:

É assim, mais exato, sustentar que a ecologia se caracteriza por um ajustamento muito complexo de escalas de tempo e de espaço, o que não facilitará o trabalho do jurista: o tempo extremamente longo das formações geológicas e gasosas [...] convive com regulações espontâneas, enquanto que projeções planetárias combinam com interações locais. Em todo caso, e quaisquer que sejam as tensões que atravessam a ecologia (...), não se pode negar que é sobre um fundo de globalidade (...) que é necessário interpretar as figuras da ecologia local. (OST, 1995, p. 105).

Nesse sentido, é necessário que o operador do direito adote uma visão de ecólogo para lidar com as questões jurídicas ambientais. De outro modo, o Direito não dará respostas adequadas aos fatos que lhe são apresentados, iludido por argumentos de toda ordem – econômica, política, social, filosófica – e leituras meramente literais das normas, sem atentar para o objetivo máximo do Direito Ambiental, o de conferir proteção ao meio ambiente.

Assim, enquanto os juristas estão acostumados a lidar com limites tangíveis de propriedades, de obras, e de atividades, é necessário

ajustar essa visão para que não ocorra uma fragmentação da realidade. Segundo Ost:

O direito tem o costume de se servir de definições com contornos nítidos, critérios estáveis, fronteiras intangíveis. A ecologia reclama conceitos englobantes e condições evolutivas; o direito responde com critérios fixos e categorias que segmentam o real. A ecologia fala em termos de ecossistema e de biosfera, o direito responde em termos de limites e fronteiras; uma desenvolve o tempo longo, por vezes extremamente longo, dos seus ciclos naturais, o outro impõe o ritmo das previsões humanas. (OST, 1995).

Com todas essas contradições, Ost (1995, p. 111) afirma que juristas e cientistas, de igual modo mobilizados pela urgência ecológica, são condenados a se entenderem. Não é outra a posição que se defende nesse artigo.

Sabe-se que o licenciamento é apenas instrumental, não devendo constituir em tábua salva-vidas da política de meio ambiente, sob pena de se tornar excessivamente abrangente e complexo, deixando de atender a sua finalidade, que é a de autorizar ou não atividades poluidoras com o resguardo dos interesses ambientais. A fragmentação de empreendimentos no licenciamento ambiental, porém, é representativa desse vício existente na ciência jurídica de não dialogar de forma eficiente com a ciência ecológica, acabando por impor fronteiras onde verdadeiramente não há.

Assim, embora a fragmentação não seja expressamente vedada em qualquer norma jurídica de meio ambiente, propõe-se aqui uma leitura sistemática do ordenamento jurídico ambiental, que, invariavelmente, apontará para os conceitos de globalidade e processualidade presentes na ecologia e que precisam ser levados em conta pelo intérprete.

6. Uma interpretação sistemática das normas de direito ambiental

Segundo Juarez Freitas, sistema jurídico é entendido como:

[...] uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos

cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição. (FREITAS, 2004, p. 54).

Sendo assim, o sistema jurídico não pode ser compreendido como mero conjunto de regras e princípios hierarquizados, mas possui um componente finalístico, que é o de dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático expressos na Constituição. Nesse sentido, o conjunto normativo precisa ser compreendido na sua totalidade, como um sistema coerente, evitando-se a leitura isolada e literal de dispositivos normativos.

Ainda conforme Juarez Freitas (2004, p. 70), interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro e qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação de princípios, de regras e de valores componentes da totalidade do Direito. Segundo o mesmo autor:

É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos no plexo dos demais enunciados, ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica ou é sistemática ou não é interpretação. (FREITAS, 2004, p. 75).

A Constituição, como centro irradiador de princípios que norteiam a interpretação de todo o sistema jurídico, dispõe que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os *processos ecológicos essenciais* e prover o *manejo ecológico das espécies e ecossistemas*. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Segundo José Afonso da Silva, é inútil buscar o significado de expressões como *processos ecológicos essenciais* e *manejo ecológico* nas ciências jurídicas, pois esses são conceitos pré-jurídicos estabelecidos pelas ciências da natureza. J. J. Canotilho nos brinda com o conceito de ecologia:

De acordo com a formulação primária, que data de 1866, a ecologia pode ser compreendida como o estudo do inter-retro-relacionamento de todos os sistemas vivos e não vivos entre si e com o seu meio ambiente. [...] Segundo Boff, trata-se de um 'saber das relações, interconexões, interdependências e intercâmbios de tudo com tudo em todos os pontos e em todos os momentos.' Nessa perspectiva, pode-se afirmar que ao utilizar o termo ecológico não quis o constituinte referir-se a elementos isolados da natureza, mas sim ao conjunto das relações que constituem objeto de estudo da ecologia. (CANOTILHO; LEITE, 2008, p. 234).

Sendo assim, a Constituição, ao impor ao Poder Público a obrigação de preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e de prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas pautou-se nas premissas de globalidade e processualidade da ecologia, de modo que a visão fracionada da realidade foi afastada pelo legislador constitucional.

Pode-se afirmar, inclusive, que a Constituição vedou uma política ambiental que não fosse ecológica, fundada na proteção de espaços isolados, espécies abandonadas, processos naturais fracionados. Assim, toda e qualquer política ambiental – incluído aí o próprio licenciamento – deve estar voltada aos processos ecológicos essenciais, a serem preservados na sua integralidade, e ao manejo ecológico das espécies e ecossistemas, com todas as suas inter-relações.

7. Conclusão

Por todos os argumentos de ordem pragmática e filosófica aqui expostos, entende-se que a fragmentação de empreendimentos a serem submetidos ao licenciamento ambiental é nociva para a natureza e não conduz a uma política ambiental voltada a preservação dos processos ecológicos essenciais e ao manejo ecológico das espécies e ecossistemas, conforme mandamento constitucional (art. 225, parágrafo 1º, I).

Ademais, embora o licenciamento divida a análise dos impactos ambientais por atividades, ele deve sempre se valer da avaliação de impactos cumulativos e sinérgicos dos empreendimentos para, só assim, conduzir a uma decisão sábia a respeito da viabilidade ambiental dos mesmos.

A fragmentação da realidade, então, invariavelmente conduz a uma visão distorcida dos impactos ambientais e macula os procedimentos licenciatórios. Essa prática deve ser rechaçada previamente sempre que possível, a fim de evitar danos irreversíveis ao patrimônio natural brasileiro.

8. Referências

BRANDT, Wilfred (Coord.). Guia técnico para atuação do Ministério Público no licenciamento ambiental de atividades de mineração. *MPMG Jurídico*, Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2012.

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

_____. Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao decreto-lei 1.985 (Código de Minas), de 29 de janeiro de 1940. Brasília: Câmara dos Deputados, 1967.

_____. Conselho Nacional de Meio Ambiente. Resolução nº 1, de 23 de janeiro de 1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>. Acesso em: 28 out. 2015.

_____. Conselho Nacional de Meio Ambiente. Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Regulamenta os aspectos de licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=237>>. Acesso em: 28 out. 2015.

_____. Conselho Nacional de Meio Ambiente. Resolução nº 371, de 5 de abril de 2006. Estabelece diretrizes aos órgãos ambientais para o cál-

culo, cobrança, aplicação, aprovação e controle de gastos de recursos advindos de compensação ambiental, conforme a lei n 9.985, de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=5488>>. Acesso em: 28 out. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC2000.36.00.010649-5, Quinta Turma, Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira, 27 de agosto de 2007. *Dje*, 5 out. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Gaia, 2010.

FREIRE, William. *Código de mineração anotado*. 5. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013.

SILVA, José Afonso. *Direito constitucional brasileiro*. 10. ed. São Paulo: 2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150024

5

Direito Constitucional

Artigo
Comentário à Jurisprudência

DIREITO CONSTITUCIONAL

ARTIGO

A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JULGADOR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

PROBATIVE INITIATIVE OF THE JUDGE IN THE LIGHT OF FEDERAL CONSTITUTION

MARCO AURÉLIO NOGUEIRA

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
mnogueira@mpmg.mp.br

GUILHERME CASTELHONE CHAGAS

Estagiário
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
guicastelhone@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho visa analisar a atividade de produção de provas de ofício pelo magistrado em um Processo Penal e se ela tem guarida constitucional. Serão estudadas as bases teóricas dessa atividade e será exposto seu descompasso com o atual estágio da doutrina processual. Diante da adoção de um sistema acusatório para delinear os contornos procedimentais, restará evidenciado que a outorga de poderes instrutórios ao julgador não mais tem lugar no Estado brasileiro por atentar diretamente contra a imparcialidade e diversos outros corolários do Devido Processo Legal, como o contraditório e a ampla defesa. Ao final do estudo, buscou-se demonstrar que o julgador deve se relacionar com a prova produzida tão somente de maneira complementar, visando à finalidade da atividade jurisdicional, que é a tutela dos direitos das partes.

PALAVRAS-CHAVE: processo penal; devido processo legal; prova; imparcialidade; presunção de inocência.

ABSTRACT: The present study analyzes the production of evidence, *ex officio*, by the magistrate in a criminal procedure. The theoretical bases of this activity will be studied and its disharmony with the current stage of the doctrine exposed. After choosing the accusatorial system to define how a criminal procedure should be, it's become clear that allowing a judge to seek evidence can no longer exist in Brazil as this goes directly against the impartiality and several other corollaries of the due process of law. At the end of this study, we sought to demonstrate that the judge should only interact with the evidence produced in a complementary manner, meeting the purpose of the judicial activity, which is the protection of the defendant and prosecutor's rights.

KEYWORDS: criminal procedure; due process of law; evidence; impartiality; presumption of innocence.

1. Introdução

Dentro do Direito Processual Penal, é possível encontrar alguns dos principais e mais acesos debates existentes na comunidade jurídica brasileira. É justamente sobre um desses assuntos que o presente trabalho pretende tratar: a iniciativa instrutória do magistrado no Processo Penal. É possível que o julgador tenha o poder de produzir provas de ofício sem que isso fira o Devido Processo Legal?

A polêmica que revolve este tema é justificada. Inúmeros doutrinadores, partindo das mais diversas bases teóricas, chegam a resultados completamente díspares. O Judiciário, de igual forma, parece estar submerso nesta discussão, apresentando, conforme se demonstrará, decisões conflitantes entre si, o que não ajuda a trazer um fim a tal contenda.

Ao longo deste trabalho, serão expostas as bases teóricas daqueles que são contra ou a favor da outorga desse poder ao juiz. Para isso, o ponto de partida será a análise dos sistemas que regem (ou já regeram) o Processo Penal e os contextos históricos e sociais em que eles estavam inseridos.

Sem dúvida, o sistema acusatório é o mais adequado para uma nação que preze a Democracia. O cerne da questão é saber se a partir da interpretação do texto constitucional brasileiro é possível extrair as bases para um sistema acusatório e quais as consequências disso para a disciplina processual penal. Não é difícil perceber que a legislação que rege o Processo Penal brasileiro está em uma vertente completamente oposta, ostentando um nítido caráter inquisitivo que aposta em um forte protagonismo judicial.

A Constituição de 1988 foi um marco para o país e para o Direito brasileiro como um todo. Com um conteúdo bastante garantista, o Texto Maior mudaria completamente o modo de aplicação do Direito e, obviamente, do Direito Processual Penal. Isto é, caso a Constituição estivesse sendo efetivamente concretizada.

Na verdade, podemos perceber que a doutrina e jurisprudência ainda têm certa resistência em romper com os paradigmas do regime anterior – basta ver que muitas vezes determinadas disposições de um Código criado em 1941 e que são incompatíveis com a atual ordem constitucional prevalecem sobre esta. Isso causa uma subversão na hierarquia das normas no Direito brasileiro que não pode ser tolerada, visto que a prática forense não pode revogar a Lei e esta não pode ignorar a Constituição.

Um exemplo logo surge ao considerar o que diz o art. 156 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, *facultado ao juiz de ofício*:

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. (BRASIL, 1941, grifo nosso).

Em um contexto social como o brasileiro, tal dispositivo não pode ser interpretado de maneira dissociada da realidade. Deve-se “contextualizar e contexturalizar” a interpretação, na expressão de Ca-

notilho (2013, p. 45). Isto é, extrair a norma que melhor condiz com o contexto normativo em que está inserida, não se olvidando das texturas sociais e fáticas fornecidas pela sociedade.

Dessa maneira, em um país onde a maioria esmagadora dos acusados não tem a menor condição de bancar uma defesa técnica de qualidade para competir com a equipada acusação estatal, não é compreensível que se queira acentuar tal desigualdade defendendo a produção de provas de ofício pelo magistrado indiscriminadamente.

Parte da doutrina tem se apoiado em institutos como o “princípio da busca da verdade real” para justificar a violação de garantias processuais penais do acusado. Sobre a relação entre “verdade” e processo, será preciso demonstrar, ao longo deste estudo, a incongruência do pensamento de que alcançar a “verdade real” é o escopo do processo.

O processo penal não pode mais ser visto e conduzido como mero instrumento de aplicação do Direito Penal, mas como um veículo de garantia do indivíduo em face do Estado. Por tal motivo, a principal finalidade deste trabalho é interpretar o processo penal não com as ideias de uma época que há muito foi superada, mas sim à luz da nova ordem constitucional democrática. As garantias processuais trazidas pela Constituição devem definir o modo de aplicação da legislação processual, jamais o contrário.

2. Jurisdição e garantias individuais

Seria impossível tratar do tema principal sem falar da jurisdição (principalmente a jurisdição penal) e o seu papel em um Estado Democrático de Direito. Há muito o Estado avocou para si a árdua tarefa de resolver os conflitos que ocorrem em seu território, surgindo, assim, a jurisdição.

Tal atividade estatal tem uma importância incontestável para o Direito. Por isso, nas próximas linhas, serão investigados os seus fins e qual deve ser a tutela prestada ao direito das partes que se submetem a ela.

2.1. Jurisdição e o seu escopo

Na tentativa de buscar quais são os objetivos almejados pela jurisdição, é preciso percorrer as lições de Chiovenda. Para o mestre italiano, a função da jurisdição é atuar a vontade concreta da lei. Segundo o autor, a jurisdição em um processo de conhecimento é uma substituição

[...] definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes. (CHIOVENDA, 1922, p. 365).

Apesar do brilhantismo do autor, tal concepção não mais atende às necessidades do Direito moderno. É preciso lembrar, com a lição de Marinoni, que o autor estava em um contexto no qual a atividade interpretativa não era algo que recebia a devida atenção. Essa teoria partia do pressuposto de que “o juiz podia solucionar qualquer caso mediante a aplicação de normas gerais, uma vez que o ordenamento jurídico seria completo e coerente”. (MARINONI, 2013, p.91). Prossegue o renomado processualista:

Se a legislação era completa e coerente, e assim capaz de dar à jurisdição condições de solucionar qualquer caso, o juiz jamais precisaria cristalizar uma norma – mediante a interpretação da lei de acordo com a Constituição – para regular a situação litigiosa. Não precisaria e nem poderia delinear uma norma jurídica segundo os ditames da Constituição porque nessa época não se apresentava a ideia de que a validade da lei é vinculada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Como a lei também não podia considerar a realidade, as desigualdades sociais e o pluralismo, bastava à jurisdição aplicar a lei genérica e abstrata, típica do Estado Liberal. (MARINONI, 2013).

Portanto, as lições de Chiovenda, neste particular aspecto, não são suficientes, pela ausência de uma interpretação voltada à construção de normas que respeitem a Constituição e os direitos fundamentais do homem.

Outra definição clássica e de extrema valia foi concedida por Carnelutti (1936, p. 40). Para ele, a função da jurisdição é a de justa composição da lide, a qual consiste no conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência de outro interessado. Tal composição seria feita pelo fato de a sentença tornar concreta uma norma antes abstrata e genérica – fazendo particular a lei aos litigantes.

Não será abordada a questão de existir ou não lide no processo penal, pois tal esforço exigiria um estudo apartado. Basta, para os fins deste trabalho, dizer que a lide no processo penal é eventual, isto é, não importa se o acusado concorda com a imputação (*e.g.* por meio da confissão) feita pelo *parquet*. A condenação só poderá advir se, nos autos, existirem provas de que ele cometeu o fato criminoso. O que interessa da noção carneluttiana é a ideia de que, ao fim da atividade jurisdicional, a Lei, abstrata e genérica, deverá ser aplicada de maneira particularizada.

Essa concretização da Lei só pode ser resultado da atividade interpretativa do jurista. Tal atividade, contudo, dista de ser fácil. Em uma sociedade complexa e pluralista, o legislador não é capaz de acompanhar o frenético ritmo das mudanças sociais. Por isso, a “atualização” do sentido das regras e princípios cabe ao intérprete.

Evidentemente, cada intérprete possui convicções e opiniões próprias, o que poderia levar a uma infinidade de interpretações diferentes sobre um mesmo objeto, arruinando a necessária coerência e segurança do Direito (características a ele intrínsecas, ao menos de um ponto de vista weberiano). No entanto, é imprescindível à atividade hermenêutica um grau acentuado de intersubjetividade, isto é, que as pré-concepções individuais do intérprete sejam mitigadas ao longo do processo interpretativo. Uma das maneiras para tal controle é colocar o texto constitucional como parâmetro, buscando conciliar a produção acadêmica da doutrina com as opiniões pessoais do intérprete para dar ao caso concreto uma resposta adequada à Constituição.

É exatamente desta forma que a força normativa da Constituição se efetiva: não mais pode a norma infraconstitucional passar apenas

por um controle formal de constitucionalidade; a norma – que, ensina Grau (2013, p. 45) nada mais é que o produto da interpretação do texto – deve ser construída de modo a dar efetividade ao texto constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais¹.

Portanto, unindo a lição de Carnelutti com o que foi tratado brevemente sobre a interpretação, fica claro que a lei, abstrata e genérica, deverá ser aplicada no caso concreto de modo a dar a necessária tutela aos direitos garantidos na Constituição. Obviamente, com as alterações que ocorreram na Teoria da Constituição (principalmente no que tange à questão da supremacia do texto constitucional) mudanças drásticas também atingiram o Direito Penal. Conforme ensina Figueiredo Dias, mudanças no direito penal substantivo alteram sua face processual:

Assim, logo a conformação teleológica fundamental do direito penal substantivo exercerá uma enorme influência na concepção do direito processual penal respectivo. Mesmo relativamente a problemas processuais os mais concretos ficam o seu sentido e sua solução de problemas dependentes de uma certa tomada de posição por parte do direito substantivo, de tal modo que alterações deste (mesmo mínimas) se comunicam, por vezes com força potenciada, ao direito processual penal. (DIAS, 1974, p. 28).

Quais seriam os direitos constitucionais, trazidos pela Carta de 1988, que alteraram a base do direito processual penal? A resposta necessariamente deve conter (i) o respeito ao devido processo legal com todos os seus corolários e (ii) a presunção de inocência. Não é por outra razão que Tucci (2011, p. 39) elege como objetivo da jurisdição penal a tutela da liberdade de locomoção humana. Disso não destoa Marinoni (2013, p. 111) quando afirma que a jurisdição deve dar tutela às necessidades do direito material, compreendidas à luz das normas constitucionais.

¹ Concordando com a ideia de que a interpretação não pode depender das concepções subjetivas, Eros Roberto Grau (2013, p. 20) leciona com maestria: “O intérprete está vinculado com a objetividade do direito. Não com a minha ou sua justiça, porém o direito. Não ao que grita a multidão enfurecida, porretes nas mãos, mas o direito”.

Neste ponto, é preciso fazer um importante esclarecimento: o direito processual penal não tutela os mesmos bens ou interesses que o direito penal. Enquanto este visa proteger determinados bens jurídicos, proibindo ou ordenando condutas sob pena de sanção, o processo penal, como já foi dito, é uma proteção ao cidadão acusado da prática de uma infração penal.

É bem verdade que o processo penal é um caminho necessário para a aplicação de uma pena², contudo, isso não quer dizer que ele esteja a serviço do direito penal. O processo é uma garantia da pessoa contra abusos estatais, motivo pelo qual é seguro afirmar que a lei processual penal é, em primeiro lugar, um complemento necessário do texto constitucional e não da lei penal substantiva. Marco Antonio de Barros, nesse sentido, acentua que “não é tarefa da Constituição ditar regras sobre o processo penal, cabendo estabelecer os princípios supremos e genéricos que regem o sistema”. (BARROS, 2013, p. 66).

Essa conclusão pode ser alcançada por um simples raciocínio lógico: se é certo que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, CF/88), então não se pode dizer que o Estado tem em face do imputado uma pretensão punitiva³, pois não pode ter pretensão alguma contra alguém presumidamente inocente. O Estado tem o direito de punir o autor do evento delituoso, o qual somente será descoberto ao fim do processo. Em suma, inicialmente o direito estatal é unicamente processual, ou seja, o direito de imputar a alguém a prática de um fato relevante para o direito penal – uma pretensão acusatória.

A efetividade do Direito Penal é garantida aparelhando-se os órgãos de persecução, isto é, as polícias e o Ministério Público, e garantindo-se a este último o pleno exercício contraditório. Não é o proces-

² É o que se extrai do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

³ Pelo rigor técnico que o presente estudo exige, esclarece-se que o conceito de “pretensão punitiva” adotado foi fornecido por Carnelutti (1950, p. 191), o qual afirma que “a pretensão penal é, em particular, a exigência de submetimento de alguém à pena”.

so penal, por si só, que tutela o direito penal substantivo e os bens jurídicos por ele protegidos.

Assim, não é difícil visualizar que o processo penal se apresenta como algo que deve viabilizar a tutela prometida pelo direito material (que, como visto nas linhas anteriores, não pode ser a clássica pretensão punitiva). Os direitos em questão são a presunção de inocência e o direito ao devido processo legal.

Com razão, Marinoni (2013, p. 149) afirma que “tutelar direitos, em outros termos, é aplicar a lei, diante de situações concretas, a partir dos direitos fundamentais”. O autor afirma ainda que “ao se dizer que a jurisdição tem o dever de tutelar os direitos, deseja-se igualmente pôr às claras que ela tem o dever de viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição”, evitando inclusive que a inidoneidade técnica adotada pelo legislador prejudique tal tarefa. Nesse sentido também, acrescenta Lopes Júnior (2014, p. 41): “nossa opção é pela leitura constitucional e, dessa perspectiva, visualizamos o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais”.

Entender de outro modo é ter a Constituição como um mero instrumento retórico, desempenhando uma função simbólica⁴. De nada adianta um inciso despertar uma ilusão de progresso quando a sua aplicabilidade é frustrada por construções teóricas conservadoras. No oportuno comentário feito por Marx sobre a Constituição da República Francesa, o autor diz ser “um ardil a promessa de liberdade total e a garantia dos mais belos princípios se se deixa a sua aplicação, os detalhes, para a decisão da legislação posterior.” (MARX, 1851).

2.2. A função do intérprete no Direito Contemporâneo

Não seria possível, pelas limitações que o presente estudo exige, dar a devida atenção ao tema da hermenêutica em um Estado Constitucional de Direito. Contudo, é necessário ao menos explicitar a posição teórica adotada.

⁴ O tema da Constitucionalização Simbólica foi muito bem trabalhado por Marcelo Neves em Constitucionalização Simbólica. In: CANOTILHO, 2013, p. 67.

Conforme já foi dito, a norma jurídica não surge sem o processo de interpretação. O antigo brocardo *in claris cessat interpretatio* não tem mais sentido no contexto atual, pois até para saber se algo está claro ou não, é preciso antes interpretá-lo. A norma não é o objeto da interpretação; é o seu resultado. Todavia, manter a atividade hermenêutica presa ao texto da lei não é suficiente, sendo oportuna a lição de Grau:

É que a norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos da realidade e do caso ao qual ela será aplicada (mundo do ser). Note-se bem que, ao interpretar os textos normativos, o intérprete toma como objeto de compreensão também a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá. Além disso, os fatos, elementos do caso, hão de ser também interpretados. (GRAU, 2013, p. 46).

É preciso chamar atenção à importância que o contexto histórico exerce no processo de construção da norma jurídica. Por isso, na interpretação da lei processual penal não é aceitável continuar buscando a inatingível *mens legislatoris* (até porque um órgão pluralista como uma casa do Legislativo não tem uma vontade unívoca). O intérprete não se pode sujeitar, por exemplo, aos debates travados no parlamento em torno da intenção dos que elaboraram a lei. Deve, no entanto, reconhecer tais circunstâncias e perceber as modificações ocorridas no meio social para sua aplicação. (GADAMER, 1999, p. 401).

Após anos de luta, uma Constituição democrática finalmente apareceu para trazer mudanças. Portanto, cumpri-la é um avanço considerável. Efetivar o direito de presunção de inocência e o devido processo legal, nos termos mínimos propostos pelo texto constitucional – ou seja, cumprir o que a Constituição promete – muitas vezes é visto como uma postura “positivista”. Há uma lamentável confusão neste ponto, em que se colocam as diversas faces do positivismo jurídico sob um mesmo rótulo, e se esquece a superação dessas formas pelo e no interior do paradigma da linguagem. (STRECK, 2014, p. 49).

Surpreendentemente, no entanto, existe hoje no Brasil um verdadeiro fascínio de parte da doutrina por teorias argumentativas do Direito (muitas vezes apenas uma vulgata da teoria alexyana) que, inadvertidamente, acabam relativizando todos esses direitos e garantias arduamente conquistados. Parte da doutrina, utilizando o que são habitualmente chamados de “princípios” da ponderação e da proporcionalidade, relativizam aquilo que o próprio texto constitucional quis mais rígido.

Como bem adverte Ávila (2013, p. 98), com a intenção de diminuir o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas, ao fazê-lo, sem o mínimo de objetividade ou de rigor técnico, aumenta a injustiça pela intensificação do decisionismo. Paradoxalmente, carregando a imagem de uma aplicação progressista e efetiva do ordenamento jurídico, a doutrina lança os fundamentos para que o próprio conservadorismo seja instalado.

Evidentemente, tal prática bloqueia a consistência jurídica, subordinando o Direito imediatamente às intrusões particularistas do poder. Tal inconsistência gerada não é muitas vezes notada, pois fica encoberta pela força retórico-argumentativa⁵ dos princípios relativizadores (como se verá adiante o caso do chamado “princípio da verdade real”).

É preocupante quando o discurso da “prevalência do interesse público sobre os direitos individuais” vem atrelado ao “princípio” da proporcionalidade, o qual muitas vezes é aplicado de maneira retórica e sem rigor técnico. A questão foi brilhantemente tratada pelo ministro Eros Grau em seu voto proferido no HC 95.009/SP:

⁵ Marcelo Neves (2013, p. 173-174) aponta que durante o nacional-socialismo foram precisamente os juristas que proclamaram a importância de princípios orientados por valores e teleologias que pontificaram nas cátedras. Autores ditos “formalistas”, como Hans Kelsen, foram banidos de suas cátedras ou não tiveram acesso ao espaço acadêmico. Durante o regime militar brasileiro semelhante experiência ocorreu com o modelo axiológico proposto por Miguel Reale, sua “teoria tridimensional do Direito, que serviu como crítica às vertentes “formalistas”. É claro que um modelo rígido de regras é desastroso para um regime político de exceção, no qual as exceções são definidas *ad hoc* para a manutenção da estrutura de dominação. Regras significam limitações ao Estado, o que impede ou ao menos dificulta a “maleabilidade” necessária para conter as pressões de grupos e pessoas.

Tenho criticado aqui – e o fiz recentemente (ADPF 144) – a banalização dos ‘princípios’ (entre aspas) da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um ‘princípio’ superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios – porque não reproduzem as suas características – porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito. No caso que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual ‘não há direitos absolutos’. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz a gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade que deveria acudir-nos.

Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da ‘necessária atividade persecutória do Estado’, à ‘supremacia do interesse público sobre o individual’. Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo – não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente – *não tem lugar em matéria penal e processual penal*. ‘Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Min. Ilmar Galvão) que a interpretação sistemática da Constituição ‘leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar’. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie’ (BRASIL, 2008, grifo nosso).

Logo, no contexto democrático em que o país está inserido (ou ao menos era para estar) estão superadas as considerações pela “supremacia do interesse público”. As regras do devido processo penal e a presunção de inocência são garantias democráticas, limitadoras da ação estatal e acima da discussão reducionista entre público/privado.

3. Sistemas processuais

Ao longo da História, é possível visualizar uma estreita relação entre o modo pelo qual o poder estatal é exercido e as características do processo penal. Os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são a resposta às demandas do Direito Penal e do Estado em um determinado período histórico.

Em países que não possuem uma forte base democrática, é comum um processo penal mais voltado ao utilitarismo, geralmente secreto, e até mesmo a inversão da carga probatória. Em um Estado que respeita mais as liberdades individuais, é comum o predomínio de um sistema acusatório, marcado pela separação entre os órgãos acusadores e os julgadores.

Como se pode perceber, a questão é muito mais política do que técnico-processual. Na verdade, a escolha do sistema processual decorre do próprio modelo de Estado que o instituiu e das relações deste com seus cidadãos. Não é por outra razão que Figueiredo Dias afirma: “diz-me como trata o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu”. (DIAS, 1974, p. 428).

Não há consenso no país sobre qual o modelo processual adotado no processo penal brasileiro. A jurisprudência dos tribunais superiores afirma que o modelo seguido é o acusatório, posição ratificada por boa parte da doutrina. Outros, não sem motivos, caracterizam o processo penal brasileiro como (neo)inquisitório. O eterno dilema “acusatório *versus* inquisitório” muitas vezes acaba escurecendo qual deve ser o ponto central do debate.

Evidentemente, o processo penal existente no Brasil possui características dos dois sistemas processuais. Há um nítido conflito entre os valores trazidos pela Constituição de 1988 e a feição autoritária da legislação processual penal. Esse descompasso leva alguns doutrinadores a classificar o sistema brasileiro como misto ou mesmo “acusatório formal”⁶.

⁶ Binder (2013, p. 51), de maneira acertada, afirma que “acusatório formal é novo nome do sistema inquisitivo que chega até nossos dias”.

Com o devido respeito a tais posições, não há como negar que elas são fruto de um reducionismo que não pode ser tolerado. Pensar que apenas uma separação inicial das funções de acusar e julgar é suficiente para um processo acusatório é um equívoco que não pode ser cometido por aqueles que pretendem a construção de um processo penal democrático.

A Constituição lançou as bases para um processo penal no qual o juiz acusador-instrutor não tem mais lugar e o texto infraconstitucional deve se adequar a essa mudança. Se uma norma legal não está em conformidade com os parâmetros constitucionais, ou seja, incapaz de prestar a tutela autorizada e prometida pela Constituição, é certo que: (i) deve-se buscar no seu texto uma interpretação conforme a Constituição⁷ ou de acordo com esta⁸; (ii) não se deve aplicá-la, declarando sua inconstitucionalidade. Só assim é preservada a supremacia do texto constitucional. Permitir que a Lei dobre a Constituição, impedindo a efetivação dos direitos e garantias nela previstos, é uma postura que desconsidera todos os avanços conquistados pela doutrina nas últimas décadas.

Ao garantir a todos os acusados o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência, o constituinte deu os primeiros passos para a construção de um processo com a nítida separação entre acusador-julgador. Tal conclusão é alcançada a partir da lição dada por Cunha Martins (2011, p.8), o qual afirma “provar é em boa medida convencer”. Ou seja, quando o juiz traz ao processo alguma prova, ele o faz para se convencer de algum fato, que pode ser favorável ou desfavorável ao acusado.

Contudo, como a dúvida milita a favor do acusado, se o juiz não estiver convencido da culpa, não pode assumir as rédeas da instrução, pois estaria ignorando, a um só tempo, a presunção de inocência e o contraditório. Apesar de não tão evidente quanto a violação daquela, o contraditório é atingido, pois este só tem sentido em um

⁷ Forma de controle de constitucionalidade na qual se exclui a interpretação proposta inicialmente e se impõe outra, adequada à ordem constitucional.

⁸ Técnica de interpretação que consiste em adotar, entre as várias interpretações constitucionais possíveis, aquela que melhor se ajusta à Constituição.

processo de partes. Uma parte apresenta sua versão, a outra responde, e o magistrado, assim, forma o seu convencimento. Se o juiz colhe elementos para fundamentar sua sentença, ele já está, conscientemente ou não, vinculado a um polo do processo, transformando a resposta da parte prejudicada em mera formalidade sem poder algum de convencimento.

Não é por outro motivo que o ordenamento jurídico brasileiro conta com um Ministério Público, instituição que, tamanha sua importância, a própria Constituição declara ser permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

O *parquet* é uma parte essencial no processo penal, criada justamente para possibilitar o contraditório e a imparcialidade do órgão julgador – imparcialidade prevista no pacto San José da Costa Rica, cujo art. 8º afirma o direito de a pessoa ser julgada por um órgão independente e imparcial.

Apesar de realmente existirem, no processo penal brasileiro, várias características próprias do sistema inquisitório, a análise deve ser voltada ao princípio unificador. Tendo isso em mente, comanda o sistema inquisitório o princípio inquisitivo; já no sistema acusatório, é o princípio dispositivo⁹ que lhe informa. (ROSA, 2013, p. 54-55). Embora não mais exista um processo que se enquadre perfeitamente nas características dos modelos históricos, não há mais sentido em continuar com o debate “acusatório *versus* inquisitório”. Não há razão para invocar conceitos do passado para tentar dar sentido ao presente, já que o ponto que importa é o tratamento que se dá à questão da gestão da prova.

4. A iniciativa probatória do órgão julgador e o ônus da prova no processo penal

Um sujeito pode se encontrar em diversas posições jurídicas na relação jurídico-processual, ou mesmo naquelas de direito material.

⁹ Devido aos múltiplos significados que podem ser atribuídos ao “princípio dispositivo”, é necessário clarificar que ele, no contexto empregado, se refere à disponibilidade das partes sobre o material probatório com o qual o juiz formará seu convencimento.

Essas posições jurídicas classificam-se em ativas e passivas. As primeiras (também chamadas de favoráveis ou positivas) são aquelas preordenadas a efetivar um interesse do titular, enquanto as passivas (desfavoráveis ou negativas) são aquelas que realizam um interesse de outrem. No primeiro caso, encontram-se os direitos, os poderes e as faculdades. No outro, as obrigações, os deveres e as sujeições. (BADARÓ, 2001, p. 169-170).

Para Carnelutti (1936, p. 56), o ônus é uma posição jurídica passiva. Contudo, o ônus é uma manifestação de liberdade, sem qualquer forma de coerção para sua observância ou realização. Resumidamente, é a faculdade do sujeito de executar o ato para a obtenção de um resultado favorável. É a presença desse caráter positivo da ideia de ônus que demonstra a contradição em classificá-lo como uma posição negativa.

Há na ideia de ônus, portanto, as noções de poder e liberdade. Há um ônus quando o exercício de alguma faculdade é condição para se obter uma determinada vantagem ou impedir uma situação desvantajosa. (BADARÓ, 2001, p. 171). O ônus consiste em uma faculdade cujo exercício é necessário para a obtenção de um interesse.

Importante classificação feita por Goldschmidt (1936, p. 82-83) distinguiu duas espécies de ônus: (i) ônus perfeito: o prejuízo ocorre necessária e inevitavelmente no caso do seu descumprimento; (ii) ônus menos perfeito: a consequência somente se produz *arbitrio iudicis*. O autor afirma não existirem “ônus completamente imperfeitos”, pois, se não há consequência para o descumprimento, não há ônus algum.

No que diz respeito ao ônus de provar algo em um processo, a doutrina passou a distinguir o ônus da prova subjetivo do objetivo. O ônus da prova subjetivo dirige-se às partes e será tratado adiante. O ônus da prova objetivo tem como alvo o julgador, constituindo verdadeira regra de julgamento. Não pode o julgador pronunciar o *non liquet* se ao final da instrução ainda restar dúvida sobre algum fato, pois, no momento de decidir, tal dúvida deverá ser considerada prejudicial à parte que não se desvencilhou do seu ônus de provar. Surgem, portanto, regras acerca da distribuição do ônus da

prova para que o juiz possa se pronunciar sobre uma pretensão formulada mesmo quando algum ponto não tenha sido suficientemente esclarecido.

O ônus da prova subjetivo é o encargo, que pesa sobre as partes, de buscar as fontes de prova e introduzi-las no processo pelos meios de prova. Na lição de Badaró:

Neste caso, o ônus subjetivo da prova tem uma função de direcionamento da atividade das partes na produção da prova. O ônus da prova funciona como um estímulo para as partes, visando à produção das provas que possam levar ao conhecimento do juiz a verdade sobre os fatos. Em função dessa distribuição de riscos sobre a não comprovação de um fato, em que se fundamenta a pretensão ou a defesa, é que as regras sobre ônus da prova funcionam como uma pressão psicológica para as partes, tendo o efeito de motivá-las a participar ativamente a fornecer a prova dos fatos que pretende ver reconhecidos no processo. As partes são estimuladas a provar suas alegações, ante o risco da prova frustrada. (BADARÓ, 2001, p. 181).

Eis como a questão foi tratada pelo Código de Processo Penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 1941).

Por ora, somente o *caput* do referido dispositivo legal receberá comentários. O primeiro ônus da prova surge, obviamente, com o oferecimento da denúncia¹⁰. Ao Ministério Público cabe a tarefa de

¹⁰ Ou queixa-crime, no caso de ação penal privada.

provar a culpa do imputado, além de qualquer dúvida razoável. Em outras palavras, o *parquet* tem o ônus de comprovar a prática de um crime ou contravenção (fato típico, ilícito e culpável)¹¹ e a autoria deste acontecimento. Caso o órgão acusador não consiga se desencilhar de tal ônus, a sentença só pode ser a absolutória.

Lembram Marinoni e Mitidiero (2013, p. 746) que só se poderá considerar provada a culpa do acusado para além da dúvida razoável se: (i) a condenação for capaz de explicar todos os dados disponíveis nos autos, integrando-os de forma coerente, e novos dados que a condenação hipoteticamente permite formular, e (ii) forem refutadas todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados compatíveis com a sua inocência. Qualquer coisa aquém disso transformaria a presunção de inocência em um simulacro de garantia.

À defesa, por sua vez, não é possível que seja atribuído um dever de se defender. Explica Badaró:

O Estado não pode impor ao acusado o dever de provar sua inocência. É verdade que, na integração entre autodefesa e defesa técnica, esta última terá que estar presente no processo penal. Trata-se, contudo, de regra que se volta menos ao acusado e muito mais ao próprio Estado, impondo-lhe a obrigação de ofertar um defensor para todo e qualquer cidadão que, por qualquer motivo, não esteja amparado por profissional com habilitação técnica. Não há, porém, em relação ao acusado, um dever de prestar defesa técnica. (BADARÓ, 2001, p. 230).

Não há, portanto, um dever do acusado de provar sua inocência. A presunção de inocência e o *in dubio pro reo* levam a esta conclusão, impedindo que se imponha ao acusado qualquer ônus probatório. O que há para o imputado é uma assunção de riscos. A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. (LOPES JUNIOR,

¹¹ Há uma acesa discussão na doutrina envolvendo a questão de a acusação possuir ou não o dever de comprovar a inexistência de causas excludentes da ilicitude ou culpabilidade. Parte da doutrina afirma ser necessária somente que seja provada a autoria e a materialidade, cabendo ao imputado provar as teses defensivas que alegar. Há forte posicionamento apontando que, devido ao *in dubio pro reo* e a presunção de inocência, o ônus cabe inteiramente à acusação. Não é possível tratar da questão com a necessária atenção no presente estudo, pois isso acabaria retirando o foco do tema principal.

2013, p. 563). Quando é facultado ao acusado fazer prova de algum fato e este não aproveita essa chance, nasce (ou aumenta) o risco de uma sentença desfavorável. Exemplo disso é o direito constitucional ao silêncio (representado frequentemente através do brocardo *nemo tenetur se detegere*) que não gera qualquer prejuízo processual, pois não há uma carga para o réu. O não aproveitamento das chances de produzir provas tão só potencializa o risco de uma sentença condenatória.

Portanto, é seguro dizer que, por qualquer ângulo que se examine o processo penal, todo o ônus probatório pertence ao órgão acusador. É o que exige a garantia constitucional da presunção de inocência, valor fundante do sistema de provas. Ou ao menos seria, se inúmeras relativizações não acontecessem no dia-a-dia forense, principalmente por conta do decantado “princípio da verdade real”.

4.1. A eterna busca pela (imaginária) “verdade real”

Huxley, em uma de suas narrativas, já alertava para a carga valorativa que algumas palavras, por si só, já contêm. Escreveu brilhantemente o autor:

Afigura-se-lhe que só de chamar a pior prisão de verdadeira liberdade, você conseguirá que todos se sintam atraídos para a prisão. E o pior é que você tem toda a razão. Para a maioria das pessoas *o nome vale mais do que a coisa*. Tais pessoas seguem o homem que o repete com mais frequência e em voz mais alta. E não há dúvida que “a verdadeira liberdade” é um nome melhor do que “a liberdade” *tout court*. (HUXLEY, 1944, p. 64, grifo nosso).

Não é difícil perceber que o mesmo acontece no processo penal quando o tema é a busca da “verdade real”. Muitos juristas imediatamente são cativados pelo belo nome dado a esta técnica que legitimou as maiores atrocidades cometidas na história do processo penal e percebem que esta “busca” não tem mais espaço em um Estado Democrático.

É no sistema inquisitório que nasce a ideia de que o imputado nada mais é do que um mero objeto de investigação, detentor da verdade

de um crime e, portanto, pode ser submetido a um inquisidor que está autorizado extrai-la a qualquer preço¹². A busca pela verdade absoluta é sempre intolerante a ponto de negligenciar os mais básicos direitos do imputado. Tal pensamento decorre justamente do processo canônico, em tempos nos quais o combate a qualquer custo da heresia legitimava qualquer meio necessário. A maior crueldade não eram os abusos do inquisidor e sim “o afastamento do caminho para a eternidade”.

Mais um caso em que um “princípio” é utilizado retoricamente para encobrir manipulações que bloqueiam a consistência constitucional de uma ordem jurídica, dissolvendo o direito e subordinando-o às intrusões particularistas do poder. (NEVES, 2013, p. 129). É assim que, com uma manipulação retórica, regras básicas de um processo penal democrático, como a presunção de inocência, são afastadas.

A justificativa dada pelos autores da atualidade que ainda defendem este “princípio” também não satisfaz. Nucci (2012, p. 109) afirma que “a verdade é una e sempre relativa” sendo preciso encontrar a realidade dos fatos tal como ocorreram. Contudo, o autor prossegue dizendo que o que é verdadeiro para uns, não o é para outros.

Parece que o mencionado doutrinador confunde os conceitos de “verdade” e o de “opinião”, colocando-os como sinônimos. Ora, se algo é uno (a verdade é um acontecimento histórico), não pode ser relativo (pois não é a percepção de um sujeito sobre os fatos). Se a verdade é una, ela não aceita tais adjetivações: verdade real, verdade formal, verdade material, entre tantas outras. Ou algo aconteceu, e por isso é verdadeiro, ou nunca existiu no mundo.

¹² LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 112. Sobre o tema PACELLI assevera: “o aludido princípio, batizado como da verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizava, no passado, por entendermos que, desde 1988 tal não é mais possível. A igualdade, a par conditio (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e de atuação do juiz, impedem-no” (In: *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 331).

Continuando, Nucci (2012, p. 108-109) diz que “verdade formal é a que emerge no processo conforme os argumentos e as provas trazidas pelas partes” e a verdade material surge quando o juiz é coator na produção de provas. Qual seria a justificativa para esta diferenciação? Qual a garantia de que as provas produzidas pelo juiz corresponderiam ao evento investigado se a “verdade é relativa”? Em outras palavras, se a verdade não é absoluta (para o doutrinador) como sustentar que o processo busca a “verdade real”? Impossível, pois o pensamento mescla correntes filosóficas distintas (basicamente, o objetivismo e o relativismo pós-moderno), caindo em grave contradição.

Sobre o tema, pontua com precisão Lênio Streck:

Com efeito, se, de um lado, os juízes ainda acreditam na possibilidade da busca da verdade real (sic), como se existissem essências (ontologia substancialista clássica), de outro, tomam para si a condução da prova no processo, como se a produção da prova pudesse ser gerida a partir de sua consciência (filosofia da consciência, em que o sujeito ‘constrói’ o objeto, mediante leis gerais do ‘espírito’). Ora, por trás desse ‘vício de origem’ da metodologia do direito está a velha discricionariedade. (STRECK, 2011, p. 59).

A relação da verdade com o processo é, de fato, complicada à primeira vista. Cernelutti dizia ser estéril a discussão a respeito de viger a verdade real (material) ou a verdade processual (formal). O problema era a “verdade”. Afirmou o autor “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”. (CARNELUTTI, 1965, p. 4-9).

A função do processo ou da prova não pode ser a busca da verdade, até porque nada garante que ela será sempre encontrada. Nesse sentido, Marco Antônio de Barros afirma que “a busca da verdade não significa o fim do processo e não se pode concluir que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado”. (BARROS, 2013, p. 27). O escopo do processo é, através da prova, fazer a reconstituição de um fato histórico (crime), porém tal reconstrução sempre será minimalista e imperfeita (LOPES JR., 2013, p. 585).

Tendo isso em mente, fica claro que em um processo inquisitório o juiz não está buscando a verdade quando produz provas de ofício (quer ele saiba disso ou não); ele está ignorando o contraditório para buscar elementos que irão fundamentar a sentença que ele crê ser correta. É o absurdo bastante difundido na doutrina brasileira, em que o juiz toma sua decisão e depois busca os fundamentos para justificá-la. Uma inversão inaceitável na ordem do processo.

A finalidade da prova no processo é fornecer elementos para uma narrativa. A acusação narra a prática de um evento delituoso praticado por uma pessoa; o imputado busca, por exemplo, desconstruir a narrativa do Ministério Público. Ao fim da instrução, tudo aquilo que foi alegado será objetivamente valorado e o julgador declarará: (i) que o fato criminoso foi praticado pelo denunciado e por isso a lei penal poderá ser aplicada; (ii) que o acusado não praticou um fato definido como crime, seja porque foi provada sua inocência ou porque o órgão acusador não conseguiu se desvencilhar do ônus imposto pela Constituição.

A narrativa constante da sentença é a que importará ao mundo jurídico (podendo ou não corresponder ao que realmente ocorreu) e é ela que será revestida pelos efeitos da coisa julgada¹³.

Em outras palavras, o juiz, ao decidir, dá a uma narrativa a capacidade de gerar (ou não, no caso da inocência) a capacidade de produzir efeitos jurídicos – mesmo que tal narrativa não corresponda a um evento que efetivamente ocorreu (ou não) ao longo da história. Entender que o conhecimento humano é finito e que os meios de prova disponíveis são falhos é algo essencial para que as atrocidades de outrora não mais ocorram.

A verdade pode aparecer no processo, isso é inegável. Contudo, ela é contingencial e não estruturante do processo. A legitimidade de uma decisão não vem da verdade, e sim da estrita observância do contraditório e das regras do devido processo legal. São essas regras

¹³ Importante lembrar que a coisa julgada poderá ser afastada pela revisão criminal quando for favorável ao réu, alterando a narrativa relevante para o mundo jurídico quando for julgada procedente.

que protegem o imputado do decisionismo judicial e dos abusos do processo inquisitório, fundado na utópica “verdade real”.

4.2. A produção de provas na fase investigatória

O inciso I do artigo 156 não constava da redação original do Código Penal. Esse inciso foi acrescentado pela Lei 11.690 de 2008 e dele é possível extrair uma norma que autoriza o magistrado a ordenar, mesmo antes de instaurada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, respeitando-se a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Antes de passar ao problema central do referido inciso, logo se percebe como é fácil manipular os inúmeros conceitos indeterminados dele constantes para legitimar toda e qualquer produção de provas. “Urgência”, “relevância”, “necessidade”, “adequação” e “proporcionalidade” são palavras que, pelo grau elevado de abstração, não regulam o tema com a necessária certeza que se espera de um ordenamento jurídico, ainda mais em um país como o Brasil, em que cada juiz interpreta a Lei como bem deseja. Falta a essas palavras uma concretude semântica, o que acarreta uma aplicação generalizada desse dispositivo.

O maior problema, contudo, está justamente no núcleo deste inciso. Um equívoco inaceitável foi cometido pelo legislador e, posteriormente, aceito por boa parte da doutrina. Eis o dado ignorado: a investigação pré-processual não interessa ao juiz, e sim ao Ministério Público.

O escopo destas investigações preliminares é fornecer ao *parquet* elementos probatórios mínimos, a fim de que este verifique se é possível (ou não) acusar alguém da prática de um evento delituoso. Nesse sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

1. STF: competência originária: *babeas corpus* contra decisão individual de ministro de tribunal superior, não obstante suscetível de agravo. II. Foro por prerrogativa de função: inquérito policial. 1. (...) III. Ministério Público: iniciativa privativa da ação penal, da qual decorrem (1) a irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito policial fundado na falta de base empírica para a denúncia, quando formulado pelo Procurador-Geral

ou por Subprocurador-Geral a quem delegada, nos termos da lei, a atuação no caso e também (2) *por imperativo do princípio acusatório, a impossibilidade de o juiz determinar de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido*. (BRASIL, 2002, grifo nosso).

O juiz, até então, tem como função garantir que os direitos do suspeito não sejam violados pelos órgãos estatais investigadores.

Não é por outra razão que a própria Constituição submete algumas hipóteses de interferência em direitos fundamentais da pessoa (como o mandado de busca e apreensão na casa do investigado) a uma cláusula de reserva de jurisdição. Somente aos magistrados cabe autorizar a prática desses determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação, consta do próprio texto da Carta Política.

Acertadamente, alguns doutrinadores lecionam que o juiz que atua na fase investigatória deve ser um “juiz das garantias”, ao qual caberia o papel de monitorar o devido respeito aos direitos e garantias fundamentais do suspeito ou indiciado, na primeira fase da persecução penal. Além disso, um juiz que atua ativamente em uma investigação não pode se dizer imparcial para julgar o processo futuramente, uma vez que está subjetivamente vinculado à tese cuja prova fora anteriormente produzida.

Atentos a este fato, os autores do anteprojeto do novo Código de Processo Penal incluíram ao art. 17: “o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo”, justamente para assegurar a imparcialidade do magistrado que julga a ação.

O Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade de um dispositivo que autorizava o juiz a produzir provas antecipadamente. A norma em questão constava da antiga Lei de Organizações Criminosas (Lei nº. 9.034/95) e, ao longo dos debates do julgamento da ADI 1570-DF, fixou-se o entendimento de que, ao buscar fontes de prova, o magistrado vincula-se subjetivamente a um polo, fragilizando a sua tão cara imparcialidade, motivo pelo qual a in-

investigação pré-processual efetuada por ele seria inconstitucional¹⁴. Contudo, o art. 156 e seu inciso I – cujo teor em muito se assemelha à norma inconstitucional constante da Lei 9.034/95 – continuam em vigor e sendo aplicados diariamente.

Eis o problema causado pelo “casuísmo” adotado pela jurisprudência brasileira e suas fundamentações *ad hoc*. Ora, se um dispositivo afronta a Constituição do mesmo modo que outro já julgado inconstitucional em via de controle concentrado, por uma questão de coerência e segurança dentro do ordenamento, o correto seria declará-lo incompatível com a Constituição quando suscitado. Não é o que ocorre, uma vez que as Cortes Superiores ainda insistem em legitimar esta produção de provas de ofício¹⁵.

Garantias e direitos mais elementares, no caso o julgamento por um órgão imparcial, são “ponderadas” e suprimidas sem que haja qualquer possibilidade de reação por parte da parte prejudicada. Nesse ponto, alerta Marcelo Neves para o perigo dessa falta de rigor técnico:

Mas a principiologia e o modelo de sopesamento, se adotados de forma muito maleável e tecnicamente imprecisa, atuam como

¹⁴ Eis a ementa do julgamento: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.

1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras.

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal.

3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.

¹⁵ Por exemplo: STF - HC: 121689 DF, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 13/05/2014, Primeira Turma; STJ - RHC: 47525 DF 2014/0106874-8, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 07/08/2014, T6 – Sexta Turma.

um estímulo ao casuísmo descomprometido com a força normativa da Constituição e a autoconsistência constitucional do sistema jurídico. (NEVES, 2013, p. 201).

De igual forma, chamando atenção para a importância que deve ser dada aos precedentes, adverte Neil MacCormick:

Com muitos juízes e muitas cortes e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras devem orientar a decisão independente do juiz do caso. Fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite a qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro. (MACCORMICK apud MARINONI, 2013, p. 136).

Assim, o primeiro inciso do art. 156 do Código de Processo Penal não tem lugar no processo penal brasileiro e deve ser declarado inconstitucional, seja por meio do controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

4.3. A produção de provas durante a fase processual

Liebman (1960, p. 17) afirma que a imparcialidade é o bem mais precioso e que deve ser preservada em todos os casos, mesmo que isso implique a retirada dos poderes instrutórios do juiz. Contudo, o segundo inciso do art. 156, após as alterações de 2008, é correspondente ao texto original do referido artigo, tal qual criado no longínquo ano de 1941. Isso pode explicar porque tal inciso é anacrônico e uma verdadeira afronta a essa garantia do acusado em um processo penal.

Ninguém nega que o Código de Processo Penal buscou inspiração em estatutos estrangeiros com um nítido caráter autoritário, principalmente no CPP italiano redigido por Vincenzo Manzini¹⁶. Tal conclusão pode ser facilmente extraída após a leitura desta passagem da exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro:

¹⁶ Ressalta-se que Manzini acreditava que “la prueba es la actividad procesal inmediatamente dirigida al objeto de obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real acerca de la imputación o de otra afirmación o negación que interese a una providencia del juez.” (MANZINI, 1996, p. 197-198). Fica evidente, portanto, o porquê de nosso Código de Processo apostar nos poderes instrutórios do magistrado, uma vez que buscava alcançar a intangível “verdade real” a todo custo.

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. (BRASIL, 1941).

O devido processo legal dista de ser um favor por parte do Estado. A presunção de inocência jamais pode ser considerada um pseudodireito, não em um Estado Moderno. Tal hipertrofia da repressão penal fazia parte do contexto histórico de elaboração do Código, criado durante um regime autoritário e a Segunda Grande Guerra, e tais características não mais persistem na atualidade. O respeito a direitos fundamentais também interessa ao interesse público, motivo pelo qual é paradoxal justificar a supressão daqueles com base neste.

Contudo, o maior problema deste inciso é a ampla aceitação, por parte da doutrina e jurisprudência, de sua aplicação. Já se discutiu a falácia da “busca da verdade real” neste estudo. Porém, é com base nela que julgadores tornam-se verdadeiros acusadores ou defensores. Existe no imaginário de boa parcela da comunidade jurídica brasileira a ideia de que a inércia do juiz resulta em injustiças, como se a prova por ele produzida fosse mais confiável do que aquela trazida aos autos pelas partes.

Os problemas são muitos. O primeiro deles é o impacto que tal conduta do julgador causa em sua imparcialidade. O juiz deve ser o garantidor do contraditório em um processo, “responsável pela regularidade na produção dos significantes probatórios e não da prova”. (LOPES JR, 2013, p. 85). Este é o ponto central da crítica que se faz ao dispositivo: como permitir que a mesma pessoa que produziu a prova seja aquela a valorá-la?

Badaró (2001, p. 82-83) afirma que o juiz dotado de poderes para a produção de provas não perde sua imparcialidade, uma vez que ele

não sabe, de antemão, o que dela resultará e, conseqüentemente, a parte que vai beneficiar. Ao continuar, o processualista diz que se o juiz está na dúvida sobre um fato e sabe que a produção irá eliminar sua incerteza, estaria sendo parcial caso continuasse inerte, pois beneficiaria a parte contrária à qual incumbiria o ônus daquela prova. Tal raciocínio não pode ser aceito.

A sistemática da produção de provas segue duas etapas: a admissão e a valoração. Em relação à primeira fase, é de clareza solar que o exame de admissibilidade da prova é inexistente, uma vez que o magistrado não irá considerar ilícito aquilo que produziu. Esta falta de controle, por si só, é problemática.

A maior mazela, porém, jaz na segunda etapa. É na valoração da prova que a parcialidade do julgador pode aparecer.

Antes de ordenar a realização de determinada diligência, por exemplo, o julgador tem em mente o possível resultado que esta trará. A produção de prova, então, tem como finalidade confirmar as pré-compreensões que o magistrado possuía acerca do caso concreto. Percebendo tal situação, Rui Cunha Martins, com a maestria que lhe é inerente, vai além e afirma que o juiz busca confirmar suas presunções:

Ao tipo de prova se que se pesquisa corresponde um prognóstico, mais ou menos seguro da real existência do *thema probandum* e, sem dúvida, também das consequências jurídicas que podem advir da posituação da questão fática. Eis por que razão a ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatarmos que a acção voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material, se efectivamente incorporado ao feito possa determinar. (MARTINS, 2011, p. 10-11).

Esta expectativa criada pela presunção do magistrado (presunção pautada em uma mobilização de lógica estatística, a qual leva em conta a homogeneidade e repetição de determinadas situações) se confirmada pela prova produzida, dificilmente será passível de ser desconstruída pela parte prejudicada pela prova. O juiz estará vin-

culado subjetivamente ao resultado da prova que trouxe ao processo. O contraditório torna-se, assim, mera formalidade, uma vez que não terá impacto na decisão final.

Como já salientou Jacinto Coutinho:

[...] abre-se a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro. (COUTINHO, 2000, p. 20-21).

E como provar é, em boa parte, convencer, o juiz está certo da credibilidade daquilo que buscou.

No mesmo sentido, explica Cordero (1986, p. 51) que ao se atribuir a produção de provas ao juiz cria-se a primazia da hipótese sobre os fatos (*primato dell'ipotesi sui fatti*), acarretando um “quadro mental paranóico”.

Trata-se, como bem apontou Goldschmidt (1935, p. 29), de um erro psicológico acreditar que uma mesma pessoa possa exercer funções díspares, como acusar, defender e julgar; ou, em termos probatórios, ter a iniciativa probatória, efetuar o juízo de admissibilidade e valorá-la.

É importante frisar que a atividade probatória do juiz em um processo penal muito difere daquela realizada por um juiz cível. Nas linhas acima, pontuou-se que a função da jurisdição é dar tutela às necessidades do direito material, compreendidas à luz das normas constitucionais. (MARINONI, 2013, p. 111).

Não é por outra razão que o modelo de processo de partes, no Direito Processual Civil, de cunho primordialmente liberal, ocupa cada vez menos espaço nos dias atuais. Se o Estado avocou para si a resolução de conflitos e a tutela de direitos fundamentais do jurisdicionado, ele não pode ficar inerte em situações em que esses direitos estejam em jogo. A Justiça Cível não mais está encarregada de lidar com questões puramente patrimoniais e, para assegurar di-

reitos garantidos pela Constituição, o juiz está legitimado a produzir provas sem ser provocado.

Situação muito diversa ocorre na área penal. Apesar de a jurisdição continuar com o papel de prestar tutela ao direito material, é preciso recordar qual é o direito em questão e, assim, ajustar o processo para melhor protegê-lo.

Em um primeiro momento, poder-se-ia cogitar que a jurisdição penal serve ao Direito Penal e à pretensão punitiva estatal. Contudo, até o término do processo, por conta da presunção de inocência, não existe o direito de punir uma pessoa certa e determinada. A única forma de superar esta presunção constitucional é através de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, a qual torna possível a sujeição de alguém ao poder punitivo do Estado.

A presunção de inocência impõe que uma pessoa não possa ser considerada culpada da prática de um crime até que outra linguagem jurídico-prescritiva determine o contrário, excluindo-a. Há, portanto, uma pretensão acusatória do Estado, a qual o legitima a imputar a prática do fato delituoso a alguém, trazendo perante o órgão julgador provas de que não há suporte fático para a manutenção de tal estado de inocência – o qual pode ser invalidado com uma sentença condenatória.

A pretensão acusatória, por óbvio, merece a tutela da jurisdição. Contudo, não é buscando provas desfavoráveis ao acusado que o julgador protege tal direito, pois, ao fazer isso, o juiz não está tutelando o direito estatal de acusar, mas sim realizando uma acusação propriamente dita. Incumbe ao órgão acusador a tarefa de demonstrar a ocorrência de um fato jurídico com aptidão para desconstruir a presunção de inocência. Para isso, é preciso que o julgador assegure o contraditório e a mais ampla produção de prova, dentro dos limites da legalidade, também a favor da acusação.

Portanto, em hipótese alguma, a produção de provas em prol da acusação pode ser admitida.

A questão toma outros contornos quando se analisa a possibilidade de produção de provas benéficas ao imputado. Pacelli, pautando-se

na frequente hipossuficiência do acusado diante da máquina estatal, é favorável a esta quebra da inércia jurisdicional, como forma de alcançar a igualdade substancial na relação processual. Afirmo o processualista:

Se, de um lado, assim deve ocorrer em relação ao ônus probatório imposto à acusação, de outro lado, a recíproca não deve ser verdadeira. Provas não requeridas pela defesa poderão ser requeridas de ofício pelo juiz, quando vislumbrada a possibilidade de demonstração da inocência do réu. E não vemos aqui qualquer dificuldade: quando se fala na exigência de igualdade de armas, tem-se em vista a realização efetiva da igualdade, no plano material, e não meramente formal. (PACELLI, 2013, p. 336).

Apesar da força desse raciocínio, não há necessidade de produção de provas favoráveis ao réu. Os direitos do acusado que devem ser tutelados pela jurisdição são: a) o devido processo legal com todos os seus corolários e b) a presunção de inocência. Quanto ao primeiro, não é preciso muito esforço para concluir que o juiz protege tal direito por meio da manutenção das regras processuais, bem como do respeito ao contraditório e da mais ampla liberdade na produção de provas. São características preciosas de um processo penal moderno e devem ser observadas a todo custo.

A questão mais importante para o tema do presente estudo, no entanto, gravita em torno do segundo direito do réu: a presunção de inocência.

Como já dito anteriormente, tal presunção transfere todo o ônus da prova para o órgão acusador. O ônus serve como mecanismo de sujeição daquele que afirma a culpa de uma pessoa, pedindo sua condenação, ao dever de provar sua imputação. Caso fique provada, além de qualquer dúvida razoável, a ocorrência do fato criminoso, a presunção de inocência perde seu substrato fático e a pessoa pode ser submetida a uma pena.

Não é possível discordar do que foi dito acerca da desigualdade das partes em um processo penal. Contudo, se a dúvida é, de acordo com o art. 386, VII, do Código de Processo Penal, um dos fundamentos para absolvição, é paradoxal a produção de uma prova a favor do réu.

Se o julgador avista uma possibilidade de obtenção de uma fonte de prova que poderia resultar na absolvição do acusado, ele já colocou em dúvida o teor da imputação – circunstância que deve acarretar diretamente na absolvição. A inocência não precisa ser confirmada, uma vez que é, até então, presumida.

Caso essa nova fonte não confirme a tese defensiva, estaria o magistrado cometendo o absurdo de juntar ao processo, em nome do acusado, uma prova a este desfavorável. Por esta razão, não há motivos para que a imparcialidade do juiz seja quebrada uma vez que a presunção de inocência é tutelada pela simples observância da superação (ou não) do ônus da prova pela acusação.

Passado, este ponto, resta a questão: deve o juiz manter-se completamente inerte ao longo da instrução? A resposta só pode ser negativa. Há uma importante atividade que deve ser desempenhada pelo magistrado, que é a de complementar a obtenção de meios de prova, esclarecendo dúvida ou questão obscura, a partir de fontes já trazidas pela parte.

O destinatário da prova em um processo é o juiz e é ele a quem cabe a atividade de valoração. Dessa forma, é preciso fazer uma breve distinção entre meio e fonte de prova.

Define com precisão Séntis Melendo (1978, p. 8-9) que as fontes de prova são elementos probatórios que existem antes do processo e independentemente deste. As fontes surgem do fato em si e, ao serem introduzidas no processo, tem aptidão para levar à apreciação do juiz os meios de prova. Estes, por sua vez, são o resultado de uma atuação com as quais as fontes provas são exploradas e incorporadas ao processo. Por exemplo: uma testemunha de um homicídio é uma fonte de prova; seu depoimento é um meio de prova.

Distinguir estes termos, frequentemente utilizados como sinônimos, não presta apenas ao refinamento da técnica jurídica. Distingui-los é de grande utilidade para delinear os contornos da atividade probatória das partes e do magistrado. As partes, afirma com precisão Badaró (2001, p. 167), possuem disponibilidade sobre as fontes de prova, visto que são elas, e não o juiz, quem melhor conhecem como provar o que foi alegado.

5. Conclusão

O juiz não pode iniciar uma “caçada” por novas fontes de prova para incorporá-las ao processo, pois, neste caso, estaria fatalmente colocando em sério risco a própria imparcialidade e tornando-se um juiz-instrutor.

Como já foi dito, é o magistrado o destinatário da prova. As partes devem aproveitar as fontes de prova de maneira a convencer o magistrado de sua narrativa foi o que, de fato, ocorreu. A fonte deve ser explorada primordialmente pelas partes, através dos meios de prova, mas não está o magistrado impedido de complementar tal atividade.

Questionar a idoneidade da prova ou sua qualidade, além de esclarecer pontos que permaneceram dúbios ou obscuros após a colheita da prova pelas partes, é uma atividade que se espera do julgador. No entanto, frisa-se: tal atividade é complementar. Ao encontro desse pensamento, vêm as lições de Pacelli:

A dúvida somente instala-se no espírito a partir da confluência de proposições em sentido diverso sobre determinado objeto ou ideia. No campo probatório, ela ocorreria a partir de possíveis conclusões diversas acerca do material probatório então produzido, e não sob o não produzido. Assim, é de admitir a dúvida do juiz apenas sobre a prova produzida, e não sobre a insuficiência ou ausência da atividade persecutória. (PACELLI, 2013, p. 337).

De igual maneira, tal posicionamento está estampado no próprio ordenamento jurídico. Com a reforma ocorrida no Código de Processo Penal no ano de 2008, a redação do art. 212 foi alterada para deixar claro que os protagonistas na produção da prova são, de fato, as partes:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos *não esclarecidos*, o juiz poderá *complementar* a inquirição. (BRASIL, 1941, grifo nosso).

O parágrafo acrescentado ao artigo em questão não deixa dúvidas de que a opção do legislador foi manter a produção de provas nas mãos da acusação e defesa, permitindo ao juiz a possibilidade de tão somente complementar o que já foi produzido.

Apesar de o artigo tratar especificamente da prova testemunhal, não há razão para não generalizar a aplicação deste parágrafo único a todos os meios de prova, analogicamente. Por não existirem quaisquer diferenças essenciais entre a prova testemunhal e os outros meios de prova, não há qualquer *discrimén* apto a afastar essa analogia.

O magistrado, portanto, somente deve relacionar-se de maneira complementar, ignorando a busca pela inatingível “verdade real” e permitindo que as partes ocupem o local central na produção de provas. Só assim estará salvaguardada a sua tão cara imparcialidade.

6. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BINDER, Alberto. *Descumprimento das formas processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2013.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1941. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-to-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95.009/SP, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Eros Grau, Brasília, DF, 6 de novembro de 2008. *Dje*, 19 dez. 2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2895009.NUME.+OU+95009.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qajmtjd>>. Acesso em: 2 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82507/SE, Primeira Turma, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 10 de dezembro de 2002. *DJ*, 19 dez. 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Bosch y Cía, 1950. v. 1.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1.

_____. *Verità, dubbio e certezza*. Rivista di diritto processuale. Padova: Cedam, 1965.

CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK; Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios del derecho procesal*. Madrid: Réus, 1922.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Separata ITEC*, ano 1, n. 4, jan./fev./mar. 2000.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974.

GADAMER, Hans George. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1999.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

_____. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2013.

HUXLEY, Aldous. *Sem olhos em Gaza*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1944.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. Padova: Cedam, 1960.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996. vol. III.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

MARX, Karl. *A Constituição da República Francesa*. 1851. Traduzido por Angélica Lovatto e Paulo Barsotti. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/novosrumos/article/viewFile/2707/2130>>. Acesso em: 19 maio 2014.

MELENDO, Santiago Sentís. *La prueba em el processo*. 1978. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1056/61.pdf>> Acesso em: 1º jul. 2014.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

_____. Constitucionalização Simbólica. In: CANOTILHO et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Artigo recebido em: 06/04/2015.

Artigo aprovado em: 10/12/2015.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150025

O DIREITO CONSTITUCIONAL DE AUTODEFESA E A APRESENTAÇÃO DE FALSA IDENTIDADE – BREVES APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E A EDIÇÃO DA SÚMULA 522

ANA CAROLINA MOTTA GUATIMOSIM

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

acmotta@mpmg.mp.br

O princípio constitucional da ampla defesa é aquele que garante a defesa de todos os indivíduos no âmbito mais abrangente possível. É a garantia de que todos os homens possuem o legítimo direito de se defender, deduzir suas alegações e produzir provas, sem limitações, em todos os momentos do processo, com os meios e recursos inerentes. Segundo esse princípio, não pode haver cerceamento infundado, ou seja, se houver falta de defesa ou se a ação do defensor se mostrar ineficiente, o processo poderá ser anulado.

A ampla defesa está prevista no artigo 5º, incisos LV e LXIII, da Constituição Federal:

Art. 5º [...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. (BRASIL, 1988).

O Pacto de San José da Costa Rica, vigente no ordenamento brasileiro com caráter suprallegal, preconiza, em seu artigo 8º, alínea “g”, que “toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.”

Por sua vez, o Código de Processo Penal estabelece:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que foram formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003). (BRASIL, 1941).

Em breves linhas, a ampla defesa abarca duas esferas: a defesa técnica, compreendida por aquela exercida por advogado ou defensor público; e a autodefesa, que, como a denominação indica, é exercida pelo próprio réu, o qual não é obrigado a se incriminar.

Cumprir verificar se o delito de falsa identidade, previsto no artigo 307 do Código Penal, é exercício de autodefesa, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, faz-se necessário entender a evolução jurisprudencial acerca do tema.

A posição inicial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) era divergente do Supremo Tribunal Federal (STF). Este possui histórico de não reconhecer o exercício da autodefesa nos casos de cometimento do delito de falsa identidade, como se pode depreender dos julgados abaixo colacionados:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PENAL. ATRIBUIÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL COM O FITO DE OCULTAR MAUS ANTECEDENTES. CONDUTA TÍPICA NÃO AFAS-TADA PELO EXERCÍCIO DA AUTODEFESA (ARTIGO 5º, LXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO

EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. Atribuir-se falsa identidade com o fito de acobertar maus antecedentes perante a autoridade policial consubstancia fato típico, porquanto não encontra amparo na garantia constitucional de autodefesa, prevista no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal. 2. Precedentes: RE 561.704-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 02/04/2009; HC 92.763, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe de 24/04/2008; HC 73.161, Rel. Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, DJ de 03/09/1996; HC 72.377, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 30/06/1995. 3. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2011a).

Ementa: Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Crime de Falsa Identidade para ocultar maus antecedentes. Tipicidade da conduta. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE RE 640.139-RG, Rel. Min. Dias Toffoli), ao reconhecer a repercussão geral do tema discutido neste processo, reafirmou a jurisprudência da Corte no sentido de que 'o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP)'. 2. Habeas Corpus extinto, sem resolução de mérito, por inadequação da via processual. (BRASIL, 2014).

O STJ, por sua vez, tinha entendimento contrário, sempre no sentido de que a prática de falsa identidade era conduta atípica, haja vista ser manifestação do exercício da autodefesa.

Confiram-se alguns julgados a respeito da matéria:

CONSTATAÇÃO DE EFICÁCIA DA ARMA. PERSISTÊNCIA DA FIGURA TÍPICA DO ART. 10, DA LEI N.º 9.437/97. FALSA IDENTIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO.

AUTODEFESA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A nulidade do laudo pericial de constatação de eficácia da arma não descaracteriza o crime previsto no art. 10, da Lei n.º 9.437/97, se evidenciado que, em momento algum, a funcionalidade e eficácia da arma não foi recusada. Precedentes.

Não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal o réu que, diante da autoridade policial, se atribui falsa identidade, em

atitude de autodefesa, porque amparado pela garantia constitucional de permanecer calado, ex vi do art. 5º, LXIII, da CF/88.

Precedentes.

Irresignação que merece ser parcialmente provida, para restabelecer a sentença monocrática que condenou o réu como incurso no art. 10, caput, da Lei n.º 9.437/97, mantendo sua absolvição pelo delito de falsa identidade.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido, nos termos do voto do Relator. (BRASIL, 2005).

CRIMINAL. HC. FALSA IDENTIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUTODEFESA.

ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

I. Não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal o réu que, diante da autoridade policial, se atribui falsa identidade, em atitude de autodefesa, porque amparado pela garantia constitucional de permanecer calado, ex vi do art. 5º, LXIII, da CF/88. Precedentes desta Corte.

II. Deve ser reconhecida a atipicidade da conduta relacionada ao delito de falsa identidade, determinando-se o trancamento da ação penal, nesta parte.

III. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (BRASIL, 2007).

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. PENAL. PACIENTE CONDENADO POR FALSA IDENTIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA DE ATRIBUIR-SE FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL, QUANDO PERPETRADA COMO INSTRUMENTO DE AUTODEFESA. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, NO ENTANTO, PARA ABSOLVER O PACIENTE DA IMPUTAÇÃO DO CRIME DE FALSA IDENTIDADE.

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não comete o delito previsto no art. 307 do CPB o réu que, diante da autoridade policial, atribui-se falsa identidade, em atitude de autodefesa, porque amparado pela garantia constitucional de permanecer calado, ex vi do art. 5º, LXIII da CF/88.

2. Ordem concedida para absolver o paciente da imputação do crime de falsa identidade, não obstante o parecer ministerial em contrário. Prejudicados os demais pedidos. (BRASIL, 2010).

Entretanto, o Plenário do STF, após analisar o RE 640.139/DF, reconhecendo a repercussão geral do tema, reafirmou a jurisprudência já consolidada naquela Corte no sentido de que a conduta de atribuir-se falsa identidade é típica e não está abarcada pelo direito de autodefesa.

EMENTA CONSTITUCIONAL. PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL. ATRIBUIÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA. ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE. TÍPICIDADE DA CONDUTA CONFIGURADA. O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes. (BRASIL, 2011b).

O *decisum* não foi inédito, tão somente reafirmou posicionamento já firmado no STF. Contudo, tal decisão veio alterar a posição do STJ no tocante à matéria, haja vista ter dado início ao reconhecimento da tipicidade da conduta de atribuir-se falsa identidade, ou seja, que não se trata do legítimo exercício da autodefesa.

Percebe-se, a partir do acórdão HC 151.866/RJ, a alteração de paradigma, conforme se extrai de sua ementa:

HABEAS CORPUS. ART. 304 DO CP. USO DE DOCUMENTO FALSO PARA OCULTAR ANTECEDENTES CRIMINAIS E EVITAR PRISÃO. AUTODEFESA QUE ABRANGE SOMENTE O DIREITO A MENTIR E OMITIR SOBRE OS FATOS E NÃO QUANTO À IDENTIFICAÇÃO. CONDUTA TÍPICA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA.

IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. No âmbito desta Corte Superior de Justiça consolidou-se o entendimento no sentido de que não configura o crime disposto no art. 304, tampouco no art. 307, ambos do Código Penal a con-

duta do acusado que apresenta falso documento de identidade perante a autoridade policial com intuito de ocultar antecedentes criminais e manter o seu status libertatis, tendo em vista se tratar de hipótese de autodefesa, já que amparado pela garantia consagrada no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

2. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar o RE 640.139/DF, cuja repercussão geral foi reconhecida, entendeu de modo diverso, assentando que o princípio constitucional da ampla defesa não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o objetivo de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente.

3. Embora a aludida decisão, ainda que de reconhecida repercussão geral, seja desprovida de qualquer caráter vinculante, é certo que se trata de posicionamento adotado pela maioria dos integrantes da Suprema Corte, órgão que detém a atribuição de guardar a Constituição Federal e, portanto, dizer em última instância quais situações são conformes ou não com as disposições colocadas na Carta Magna, motivo pelo qual o posicionamento até então adotado por este Superior Tribunal de Justiça deve ser revisto, para que passe a incorporar a interpretação constitucional dada ao caso pela Suprema Corte.

4. A absolvição do paciente é questão que demanda aprofundada análise de provas, o que é vedado na via estreita do remédio constitucional, que possui rito célere e desprovido de dilação probatória.

5. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo, na angusta via do writ, o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente.

6. Ordem denegada. (BRASIL, 2011c).

Após inúmeros julgamentos, adotou-se o novel entendimento.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INTUITO DE OCULTAR PASSADO CRIMINOSO E CONDIÇÃO DE FORAGIDO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO. PRINCÍPIO DA AUTODEFESA. INAPLICABILIDADE.

INAPTIDÃO DO DOCUMENTO PARA LESAR O BEM JURÍDICO TUTELADO. PROFUNDO REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. NEGATIVA À SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE EVIDENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O intuito de ocultar antecedentes criminais ou de esconder da autoridade policial a condição de foragido não encontra amparo no princípio constitucional da autodefesa, que abrange tão somente o direito de mentir ou omitir sobre os fatos que são imputados à pessoa, nada relacionados com a sua identificação. Mesmo que essa tenha sido a intenção do réu, a falsificação de documento público não se compatibiliza com o exercício da ampla defesa. Não há falar, sob esse enfoque, em atipicidade da conduta ilícita.

2. A questão referente à aptidão do documento falsificado para lesar o bem jurídico tutelado foi solucionada com base em laudo pericial e em prova testemunhal constante dos autos. Para se chegar à conclusão diversa da exposta pelas instâncias ordinárias, seria imprescindível o reexame do conjunto fático-probatório que permeia a lide, procedimento que não se coaduna com a via do habeas corpus.

3. Existência de fundamentação idônea para negar a substituição da pena privativa de liberdade de 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão por restritiva de direitos. Apesar de o § 3º do art. 44 do Código Penal autorizar a aplicação da substituição a reincidente, o paciente conta com circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes criminais - e foi flagrado exatamente quando foragido do sistema prisional. Diante de tais particularidades, correta a conclusão de que a mencionada substituição não se apresenta suficiente para a reprovação penal.

4. À falta de constrangimento ilegal, habeas corpus não conhecido. (BRASIL, 2012).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DISPENSABILIDADE. PALAVRA DAS VÍTIMAS SUFICIENTE PARA ATESTAR A INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA. IDENTIDADE FALSA PARA OCULTAR ANTECEDENTES CRIMINAIS. TIPICIDADE DA CONDUTA.

1. Esta Corte não deve continuar a admitir a impetração de habeas corpus (originário) como substitutivo de recurso, dada a

clareza do texto constitucional, que prevê expressamente a via recursal própria ao enfrentamento de insurgências voltadas contra acórdãos que não atendam às pretensões veiculadas por meio do writ nas instâncias ordinárias.

2. Verificada hipótese de dedução de habeas corpus em lugar do recurso cabível, impõe-se o seu não conhecimento, nada impedindo, contudo, que se corrija de ofício eventual ilegalidade flagrante como forma de coarctar o constrangimento ilegal.

3. Segundo a orientação prevalente na Terceira Seção desta Corte, para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, não há a necessidade de apreensão da arma e submissão à perícia.

4. Em tais hipóteses, o efetivo emprego do artefato pode ser comprovado por outros meios, tais como as declarações da vítima ou depoimento de testemunhas.

5. Este Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à orientação jurisprudencial confirmada no Supremo Tribunal Federal em decisão proferida nos autos do RE 640.139, entendeu que a pessoa que atribui a si falsa identidade perante autoridade policial, com o objetivo de ocultar maus antecedentes, pratica o crime descrito no art. 307 do Código Penal brasileiro, não constituindo mero exercício da autodefesa.

6. Impetração não conhecida. (BRASIL, 2013).

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

DIREITO PENAL. ART. 307 DO CP. PRISÃO EM FLAGRANTE. FALSA IDENTIFICAÇÃO PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. AUTO-DEFESA. INEXISTÊNCIA. TIPICIDADE DA CONDUTA DE FALSA IDENTIDADE. SUBMISSÃO AO RITO PREVISTO NO ART.

543-C DO CPC E NA RESOLUÇÃO N. 8/2008 DO STJ.

1. Típica é a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa (art. 307 do CP).

2. O Supremo Tribunal Federal - ao julgar a repercussão geral no RE n. 640.139/DF, DJe 14/10/2011 - reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria controvertida, no sentido de que o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF) não

alcança aquele que se atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP).

3. Recurso especial provido exclusivamente para restabelecer a condenação do recorrido pelo delito de falsa identidade (art. 307 do CP), consoante o decisum de primeiro grau, mantido, no que não contrariar este voto, o acórdão a quo. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução n. 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça. (BRASIL, 2014).

Com a adoção da nova posição, editou-se, em 25 de março de 2015, a súmula 522 do STJ: “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

Portanto, infere-se que, atualmente, o STJ possui o mesmo entendimento do STF, isto é, o de que a alegação de autodefesa não serve para descaracterizar a prática do delito do artigo 307 do Código Penal.

A propósito:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO, DE USO DE DOCUMENTO FALSO E DE FALSA IDENTIDADE. ARTIGOS 297, 304 E 307 DO CÓDIGO PENAL. CRIMES DE POSSE DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO E DE POSSE DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. ARTIGOS 12 E 16 DA LEI Nº 10.826/03. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ÓBICES DAS SÚMULAS Nº 282 E Nº 356 DO STF. INCURSIONAMENTO NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. OFENSA REFLEXA AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O prequestionamento da matéria constitucional é requisito indispensável à admissão do recurso extraordinário. 2. As Súmulas 282 e 356 do STF dispõem, respectivamente, verbis: ‘É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada’ e ‘O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento’. 3. A resolução da controvérsia atinente à licitude das provas

demanda a análise aprofundada do conjunto fático-probatório dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF, que dispõe: 'Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário'. Precedente: AI 854.029-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 03/05/2012. 4. Os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e os limites da coisa julgada, quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, revelam violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal, decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional, o que torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: ARE 676.478, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 24/5/2013, e ARE 715.175, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 22/5/2013. 5. In casu, o acórdão extraordinariamente recorrido assentou: 'APELAÇÃO CRIMINAL - 1º REÚ – CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DOS CRIMES TIPIFICADOS NOS ARTIGOS 307, 304, C/C 297, 299, TODOS DO CÓDIGO PENAL E ARTIGOS 12 E 16 DA LEI 10826/03 - PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO REJEITADA - CORRETA A CISAÇÃO DOS CRIMES ELEITORAIS E CONEXOS, CUJA COMPETÊNCIA É DA JUSTIÇA ESPECIALIZADA - PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS NÃO ACOLHIDA – NÃO HOUVE A INDEVIDA INVASÃO DE DOMICÍLIO, PRIMEIRO PORQUE A ENTRADA FOI FRANQUEADA PELA RÉ, SEGUNDO PORQUE O CRIME É DE POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO QUE É CRIME PERMANENTE - DECLARAÇÃO, 'DE OFÍCIO' DA PRESCRIÇÃO COM RELAÇÃO AO CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA IMPUTADO AO RÉU - ABSOLVIÇÃO DA RÉ QUANTO AOS CRIMES DE POSSE DE MUNIÇÃO, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, INCISO IV, DO CPP - COM RELAÇÃO AO RÉU, PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO, PARA RECONHECER COMO CRIME ÚNICO A POSSE DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO E PARA CONSIDERAR QUE OS CRIMES DE FALSO FORAM COMETIDOS EM CONTINUIDADE DELITIVA REDUÇÃO DAS PENAS APLICADAS - DESCABIDA A ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA NO CRIME DE FALSA IDENTIDADE - É 'TÍPICA A CONDUTA DO INDIVÍDUO QUE ATRIBUI-SE FALSA IDENTIDADE PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL (ART. 307 DO CÓDIGO PENAL), NÃO SE ENCONTRANDO AMPARADA PELO DIREITO CONSTITUCIONAL DE AUTODEFESA' - ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DE CONDUTA COM RELAÇÃO AO CRIME DE POSSE DE MUNIÇÃO REFUTADA, VEZ QUE NÃO ALCANÇADO PELA 'ABOLITIO CRIMINIS' TEMPORÁRIA. RECURSO DA RÉ PROVIDO, PARA ABSOLVÊ-LA, COM

FULCRO NO ARTIGO 386, INCISO V, DE CPP. RECURSO DO RÉU PROVIDO EM PARTE, REDUZINDO-SE AS PENAS IMPOSTAS. DECLARAÇÃO, 'EX-OFFICIO', DA PRESCRIÇÃO DA IMPUTAÇÃO PELO CRIME DO ARTIGO 299 DO CPP.' 6. Agravo regimental DESPROVIDO. (BRASIL, 2015a).

RECURSO ESPECIAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA PRATICADA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. AUTODEFESA.

INEXISTÊNCIA. TIPICIDADE. PROVIMENTO DO RECLAMO.

1. A orientação atual do STJ, sedimentada pela Terceira Seção nos autos de recurso especial representativo de controvérsia, é a de considerar típica a conduta de atribuir-se falsa identidade, perante a autoridade policial, ainda que para frustrar a eventual responsabilização penal, não estando ao abrigo do princípio da autodefesa.

2. Sendo incontroverso nos autos que o recorrido indicou nome falso ao ser preso em flagrante por crime diverso, inafastável é a conclusão pela consumação do delito do art. 307 do CP.

3. Recurso especial a que se dá provimento para restabelecer a condenação pelo crime de falsa identidade. (BRASIL, 2015b).

Alguns apontamentos acerca da matéria devem ser ressaltados.

Rogério Greco salienta que:

A autodefesa diz respeito, portanto, a fatos, e não a uma autoatribuição falsa de identidade. O agente pode até mesmo dificultar a ação da Justiça Penal no sentido de não revelar situações que seriam indispensáveis à elucidação dos fatos. No entanto, não poderá eximir-se de se identificar. É um direito do Estado saber em face de quem propõe a ação penal e uma obrigação do indiciado revelar sua identidade. Essa autoatribuição falsa de identidade nada tem a ver com o direito de autodefesa, ou de, pelo menos, não fazer prova contra si mesmo, de não se autoincriminar. São situações, segundo nosso raciocínio, inconfundíveis. (GRECO, 2015, p. 1.021).

Assim, na fase policial ou em juízo, o réu pode ficar em silêncio, ou seja, recusar-se a responder as perguntas sobre os fatos pelos quais está sendo acusado e, ainda, mentir ou faltar com a verdade no que tange às perguntas que versem sobre os fatos. Nesse ponto, diante do direito constitucional de não incriminação, o réu não tem o dever de dizer a verdade, diferente do que ocorre com as testemunhas.

O silêncio do réu é mera ausência de resposta, não podendo ser considerado pelo juiz como confissão ficta.

O direito ao silêncio é uma manifestação do princípio *nemo tenetur se detegere*, sendo entendido como:

[...] um aforismo renascido (data do século XVII, no direito inglês) no pós-iluminismo, emblemático de uma era de transformação na teoria do processo e, sobretudo, no âmbito do processo judicial criminal, já no século XIX. O réu, anteriormente tratado como objeto do processo, conquista a posição de parte, sujeito, então, de direitos subjetivos, a partir da compreensão do processo como relação jurídica, com a atribuição de ônus, faculdades, direitos e deveres aos litigantes.

De um lado, o *nemo tenetur se detegere* cumpriu a relevante missão – como verdadeiro princípio – de proteção à pessoa do acusado, afirmando a necessidade de respeito aos atributos inerentes à dignidade humana (integridade física, psíquica, inviolabilidades – intimidade, privacidade, etc.). De outro, prestou-se a consolidar os direitos subjetivos dele ao exercício de todas as faculdades processuais permitidas ao órgão acusador.

O direito ao silêncio, portanto, é uma das manifestações mais importantes do aludido princípio (*nemo tenetur*), na medida em que tutela, não só a consciência moral daquele que, pelo fato de correr o risco de uma condenação, se vê compelido a mentir em seu favor, mas, também, protege o acusado contra juízos de convencimentos lastreados em percepções subjetivas indignas de graus aceitáveis de certeza. (FISCHER; PACELLI, 2015, p. 406-407).

Todavia, o réu não pode se negar a responder as perguntas sobre a sua qualificação, ou seja, o direito ao silêncio somente se faz presente na segunda parte do interrogatório.

Portanto, e na esteira do que pensa o STJ atualmente, aduz-se que a autodefesa não é um direito ilimitado e absoluto.

Douglas Fischer e Eugênio Pacelli, de forma bem esclarecedora, explicitam:

O que não se pode afirmar, ao contrário do que se canta por aqui em verso e prosa, é que o acusado teria o direito a não participar de qualquer medida probatória – contra si –, bastando assim desejar. Não existe esse direito. Nem aqui e nem em lugar nenhum dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, incluindo os Tratados Internacionais de proteção efetiva do acusado contra ações lesivas aos mencionados direitos individuais (integridade física, psíquica, etc.).

Exatamente por isso, pode o Estado conduzir coercitivamente o acusado à audiência de instrução e julgamento, quando houver a necessidade de reconhecimento de pessoa, na produção de prova testemunhal (art. 260, segunda parte, CPP). Evidentemente, o dispositivo não se aplica ao interrogatório, visto tratar-se de meio de defesa, a critério exclusivo da defesa. (FISCHER; PACELLI, 2015, p. 408).

Pode-se exemplificar a assertiva de que a autodefesa não é direito absoluto diante da possibilidade de o paciente responder pelo crime de denúncia caluniosa se, em seu interrogatório, imputar falsamente delito a pessoa que o sabe inocente. Outra hipótese, no mesmo sentido, é o fato de que a prisão preventiva pode ser decretada se houver dúvida sobre a identidade da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (artigo 313, parágrafo único, do CPP).

Portanto, diante da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que atualmente o seu posicionamento é no sentido de que a conduta de se atribuir falsa identidade é típica, independentemente se ocorre para evitar a prisão em flagrante ou a condenação criminal.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 680.750/RS, Rel.: Min. Gilson Dipp, Brasília, DF, 21 de março de 2005. *DJe*, 21 mar. 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=680750&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 67.764/SP, Rel.: Min. Gilson Dipp, Brasília, DF, 6 de julho de 2007. *DJe*, 12 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=67764&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 162.576/SP, Rel.: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 22 de junho de 2010. *DJe*, 9 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=162576&b=ACOR&p=-true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 151.866/RJ, Rel.: Min. Jorge Mussi, Brasília, DF, 1º de dezembro de 2011. *DJe*, 13 dez. 2011c. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=151866&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 205.292/SP, Rel.: Min. Sebastião Reis Júnior, Brasília, DF, 4 de dezembro de 2012. *DJe*, 14 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=205292&b=ACOR&p=-true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 196.305/MS, Rel.: Min. Og Fernandes, Brasília, DF, 5 de março de 2013. *DJe*, 15 mar. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=196305&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1362524/MG, Rel.: Min. Sebastião Reis Júnior, DF, 23 de outubro de 2013. *DJe*, 2 maio 2014b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1362524&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1497999/RS, Rel.: Min. Jorge Mussi, Brasília, DF, 10 de março de 2015. *DJe*, 17 mar. 2015b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1497999&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n. 639732, Rel.: Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 23 de agosto de 2011. *DJe*, 13 set. 2011a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28falsa+identidade+autodefesa%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/neqfo4x>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus, Rel.: Min. Roberto Barroso, Brasília, DF, 2 de setembro de 2009. *DJe*, 30 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28falsa+identidade+autodefesa%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/neqfo4x>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 640139, Rel.: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 22 de setembro de 2011. *DJe*, 13 out. 2011b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28falsa+identidade+autodefesa%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/neqfo4x>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n. 867802, Rel.: Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 28 de abril de 2015. *DJe*, 13 maio. 2015a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28falsa+identidade+autodefe-sa%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/neqfo4x>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 9. ed. Niterói: Impetus, 2015.

FISCHER, Douglas. PACELLI, Eugênio. *comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de San Jose de Costa Rica, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2015.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150026

DIREITO ADMINISTRATIVO

ARTIGO

A INTERPRETAÇÃO DA FALTA GRAVE NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: UMA VISÃO PRINCIPIOLÓGICA

INTERPRETATION OF SERIOUS LACK UNDER THE ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY PROCESS: A PRINCIPLED VIEW

RAPHAEL SILVA RODRIGUES

Advogado
Ordem dos Advogados do Brasil, Brasil
raphaelsilva.bh@gmail.com

FLÁVIA ÁLVARES GUIMARÃES

Oficial
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
fguimaraes@mpmg.mp.br

RESUMO: O Direito Administrativo Disciplinar é um ramo do Direito Administrativo em que a legislação ainda é escassa, de aplicação restrita e composta por tipos abertos, o que, no âmbito do processo administrativo disciplinar, dificulta a aplicação de penalidades, como ocorre com o tipo “falta grave”, objeto do presente trabalho. Em grande parte das legislações que regulamentam o processo administrativo disciplinar, a falta grave está prevista como conduta proibida. Contudo, inexistente um rol de condutas expressamente classificadas como “faltas graves” no âmbito da Administração Pública, o que favorece uma análise subjetiva da autoridade julgadora, possibilitando a ocorrência de decisões arbitrárias. Através da

pesquisa qualitativa, em que o pesquisador busca, compreende e interpreta, utilizando-se principalmente da discussão principiológica do tema, buscou-se chegar aos diversos pontos colocados pela doutrina e jurisprudência sobre possíveis problemáticas que podem surgir quando da aplicação de pena disciplinar embasada em tipo aberto. Ao longo do presente trabalho, é possível aferir que o agir discricionário da autoridade julgadora pode violar os princípios constitucionais da legalidade, segurança jurídica, igualdade e devido processo legal, uma vez que a aplicação de sanção disciplinar requer previsão legal expressa da conduta praticada como sendo infracional e, ainda, a cominação da respectiva pena, para que se faça justa a decisão condenatória.

PALAVRAS-CHAVE: direito administrativo disciplinar; processo administrativo disciplinar; princípio da legalidade; tipificação legal; falta grave.

ABSTRACT: The Disciplinary Administrative law is a branch of administrative law where the law is still scarce, restricted and consists of open application types, which, under the administrative disciplinary process hampers application of penalties, as with the type “serious lack”, the object of this work. Severe lack largely of laws governing the administrative process is planned as prohibited conduct, however, does not exist a list of behaviors explicitly classified as “misconduct” within the public administration, which favors a subjective analysis of the Authority Judging rising occurrence of arbitrary decisions. Through qualitative research, where the researcher seeks, understands and interprets, using mostly the principled discussion of the topic, we tried to get to the points raised by the doctrine and jurisprudence on possible problems that may arise when applying pen disciplinary grounded open type. Being possible to measure, throughout the work, that the discretionary act of the award authority may violate constitutional principles of legality, legal certainty, equality and due process, since the application of disciplinary action requires express statutory forecast of conduct practiced as being infraction, and also the sanction of their sentences, in order to do just the sentence.

KEYWORDS: administrative law discipline; administrative disciplinary process; principle of legality; legal classification; serious lack.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Processo administrativo disciplinar. 2.1. Princípios que regem o processo administrativo disciplinar. 2.1.1. Princípio da legalidade. 2.1.2. Princípio da tipicidade. 2.1.3. Princípio da impessoalidade. 2.1.4. Princípio da moralidade. 2.1.5. Princípio da publicidade. 2.1.6. Princípio da eficiência. 2.1.7. Princípio da finalidade. 2.1.8. Princípio do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. 2.1.9. Princípio do formalismo moderado. 2.1.10. Princípio da gratuidade. 2.1.11. Princípio da verdade real. 2.1.12. Princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade. 2.1.13. Princípio da motivação. 2.1.14. Princípio da segurança jurídica. 2.1.15. Princípio da razoabilidade e proporcionalidade. 2.2. Responsabilização e penalidades no âmbito do processo disciplinar. 3. Falta grave no Direito Administrativo Disciplinar. 4. Interseção da tipicidade e da falta grave no ilícito disciplinar. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

A carência de normatização no Direito Administrativo Disciplinar obsta que o agente conheça objetivamente o tipo infracional administrativo denominado falta grave, bem como torna frágil a aplicação de sanções disciplinares, aumentando-se as chances de reforma das decisões administrativas pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, surge dúvida ainda quanto à possibilidade de discricionariedade do aplicador acerca da conduta que possa ser considerada falta grave.

A escassez de normas, jurisprudências e doutrinas robustas sobre o assunto e, até mesmo, quanto à aplicabilidade do princípio da tipicidade, no âmbito do processo administrativo disciplinar, dificulta elucidar a legalidade ou não de aplicação de pena disciplinar administrativa com base no tipo falta grave, quando a legislação não prevê expressamente quais condutas o constituem.

A relevância deste breve estudo está em verificar a legalidade da aplicação de pena disciplinar com base em conduta prevista em tipo aberto denominado falta grave, sem que haja violação aos princípios constitucionais da legalidade, anterioridade e segurança jurídica.

Dessa forma, será avaliada a legalidade da aplicação de sanção disciplinar tendo como motivação a tipificação de determinada conduta como falta grave, caso não haja previsão legal no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar dos atos que constituem o referido tipo.

2. Processo administrativo disciplinar

A Administração Pública é o conjunto de órgãos e entidades públicas que desempenham funções administrativas por meio de seus agentes, que devem agir em conformidade com a lei, a fim de garantir a regular prestação dos serviços públicos.

Com efeito, a organização interna da Administração Pública compete ao Direito Administrativo, o qual, segundo o autor Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 29), “é o ramo do Direito que disciplina o exercício da função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a desempenham”.

O mesmo autor define, ainda, função pública no Estado Democrático de Direito como “a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”. (MELLO, 2010, p. 29).

Dentre as funções administrativas exercidas pelo Poder Público, estão o controle dos atos administrativos e a repreensão daqueles que não estejam em conformidade com a lei.

Nesse sentido, o Direito Administrativo Disciplinar é um ramo do Direito Administrativo que tem por finalidade regular especificamente a relação entre Administração Pública e seus servidores, objetivando garantir a regularidade e o bom funcionamento do serviço público, a disciplina de seus subordinados e a adesão às leis e regras dele decorrentes.

O instrumento executório do Direito Administrativo Disciplinar é denominado processo administrativo disciplinar, que visa apurar irregularidades disciplinares perpetradas por servidor público no exercício de suas funções, bem como aplicar a sanção disciplinar administrativa prevista em lei ou ato normativo administrativo, caso

constatada a infração funcional, objetivando reprimir conduta funcional nociva à Administração Pública e aos administrados.

Conforme ensina Mauro Roberto Gomes de Mattos:

[...] o processo administrativo disciplinar tem como escopo apurar a responsabilidade funcional de servidor público por infração disciplinar praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as prerrogativas do cargo em que se encontre vinculado. (MATTOS, 2010, p. 13).

Para saber qual lei rege o processo administrativo disciplinar, deve-se verificar, inicialmente, à qual esfera da Federação pertence o agente público, uma vez que esse instrumento é regulado pelos estatutos dos servidores federais, estaduais e municipais, complementado pela Constituição Federal e pelas leis referentes ao assunto.

A Constituição Federal é a base fundamental do processo administrativo disciplinar, que tem, portanto, respaldo nos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, bem como nos princípios processuais para aplicação das normas disciplinares, se valendo, ainda, de forma subsidiária, das normas de Direito Penal, Processual Penal e Civil.

As leis que melhor tratam do assunto no Brasil são a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e a Lei nº 8.112/90, Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União. Contudo, são leis específicas para os servidores federais e não se estendem aos servidores dos estados e municípios.

Desse modo, há uma grande dificuldade de aplicação do Direito Administrativo Disciplinar nessas esferas, uma vez que, em geral, seus estatutos são omissos em alguns aspectos, carecendo de mais detalhes, o que acaba por dificultar a aplicação segura de pena com base no tipo falta grave.

Cabe ressaltar que o processo administrativo disciplinar não é um instrumento destinado exclusivamente à aplicação de penalidades,

e sim um meio pelo qual a Administração, em decorrência de seu dever de apurar, averigua os fatos noticiados para fins de conhecer a verdade real, sendo a aplicação de penalidade apenas consequência prevista em lei quando constatadas infrações disciplinares.

Nesse sentido, explica o autor José Cretella Júnior:

[...] o processo administrativo, em vez de tornar-se instrumento da Administração “contra” o funcionário, acabou por transformar-se em complexa operação, cuja realização integral oferece o máximo de garantias aos servidores visto que, levadas a termo, afastam a dose de arbitrariedade que, de outro modo, poderia orientar a atuação dos encarregados da direção processual. (CRETELLA, 2004, p. 60-61).

Para Mattos, o processo administrativo disciplinar evoluiu muito no país, deixou de ser regido pelo juízo discricionário da autoridade julgadora, em face de ausência de lei, tornando-se um instrumento para aplicação da lei:

[...] o que havia anteriormente era uma faculdade livre e com amplo poder de discricionariedade da Administração Pública que, com o advento da atual Constituição Federal de 1988, passou a ser vinculada aos critérios objetivos nela estabelecidos, bem como na legislação infraconstitucional, para humanizar, organizar, reger e assegurar a aplicação e observância de princípios, direitos, garantias constitucionais e processuais nas apurações administrativas disciplinares. (MATTOS, 2010, p. 14-15).

Desse modo, verifica-se que a finalidade do processo administrativo disciplinar não se restringe somente a conhecer a verdade real para eventual aplicação de penalidade. Ele tem, ainda, como objetivos a regularidade, o bom funcionamento do serviço público e a segurança jurídica para administradores e administrados, os quais esperam que o serviço público aja dentro da legalidade e da justiça e que sejam preservados seus direitos e garantias constitucionais.

2.1. Princípios que regem o processo administrativo disciplinar

O Direito Administrativo Disciplinar observa os princípios constitucionais de ampla abrangência, com a finalidade de garantir que os direitos individuais e processuais do acusado não sejam violados no âmbito do processo administrativo disciplinar.

Nesse sentido, para o autor Mattos:

[...] os princípios constitucionais fundamentais aplicados ao processo administrativo disciplinar estabelecem as ideias fundamentais de desenvolvimento do mesmo, respeitando essenciais prerrogativas direcionadas aos acusados, como uma forma de tentar equilibrar a desigual relação com o Poder Público. (MATTOS, 2010, p. 59).

A Lei nº 9.784/99 assentou no artigo 2º, *caput*, a obrigatoriedade de observância dos princípios da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica, do interesse público e da eficiência, dentre outros.

Desse modo, são considerados princípios do processo administrativo disciplinar:

2.1.1. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é um dos princípios mais importantes para a Administração Pública, pois todos os atos praticados por ela devem observar a lei, ou seja, só se pode realizar o que a lei permite. Segundo Mattos:

[...] por esse princípio, é estabelecida a segurança jurídica do cidadão, que possui, como garantia mínima, que haverá, por parte da Administração Pública, a sujeição do administrador à lei, ao direito, ao ordenamento jurídico, às normas, aos princípios constitucionais. [...] A administração Pública encontra-se vinculada, por lei, ao cumprimento de determinadas finalidades,

sempre em benefício da coletividade, que constitucionalmente é a fonte do seu poder. (MATTOS, 2010, p. 121).

Nesse sentido, o processo administrativo disciplinar deve seguir um rito legal, com objetivos estabelecidos logo na fase inicial, para que o acusado possa identificá-los e exercer seu legítimo direito de defesa e contraditório. Isso tem por objetivo atender não só o interesse particular como também o público, sob pena de nulidade.

2.1.2. Princípio da tipicidade

O princípio da tipicidade, pertencente ao ramo do Direito Penal, é defendido por parte da doutrina como regente também do processo administrativo disciplinar, uma vez que está intimamente ligado ao princípio da legalidade.

Segundo Mattos (2010, p. 245), “somente a lei formal poderá estabelecer tipos legais com suas respectivas penalidades disciplinares, bem como adequar condutas aos respectivos ilícitos”.

Desse modo, não se pode aplicar uma pena, ainda que disciplinar, sem que a conduta praticada, em tese, não esteja tipificada em diploma legal como infração disciplinar. Nesse sentido, discorre Mattos:

A tipicidade no direito administrativo disciplinar segue a salutar influência do direito penal, exigindo-se da Comissão Disciplinar e Autoridade Julgadora a verificação dos elementos subjetivos do tipo bem como dos subjetivos (dolo ou culpa) e normativos, para efetuarem a devida subsunção do fato praticado pelo servidor público ao tipo – (sua descrição) – previsto na lei, corolário da observância do princípio da culpabilidade e do instituto da imputação subjetiva. (MATTOS, 2010, p. 245).

Por conseguinte, não há como se falar em princípio da legalidade no âmbito do processo administrativo disciplinar e ignorar o princípio da tipicidade, uma vez que a Autoridade Julgadora, mesmo agindo com poder discricionário, deve observar a lei e agir em seu estrito cumprimento. Sendo assim, não há possibilidade de aplicação de uma penalidade sem que exista expressa tipificação legal da conduta infracional.

2.1.3. Princípio da impessoalidade

Em regra, todo ato administrativo deve ter por finalidade o interesse público. Sendo assim, os agentes públicos devem agir com impessoalidade de forma a garantir o alcance dessa finalidade.

Segundo Mattos (2010, p. 127): “esse princípio assegura que o servidor público estará imune à prática de atos administrativos que não possuam motivação ou que sejam estabelecidos com falsa motivação”.

No âmbito do processo disciplinar, Mattos acrescenta que:

O princípio em voga é de crucial importância, posto que o servidor acusado não poderá sofrer tratamento jurídico díspar e preconceituoso da Comissão Disciplinar, que deverá tratá-lo de forma digna e impessoal, com a garantia de que seus direitos serão respeitados na apuração interna. (MATTOS, 2010, p. 128).

Portanto, a comissão processante também deve agir com imparcialidade, sem distinção de tratamentos aos envolvidos, de modo a garantir a apuração da verdade real, decidindo de forma justa e eficaz.

2.1.4. Princípio da moralidade

O agente público deve agir dentro da legalidade, com ética e observância aos princípios morais, conforme ressalta Mattos:

O princípio da moralidade tem o poder de estabelecer o dever do agente público à prática de atos ilibados, éticos e probos. Assim, a moralidade administrativa exige do agente público não só o estrito cumprimento ao princípio da legalidade, como e, sobretudo, o respeito aos princípios éticos de razoabilidade e justiça. (MATTOS, 2010, p. 124).

O referido autor acrescentou, ainda, que o princípio da moralidade também vigora no processo administrativo disciplinar. Vejamos:

Vigora o princípio da moralidade no processo administrativo disciplinar, como forma de estabelecer que tanto a Comissão Disciplinar como o Julgador se vinculam à legalidade, para extrair a verdade real e estabelecer se está demonstrada a autoria, bem como comprovada a materialidade da infração disciplinar. (MATTOS, 2010, p. 126).

Pode-se concluir, dessa forma, que a Comissão processante, ao não realizar seus atos com impessoalidade, probidade, justiça ou honestidade, age com imoralidade, ficando seus atos sujeitos à invalidação.

2.1.5. Princípio da publicidade

Os atos administrativos somente passam a ter eficácia com a sua publicação, ressalvados os atos que a lei decretar sigilosos, uma vez que os atos praticados em nome do Poder Público são voltados para atingir o interesse público, o bem comum. Dessa forma, a publicação é o instrumento utilizado para que todos tomem conhecimento.

Nesse sentido, ensina Mattos (2010, p. 132): “a transparência, com plena divulgação dos atos administrativos, é requisito da própria moralidade, em decorrência de que atos irregulares somente podem ser contestados quando conhecidos”.

2.1.6. Princípio da eficiência

Os atos administrativos devem ser realizados pela Administração objetivando o interesse público. Sendo assim, os administradores têm o dever de agir com eficiência e qualidade para que o fim almejado pela Administração seja alcançado.

Para Mattos:

[...] a eficiência da Administração Pública como um todo está entrelaçada com a qualidade do serviço prestado, que passou a ser prerrogativa constitucional do consumidor, e uma garantia de permanência na função do servidor que desempenhar seu mister com qualidade e eficiência. (MATTOS, 2010, p. 142).

Na esfera do Direito Administrativo Disciplinar, a eficiência está interligada a uma apuração célere pela comissão processante e com observância das normas legais.

2.1.7. Princípio da finalidade

Um dos princípios do processo disciplinar é o princípio da finalidade. Desse modo, a comissão processante deve submeter o servidor acusado a um processo justo e legal, em busca da verdade real e do ideal de justiça, para fins de atender ao interesse tutelado não só pela lei, como também pelo direito. Segundo Mattos:

[...] no processo administrativo disciplinar, o princípio da finalidade se manifesta na obrigatoriedade do trio processante (Comissão Disciplinar) buscar a elucidação da verdade real do fato investigado, de forma impessoal, com oficialidade e produção de todos os meios lícitos de provas admitidos. (MATTOS, 2010, p. 281).

2.1.8. Princípio do devido processo legal, ampla defesa e contraditório

O princípio do devido processo legal é uma garantia constitucional de que ninguém será condenado sem que antes seja submetido a procedimento em que lhe seja assegurado o direito de defesa e do contraditório, conforme previsto no artigo 5º, inciso LIV, da CF/88.

A Constituição Federal, artigo 5º, inciso IV, garante o direito à ampla defesa e ao contraditório inclusive no âmbito do processo administrativo disciplinar. A Lei nº 8.112/90, em seu artigo 143, reforça tal direito quando prevê:

Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa. (BRASIL, 1990).

Desse modo, asseguram-se ao processado o conhecimento e a oportunidade para efetivação de sua defesa, de forma a protegê-lo de

qualquer procedimento que possa lhe ocasionar a perda ou diminuição de seus direitos individuais constitucionalmente protegidos. Nesse sentido, ressalta o autor Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] não apenas o direito de produzir provas, mas também o de, muitas vezes, fiscalizar a produção de provas da Administração, isto é, o de estar presente, se necessário, a fim de verificar se efetivamente se efetuaram com correção ou adequação técnica devidas. (MELLO, 2010, p. 503).

A Lei nº 8.112/90, artigo 156, demonstra, ainda, como pode ser exercida a ampla defesa:

Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial. (BRASIL, 1990).

Portanto, a comissão processante deverá notificar o processado de todos os atos realizados, bem como de todas as provas produzidas, a fim de lhe oportunizar oposição a todo ato produzido, ou ainda de fornecer informações diversas daquelas produzidas.

2.1.9. Princípio do formalismo moderado

O princípio do formalismo moderado está no artigo 22 da Lei n.º 9.784/99: “Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”.

Para o autor Mattos:

[...] o processo administrativo disciplinar deve ser desenvolvido pela Administração Pública como sendo apenas um instrumento e não um fim em si mesmo, razão pela qual se dispensam os excessos de formalismos que impeçam ou dificultem a plena e livre participação do servidor acusado no referido processo. (MATTOS, 2010, p. 287).

No mesmo sentido, o artigo 55 da Lei n.º 9.784/1999 permite a convalidação de um ato administrativo que possua vício sanável, desde que não acarrete lesão ao interesse público ou a terceiros.

O processo administrativo disciplinar dispensa formas rígidas, de modo que se tornam necessárias somente as formalidades que garantam a legalidade dos atos praticados, como a ampla defesa e o contraditório.

2.1.10. Princípio da gratuidade

O artigo 2º, parágrafo único, XI, da Lei n.º 9.784/1999, prevê que o processo administrativo disciplinar deve ser desenvolvido com absoluta gratuidade, sendo vedada a cobrança de qualquer tipo de taxa ou emolumento.

Desse modo, todas as despesas decorrentes do procedimento são de responsabilidade do Poder Público, haja vista que é interesse da Administração e, conseqüentemente, interesse público, esclarecer o fato investigado.

2.1.11. Princípio da verdade real

Para o autor Mattos (2010, p. 369), a verdade real, assim como na instância penal, deve ser buscada a todo o tempo no âmbito do processo administrativo disciplinar para “em nome da segurança jurídica, aplicar a melhor tipificação legal à espécie colocada sob investigação”.

A comissão processante deve empreender esforços para saber a verdade real, não se satisfazendo apenas com aquela dita pelos envolvidos, tendo o poder-dever de produzir provas ou tomá-las emprestadas de outro processo, a qualquer tempo, seja de ofício ou mediante provocação, a fim de formar sua convicção a respeito dos fatos.

2.1.12. Princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade

O princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nas lições de Mattos, esse princípio:

[...] impede que o servidor público acusado seja um instrumento da vontade da Administração Pública, em decorrência de que a imposição de penalidades somente poderá ocorrer após a inequívoca comprovação de que houve o descumprimento de dever ligado à sua função pública. (MATTOS, 2010, p. 85).

Desse modo, o servidor que esteja respondendo processo disciplinar deve ser considerado inocente até a decisão final condenatória, uma vez que o ônus da prova é da Administração.

Os atos cautelatórios, bem como as medidas restritivas no decorrer do processo disciplinar não violam o princípio da presunção de inocência, tão somente buscam garantir o regular trâmite do processo com vistas a encontrar a verdade real.

2.1.13. Princípio da motivação

O princípio da motivação é o instrumento que possibilita a comprovação da legalidade dos atos administrativos praticados. É uma garantia para a Administração e para os administrados de que tais atos foram praticados para atender ao interesse público.

A motivação dos atos administrativos no âmbito do processo disciplinar pode ser observada no artigo 50 da Lei nº 9.784/99:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. (BRASIL, 1999).

Nesse sentido, ressalta Mattos:

[...] no direito disciplinar, o princípio *sub oculis* toma grande relevância, pois a Comissão Disciplinar, responsável pela instrução do processo, deve registrar em ata as suas deliberações, explicitando as razões que motivam a realizar determinado ato institucional, como, por exemplo, deferir ou indeferir o requerimento da parte interessada. Essa fundamentação, de consequência, possui o condão de demonstrar se ocorre ou não a violação ao princípio da ampla defesa. (MATTOS, 2010, p. 85).

Sendo assim, de acordo com o artigo 50, §2º, da Lei n.º 9.784/99, torna-se imprescindível que a motivação seja prévia ou contemporânea à prática do ato, devendo ser explícita, clara e congruente à situação fática apurada.

2.1.14. Princípio da segurança jurídica

Os atos praticados no âmbito do processo disciplinar devem estar sempre em consonância com a lei, a fim de trazer segurança jurídica para apuração do processo administrativo disciplinar.

Segundo o autor Mattos, é função desse princípio limitar a desconstituição do ato administrativo imperfeito, que seja nulo ou anulável, pelo transcurso do tempo:

Vigora o princípio da segurança jurídica, como um limite à desconstituição do ato administrativo imperfeito, para que não seja gerada a instabilidade que seria causada para as relações jurídicas. (MATTOS, 2010, p. 285).

Desse modo, os atos administrativos, no âmbito do processo disciplinar, devem ser praticados com coerência e firmeza e fundamentados em normas e princípios do Direito Administrativo Disciplinar, para que transmitam segurança jurídica aos envolvidos.

2.1.15. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade funcionam como uma forma de limite interno da discricionariedade dos atos administrativos, visando atender o fim a que se destinam, ou seja, o interesse público.

No âmbito do processo administrativo disciplinar, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são observados não só no curso de todo o processo, mas também na aplicação das penalidades.

Nesse mesmo sentido, Mattos realça que:

Os referidos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade mantêm os mesmos contornos de importância constitucional, quando transpostos para o processo administrativo disciplinar, em decorrência de que democratizam não só a apuração, como o seu julgamento, através de um rigoroso controle entre os meios e os fins utilizados no aludido processo. Isso porque a apuração da prática de uma infração disciplinar, ocorrida no exercício do *múnus* público do servidor acusado, terá que ser dosada pelos princípios e pelas normas informadoras do respectivo processo, que são estabelecidas para possibilitar uma justa e segura investigação, sem que haja violação dos direitos e garantias da defesa. (MATTOS, 2010, p. 104).

Dessa forma, ambos os princípios são de extrema importância no processo administrativo disciplinar, uma vez que acabam por reprimir a prática de atos irrazoáveis e arbitrários que visem suprimir os direitos fundamentais garantidos por lei.

2.2. Responsabilização e penalidades no âmbito do processo disciplinar

O processo disciplinar é o instrumento de que a Administração dispõe para apurar a responsabilidade disciplinar do servidor por infração praticada no exercício de suas funções ou, quando fora do ambiente de trabalho, conduta irregular que guarde correlação com o cargo, emprego ou função que ocupe.

É instaurado pela Administração mediante notícia de suposta conduta irregular praticada por servidor público, geralmente, em razão da não observância de seus deveres funcionais ou das proibições previstas em normas disciplinares.

Nos dizeres de Edson Jacinto da Silva:

[...] para que o poder disciplinar seja exercido, necessário se faz que o agente público subalterno, voluntariamente, proceda de forma omissa ou não, atos contrários aos interesses e as atividades do serviço público, isto é, que viole os deveres da função, caracterizando assim uma infração disciplinar. (SILVA, 2009, p. 114).

Para que haja a responsabilização do servidor no processo administrativo disciplinar, a conduta tida como irregular deve ser revestida de tipicidade e antijuridicidade, bem como deve haver indícios mínimos de autoria e materialidade, para que haja a justa causa que justifique a persecução administrativa.

Em regra, caso a ilegalidade seja constatada e comprovada ao fim do processo disciplinar, o processado está sujeito às seguintes penalidades: advertência, suspensão, multa, destituição de cargo, demissão e demissão a bem do serviço público.

No entanto, as condutas infracionais, que podem gerar a aplicação das penalidades acima, variam de acordo com as diferentes administrações.

Geralmente, a pena de advertência é aplicada quando a conduta ilícita é considerada de menor gravidade e costuma decorrer da não observância dos deveres funcionais pelo servidor. Já a pena de suspensão, em regra, é para penalidades decorrentes de violação das proibições de normas disciplinares e, caso constatado prejuízo ao erário, poderá ser convertida em multa. Já as penas de demissão e demissão a bem do serviço público são decorrentes de faltas graves, totalmente incompatíveis com o cargo ou função na Administração Pública.

O servidor público, ao cometer um ilícito no exercício de suas atribuições, poderá ser responsabilizado tanto na esfera administrativa,

como na penal e cível, caso a conduta praticada também seja considerada ilicitude nas demais.

A incomunicabilidade das esferas administrativa, penal e cível permite que os processos tramitem de forma independente, sendo assim, o servidor será julgado em todas elas, podendo inclusive ser condenado nas três esferas e, conseqüentemente, receber três penas diferentes.

Em regra, as decisões proferidas nas três esferas não se comunicam; contudo, há ressalva legal, quando se absolve na esfera penal por inexistência de autoria ou materialidade, fato que poderá interferir nas demais esferas de modo a impedir ou anular eventual condenação.

Nesse sentido, explica o autor Cretella Jr.:

[...] a sentença penal absolutória repercute no juízo administrativo, sobrepondo-se à decisão das autoridades administrativas, ou seja, a) quando fica provada a inexistência do fato; b) quando não há prova da existência do fato; c) quando não existe prova de que o funcionário concorreu para a infração penal. (CRETELLA JR., 2004, p. 174).

Sendo assim, quando o servidor comete, no exercício de suas atribuições, alguma falta disciplinar prevista em regulamento próprio, se sujeita às sanções ali cominadas, podendo responder não só na esfera administrativa, como também nas esferas penal e cível, caso a conduta praticada também esteja nelas tipificada como ilicitude.

3. Falta grave no Direito Administrativo Disciplinar

Os deveres, obrigações e proibições afetos aos servidores públicos estão contidos em estatutos, como a Lei nº 8.112/90 – Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União; a Lei nº 9.784/99 – regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal; a Lei nº 4.878/65 – Regime Jurídico dos Funcionários Policiais Civis da União e do Distrito Federal; e alguns atos administrativos normativos do regime jurídico-disciplinar a que estão sujeitos.

Em regra, as condutas ilícitas advêm do não cumprimento dos deveres previstos nesses diplomas ou da não observância das proibições impostas ao servidor. Contudo, algumas dessas regras responsáveis por definir o ilícito disciplinar constituem tipificações abertas, vagas e flexíveis, ou seja, sem significados norteadores e limitativos que facilitem delimitar tais condutas, como ocorre com o tipo falta grave previsto em vários comandos normativos.

Salienta-se que a falta grave é prevista em várias normatizações que regulam o devido processo legal disciplinar no âmbito do Poder Público, em todas as esferas da Federação, porém somente algumas delas delimitam quais as condutas ilícitas são consideradas faltas graves.

A título de exemplo, a Lei nº 7.210/84, que instituiu a Lei de Execução Penal, elenca em seus artigos 50, 51 e 52, quais as faltas praticadas pelos condenados são tidas como graves, passíveis de acarretar determinada penalidade:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

- I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
 - II - fugir;
 - III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
 - IV - provocar acidente de trabalho;
 - V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
 - VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei¹.
 - VII - tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.
- Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que:

¹ Art. 39. Constituem deveres do condenado:

[...] II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
[...] V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

- I - descumprir, injustificadamente, a restrição imposta;
- II - retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta;
- III - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

- I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;
- II - recolhimento em cela individual;
- III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;
- IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (BRASIL, 1984).

Ainda, no artigo 45 da mesma lei, o legislador deixou claro que “Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”.

No mesmo sentido, a Lei n.º 4.878/65, que instituiu o Regime Jurídico dos Funcionários Policiais Cíveis da União e do Distrito Federal, em seu artigo 47, parágrafo único, também delimitou quais as transgressões disciplinares são de natureza grave:

Art. 47. A pena de suspensão, que não excederá de noventa dias, será aplicada em caso de falta grave ou reincidência.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, são de natureza grave as transgressões disciplinares previstas nos itens I, II, III, VI, VII, VIII, X, XVIII, XX, XXI, XXVI, XXVII, XXIX, XXX, XXXI XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXV, XXXVII, XXXIX, XLI, XLII, XLVI, XLVII, LVI, LVII, LIX, LX e LXIII do art. 43 desta Lei². (BRASIL, 1965).

² Art. 43. São transgressões disciplinares:

- I - referir-se de modo depreciativo às autoridades e atos da administração pública, qualquer que seja o meio empregado para esse fim;
- II - divulgar, através da imprensa escrita, falada ou televisionada, fatos ocorridos na repartição, propiciar-lhes a divulgação, bem como referir-se desrespeitosa e depreciativamente às autoridades e atos da administração;
- III - promover manifestação contra atos da administração ou movimentos de apreço ou desapreço a quaisquer autoridades;
- VI - deixar, habitualmente, de saldar dívidas legítimas;
- VII - manter relações de amizade ou exibir-se em público com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes criminais, sem razão de serviço;
- VIII - praticar ato que importe em escândalo ou que concorra para comprometer a função policial;
- X - retirar, sem prévia autorização da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;
- XVIII - utilizar-se do anonimato para qualquer fim;
- XX - deixar de cumprir ou de fazer cumprir, na esfera de suas atribuições, as leis e os regulamentos;
- XXI - deixar de comunicar à autoridade competente, ou a quem a esteja substituindo, informação que tiver sobre iminente perturbação da ordem pública, ou da boa marcha de serviço, tão logo disso tenha conhecimento;
- XXVI - aconselhar ou concorrer para não ser cumprida qualquer ordem de autoridade competente, ou para que seja retardada a sua execução;
- XXVII - simular doença para esquivar-se ao cumprimento de obrigação;
- XXIX - trabalhar mal, intencionalmente ou por negligência;
- XXX - faltar ou chegar atrasado ao serviço, ou deixar de participar, com antecedência, à autoridade a que estiver subordinado, a impossibilidade de comparecer à repartição, salvo motivo justo;
- XXXI - permutar o serviço sem expressa permissão da autoridade competente;
- XXXII - abandonar o serviço para o qual tenha sido designado;
- XXXIV - atribuir-se a qualidade de representante de qualquer repartição do Departamento Federal de Segurança Pública e da Polícia do Distrito Federal, ou de seus dirigentes, sem estar expressamente autorizado;
- XXXV - contrair dívida ou assumir compromisso superior às suas possibilidades financeiras, comprometendo o bom nome da repartição;
- XXXVII - fazer uso indevido da arma que lhe haja sido confiada para o serviço;
- XXXIX - permitir que presos conservem em seu poder instrumentos com que possam causar danos nas dependências a que estejam recolhidos, ou produzir lesões em terceiros;
- XLI - desrespeitar ou procrastinar o cumprimento de decisão ou ordem judicial, bem como criticá-las;
- XLII - dirigir-se ou referir-se a superior hierárquico de modo desrespeitoso;
- XLVI - deixar, sem justa causa, de submeter-se a inspeção médica determinada por lei ou pela autoridade competente;
- XLVII - deixar de concluir, nos prazos legais, sem motivo justo, inquéritos policiais ou disciplinares, ou, quanto a estes últimos, como membro da respectiva comissão, negligenciar no cumprimento das obrigações que lhe são inerentes;

Vale ressaltar que ambas as leis preveem a instauração de processo disciplinar para aplicação de penalidades administrativas, ou seja, observam as regras do Direito Administrativo Disciplinar.

Já no âmbito do Direito Trabalhista, a Lei n.º 5.452/43, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, especificou em seu artigo 482 quais condutas infracionais constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, ou seja, buscou delimitar quais as faltas cometidas pelo empregado são consideradas graves. O artigo 493 ressaltou que a prática de quaisquer dessas condutas constitui falta grave. Vejamos:

Art. 493 - Constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado.

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

LVI - impedir ou tornar impraticável, por qualquer meio, na fase do inquérito policial e durante o interrogatório do indiciado, mesmo ocorrendo incomunicabilidade, a presença de seu advogado;

LVII - ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais, ou com abuso de poder;

LIX - deixar de comunicar imediatamente ao Juiz competente a prisão em flagrante de qualquer pessoa;

LXIII - atentar, com abuso de autoridade ou prevalecendo-se dela, contra a inviolabilidade de domicílio.

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. (BRASIL, 1943).

Contudo, como já dito anteriormente, alguns estatutos tipificam a falta grave como conduta infracional, embora não a definam, como, por exemplo, a Lei nº 869/1952, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de Minas Gerais: “Art. 246 - A pena de suspensão será aplicada em casos de: I - Falta grave”.

O referido diploma legal não enumerou quais as condutas são consideradas faltas graves, com exceção do artigo 142, que citou um único fato como grave: “Constitui infração disciplinar grave, punível na forma da lei, conceder ou receber diária indevidamente”.

Assim também ocorre com a Lei nº 10.261/1968, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo e prevê a aplicação das penas de suspensão e demissão para as condutas consideradas graves:

Art. 254. A pena de suspensão, que não excederá de 90 (noventa) dias, será aplicada em caso de falta grave ou de reincidência.

Art. 256. Será aplicada a pena de demissão nos casos de:

[...]

II - procedimento irregular, de natureza grave. (SÃO PAULO, 1968).

Como falta grave o referido diploma enumerou expressamente somente uma conduta, qual seja:

Art. 198. À funcionária gestante será concedida, mediante inspeção médica, licença de 180 (cento e oitenta) dias com vencimento ou remuneração, observado o seguinte:

[...]

III - durante a licença, cometerá falta grave a servidora que exercer qualquer atividade remunerada ou manter a criança em creche ou organização similar. (SÃO PAULO, 1968).

Vários outros estatutos de servidores públicos estaduais e municipais preveem o tipo falta grave como ensejador da penalidade de suspensão sem, contudo, especificar expressamente quais condutas constituem o tipo, deixando à margem da discricionariedade da autoridade julgadora tal definição.

4. Interseção da tipicidade e da falta grave no ilícito disciplinar

A situação jurídica tratada no processo administrativo disciplinar deve levar em conta a descrição detalhada dos fatos e fundamentos legais capazes de demonstrar a prática de infrações disciplinares por parte do servidor público no caso concreto.

Tal base fática e jurídica integra o binômio exigido pelo princípio da legalidade tendente de conferir uma segurança jurídica para a investigação no âmbito disciplinar.

Segundo a lição da eminente administrativista Lúcia Valle Figueiredo, quando em exercício no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao julgar o Mandado de Segurança n.º 142.666, da 2ª Turma, em 22 de junho de 1994:

Impende saber se o princípio da tipicidade, uma vez que trata de procedimento sancionatório, poderia ser postergado e, de seu turno, dar-se pela implicitude do controle sobre as cópias para vídeo-cassete. O procedimento administrativo sancionatório segue o devido processo legal e, na hipótese, o penal, do mesmo modo que o procedimento sancionatório tributário. O princípio da tipicidade é importantíssimo para preservação do princípio da legalidade. Deve estar descrita na lei a infração com a devida consequência. Se determinadas formas de 'infrações' ainda não tiverem sido tipificadas, possível é que passem a sê-lo, modificando-se a lei. Possível não é, entretanto, que em matéria de infração utilize-se da analogia. [...] transpondo para o nosso texto constitucional, mesmo o anterior, o princípio da legalidade geral ('ninguém é

obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei') e da legalidade administrativa, exclui qualquer possibilidade de aplicar sanções, mesmo administrativas, que não se sediarem diretamente na lei. Na Constituição anterior já estava garantido o devido processo legal para as infrações penais. O texto atual é expresso garantindo-o também, para os procedimentos administrativos, que devem ter as mesmas garantias do procedimento judicial. É claro que o procedimento administrativo sancionatório deve seguir a trilha do processo penal. Massimo Severo Giannini, em seu *Instituzione de Diritto Amministrativo*, p. 396, também afirma que os procedimentos administrativos devem ser modelados segundo o esquema geral do processo penal. (BRASIL, 1994).

Nesse sentido, cite-se o julgado da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do ROMS n.º 16.264/GO, que teve a relatoria da Exma. Ministra Laurita Vaz, assim ementado o acórdão:

Administrativo. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Processo Administrativo Disciplinar. Infração Administrativa tipificada no art. 303, inciso LVI, da Lei nº. 10.460/88. Ausência da elementar do tipo 'em serviço'. Nulidade do Decreto Demissório. Direito líquido e certo. 1. *In casu*, em nenhum momento restou efetivamente evidenciado que o Recorrente estivesse no exercício de seu mister ('em serviço'). Isso porque, uma vez que os fatos se deram em local diverso do ambiente do trabalho, ainda que próximo, como consta do Relatório Final, somente seria cabível a imputação acaso ficasse demonstrado que o Recorrente estava, ao menos, no cumprimento das atribuições do cargo no momento do ocorrido, o que não ocorrera na espécie. 2. O fato de cuidar-se da vítima de funcionário público, colega de serviço do Recorrente, e de existir uma animosidade entre eles em razão do serviço, segundo consta dos autos, não se mostra suficiente para tipificar o ilícito administrativo. 3. No campo do direito disciplinar, assim como ocorre na esfera penal, interpretações ampliativas ou analógicas não são, de espécie alguma admitidas, sob pena de incorrer-se em ofensa direta ao princípio da reserva legal. 4. Ressalte-se que a utilização de analogias ou de interpretações ampliativas, em matéria de punição disciplinar, longe de conferir ao administrado uma acusação transparente, pública, e legalmente justa, afronta o princípio da tipicidade, corolário do princípio da legalidade, segundo as máximas: *nullum crimen*

nulla poena sine lege stricta e nullum crimen nulla poena sine lege certa, postura incompatível com o Estado Democrático de Direito. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido para anular a pena demissória aplicada ao Recorrente. (BRASIL, 2006).

Em seu voto condutor, a Exma. Ministra Laurita Vaz, ao estabelecer a similitude do direito disciplinar ao direito penal, vinculou a discricionariedade do administrador público ao princípio da legalidade, senão vejamos:

É que, no campo do direito disciplinar, assim como ocorre na esfera penal, interpretações ampliativas ou analógicas não são, de espécie alguma, admitidas, sob pena de incorrer-se em ofensa direito ao princípio da reserva legal. Não se pode admitir-se que a discricionariedade do administrador atue de forma derogatória do princípio da legalidade, em especial nos casos cujos preceitos secundários cominem penalidades graves ou gravíssimas, como no caso da demissão, na medida em que importa em ferimento aos direitos fundamentais do servidor ante a inegável inconstitucionalidade de que se reveste o ato punitivo quando pautado em padrões fluidos, oriundos de conceitos indeterminados. [...] Ressalte-se que a utilização de analogia ou de interpretações ampliativas em matéria de punição disciplinar, longe de conferir ao administrado uma acusação transparente, pública, e legalmente justa, afronta o princípio a tipicidade, corolário do princípio da legalidade, à luz das máximas: *nullum crimen nulla poena sine lege stricta e nullum crimen nulla poena sine lege certa*, postura incompatível com o Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 2006).

Ressalta-se que a fiel descrição das condutas infracionais dos servidores públicos, subsumindo-se em um dos tipos legalmente previsto na lei, é imperiosa para configuração da legalidade no processo disciplinador, notadamente quando da imposição de sanções e restrições de direito ao agente.

Portanto, o princípio da tipicidade é um dos corolários da legalidade e da segurança jurídica almejadas no Estado Democrático de Direito.

5. Considerações finais

Em vista do acima exposto, entendemos que o poder punitivo estatal é uno, de modo que a subdivisão da punição em matéria penal e administrativa disciplinar, por exemplo, serve apenas para fins didáticos.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXI, prescreve que as transgressões disciplinares devem ser estatuídas e especificadas por lei.

Com efeito, o instituto da discricionariedade permitida ao administrador público não deve ser confundido com o arbítrio, pois, caso contrário, estar-se-ia aceitando flagrante ofensa ao devido processo legal administrativo.

De acordo com a jurisprudência dos tribunais pátrios, o Poder Judiciário pode e deve sindicá-lo amplamente o ato administrativo que aplica a sanção de demissão a servidor público, para verificar a ocorrência dos ilícitos imputados ao agente e mensurar a adequação da reprimenda à gravidade da infração disciplinar.

A carência de normatização a respeito do tema dificulta, sobremaneira, o trabalho da autoridade julgadora, já torna frágil a aplicação de sanções disciplinares aos servidores que respondem a processo disciplinar, o que de fato aumenta as chances de reforma das decisões administrativas pelo Poder Judiciário.

Sendo assim, verifica-se que a utilização de analogia ou de interpretações ampliativas em matéria de punição disciplinar afronta o princípio da tipicidade, além de promover sérios e relevantes prejuízos à própria Administração Pública, já que provavelmente todo o trabalho realizado pela comissão julgadora em sede do processo administrativo disciplinar será fatalmente anulado, nessa hipótese, pelo Judiciário.

6. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

_____. Decreto-Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014.

_____. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014.

_____. Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014.

_____. Lei n. 4.878, de 3 de dezembro de 1965. Dispõe sobre o regime jurídico peculiar dos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4878.htm>. Acesso em 14 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ROMS n. 16.264/GO, 5ª Turma, Rel.: Min. Laurita Vaz, Brasília, DF. *DJ*, 2 maio 2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. MS n. 142.666, 2ª Turma, Rel.: Des. Fed. Lúcia Valle Figueiredo, julgado em 22 de junho de 1994.

CRETELLA, Junior. *Prática do processo administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *Tratado de direito administrativo disciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

MINAS GERAIS. Lei n. 869, de 5 de julho de 1952. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

SÃO PAULO (Estado). Lei n. 10.261, de 28 de outubro de 1968. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma/?id=28593>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

SILVA, Edson Jacinto. *Sindicância e processo administrativo disciplinar*. 3. ed. Campinas: Servanda, 2009.

Autores convidados.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150027

**POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE TERMO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA EM INQUÉRITO CIVIL
PREPARATÓRIO À AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

CAROLINA COSTA VAL RODRIGUES

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
ccrodrigues@mpmg.mp.br

FERNANDA ALMEIDA LOPES

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
falopes@mpmg.mp.br

LUCIANA OLIVEIRA BOTTOSSO BRAGA

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
lbottosso@mpmg.mp.br

1. Introdução

O presente artigo traz à baila o questionamento acerca da possibilidade de celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta – CAC – em inquérito civil preparatório à ação de improbidade administrativa, uma vez que não há proibição no ordenamento jurídico pátrio nesse sentido.

O Termo de Ajustamento de Conduta – TAC – permite maior sancionamento das condutas ímprobas, com maior efetividade, celeridade e menor custo operacional.

A matéria tem como um dos pontos nodais a morosidade do Judiciário, uma realidade sensível ao Ministério Público, que acaba minando grande parte das tentativas de se promover efetivamente a justiça, principalmente quando a intervenção do Estado-Juiz revela-se imprescindível.

Assim, buscando alternativas para a justiça mais ágil e eficaz, inúmeras ideias surgiram nos últimos anos na busca de uma aplicação do direito mais célere. Como exemplo, pode-se citar a Lei de Arbitragem, a Lei dos Juizados Especiais, a Lei da Ação Civil Pública, os institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo, do CAC, dentre outros.

Adentrando na seara da improbidade administrativa, surge a celeuma acerca da indisponibilidade do interesse público e a permissão, implícita, da Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992, de celebrar termos de ajustamento de conduta na fase preparatória ao ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

2. A atuação ministerial contra a improbidade administrativa

A Constituição da República, no seu art. 127, elevou o Ministério Público à posição de guardião da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesse contexto, uma das tarefas de maior destaque do Ministério Público é o combate à improbidade administrativa. Trata-se de um problema de repercussão geral, principalmente por difundir pela sociedade valores negativos de corrupção e desrespeito à coisa pública, capazes de enfraquecer a figura dos representantes públicos e lesionar os administrados. Refere-se à conduta desonesta, contrária à moral, à lei e aos bons costumes, praticada pelos agentes públicos perante a administração pública.

O ato de improbidade administrativa encontra-se descrito na Lei nº 8.429/1992, também conhecida como “Lei do Colarinho Branco”. Ocorre quando o sujeito ativo, investido de função pública, pratica atos que implicam o enriquecimento ilícito (artigo 9º), a lesão ao erário (artigo 10) ou a violação dos deveres de honestidade, de imparcialidade,

de legalidade e de lealdade às instituições (artigo 11). A referida lei regulamenta o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, que estabelece:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 1988).

Cuida ainda da cominação de penas, as quais serão graduadas conforme o resultado do ato, sem prejuízo de outras sanções penais, civis ou administrativas.

A propósito, tem-se o seguinte julgado da egrégia corte mineira:

APELAÇÃO CÍVEL - CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - EX-PREFEITO - ADMISSÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO - ART. 11 DA LEI N.º 8.429/92 - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE - FIXAÇÃO DAS SANÇÕES - PROPORCIONALIDADE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA. 1. Não há falar em inadequação do manejo da ação de improbidade administrativa em face de ex-Prefeito, porquanto, além da previsão expressa do art. 2º da Lei n.º 8.429/92, aquele agente político não está incluído entre as autoridades mencionadas pela Lei n.º 1.070/50, na qual se amparou o Supremo Tribunal Federal para excluir Ministro de Estado dos preceitos da Lei de Improbidade Administrativa nos autos da Reclamação n.º 2.138, de resto despida de efeito vinculante. 2. Demonstrado que o ex-Prefeito, mesmo após a assinatura de TAC, contratou e manteve nos quadros da Administração Pública municipal pessoas prestadoras de serviço, sem a prévia realização do concurso público (CR/88, art. 37, inc. II) e sem que fosse formalizado o atendimento aos requisitos para a contratação temporária

(art. 37, inc. IX), resta evidenciada a prática de ato de improbidade administrativa, por ofensa aos princípios da legalidade e da moralidade. 3. Nos termos do parágrafo único do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, a fixação das sanções deve observar a extensão da lesão causada e o proveito patrimonial do agente e revestir-se do caráter pedagógico, pelo que se revela no caso concreto o cabimento da redução das penas. 4. Recurso parcialmente provido. (MINAS GERAIS, 2015).

Não se pode deixar de reconhecer que a Lei nº 8.429/1992 constitui o principal instrumento normativo para a proteção do patrimônio público. Entretanto, existem outros meios legais também capazes de tipificar e sancionar as condutas praticadas por autoridades públicas, a exemplo dos regimentos, estatutos e lei de licitação.

Dessa forma, o Ministério Público, imbuído pelo espírito de justiça e honradez, ao tomar conhecimento de algum fato que importe na prática de improbidade, fará a devida investigação, no âmbito se sua promotoria especializada, redundando o procedimento na propositura de eventual ação civil pública, no seu arquivamento ou na requisição da instauração de investigação criminal.

3. Possibilidade de celebração de compromisso de ajustamento de conduta em inquérito civil preparatório à ação de improbidade administrativa

O questionamento aqui proposto aventa a possibilidade de CAC em inquérito civil preparatório à ação de improbidade administrativa, por não haver vedação no ordenamento jurídico pátrio nesse sentido.

O CAC consiste em um acordo assinado por partes que se comprometem a cumprir certas obrigações, buscando solucionar problemas intercorrentes ou compensar danos e prejuízos causados a outrem. Aludido ajuste configura um instrumento híbrido, com efeitos nas esferas cível, penal e administrativa.

Na década de 80, período de grande evolução jurídica, a celeridade e a instrumentalidade ganham acentuado destaque na seara proces-

sual. Uma sucessão de mudanças inicia-se no Código de Processo Civil, ao mesmo tempo em que a tutela dos direitos transindividuais vai adquirindo relevância.

Este cenário leva ao surgimento do CAC, o qual foi instituído, inicialmente, pelo art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069/90). Posteriormente, ele veio previsto no art. 113 do Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei nº 8.078/90), que ampliou sua aplicabilidade efetiva aos demais conflitos de natureza difusa.

É cediço que a criação deste instrumento vinculou-se fortemente à experiência do Ministério Público brasileiro, que já possuía tradição no atendimento ao público e na composição extrajudicial de conflitos de interesse.

Atualmente, o CAC encontra-se também disciplinado no art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, *ipsis litteris*:

Art. 5º. [...]

§ 6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (BRASIL, 1985).

Nesta modalidade de acordo, o causador de danos a direitos difusos assume, extrajudicialmente, o compromisso de ajustar sua conduta às exigências legais (daí o nome Compromisso de Ajustamento de Conduta), mediante sanções pelo seu descumprimento. Por ser realizado por termo, o compromisso de ajustamento de conduta passou a ser conhecido nos meios forenses também como TAC. A sua diferença para os acordos judiciais é que estes são celebrados durante o trâmite de ação judicial já proposta e, conseqüentemente, devem ser homologados pelo magistrado que preside o julgamento da lide.

São legitimadas a tomar dos interessados o CAC as pessoas jurídicas de direito público da Administração Direta (entes federados), o Ministério Público e as entidades da administração indireta, ou seja, as autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista.

Analisadas as características do TAC, surgem alguns questionamentos concernentes à possibilidade de se restringir o poder do órgão ministerial em celebrar tais ajustes, bem como quanto à extensão da vedação expressa inserta no art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade, que assim preconiza:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de 30 (trinta) dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º. É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*. (BRASIL, 1992).

Numa primeira leitura, parece indubitável não haver espaço para o TAC no âmbito da Lei acima mencionada. Independentemente da natureza que se queira emprestar ao compromisso em questão, a vedação do dispositivo parece, *a priori*, absoluta. Entretanto, o comando em espécie passou a atrair a atenção de diversos juristas que divergem acerca de seu alcance e extensão. A resposta a tais questionamentos não é fácil, uma vez que este tema vem sendo amplamente discutido no direito pátrio.

Contrariamente à possibilidade de celebração de TAC em Inquérito Civil preparatório à Ação de Improbidade Administrativa, tem-se o órgão ministerial demandista, que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução de problemas sociais.

Por outro lado, passados mais de vinte e cinco anos da promulgação da Constituição da República, conhecida como Constituição Cidadã, superado o Ministério Público demandista, verifica-se, cada vez mais, uma evolução do *Parquet*, passando, assim, a um órgão resolutivo, que direciona sua atuação para o âmbito extrajudicial. Torna-se um órgão que atua na solução de conflitos sociais, no âmbito da própria Instituição e em parceria com a sociedade, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, já tão assoberbado. Marcelo Pedroso Goulart afirma:

[...] na esfera civil, não pode ficar na dependência das decisões judiciais. Deve ter como horizonte a solução direta das questões referentes aos interesses sociais, coletivos e difusos. Os procedimentos administrativos e inquéritos civis devem ser instrumentos aptos para tal fim. O MP deve esgotar todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (soluções negociadas), utilizando esses procedimentos com o objetivo desacramentar acordos e ajustar condutas, sempre no sentido de afirmar os valores democráticos e realizar na prática os direitos sociais (GOULART, 2001, p. 29).

Desse modo, a atuação extrajudicial da instituição ministerial é fundamental para proteção e efetivação dos direitos ou interesses sociais, uma vez que a transferência para o Poder Judiciário da solução dos conflitos coletivos, por intermédio das ações coletivas previstas em lei, não tem sido tão eficaz; em muitos casos, este Poder não tem atuado com a forma e o rigor esperados pela sociedade.

Sob essa ótica proativa, o *Parquet* resolutivo busca soluções alternativas de resoluções de conflitos, visando a obter maior efetividade e agilidade nas suas ações.

A partir desse novo modelo de atuação, surge a possibilidade de se entabular o CAC em procedimento preparatório ao ajuizamento da demanda de improbidade administrativa.

Neste contexto, a interpretação do art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade volta-se para a proibição de celebração de acordos em ações de improbidade em curso, excluindo, pois, eventuais tratativas entre os envolvidos e o membro do Ministério Público pré-processualmente, mormente quando se percebe que a sentença condenatória, quando e se obtida no fim do trâmite processual, terminaria simplesmente com a aplicação de multa nos moldes pactuados.

Por outro lado, nítida está a cautela que deve ter o promotor de justiça para excluir da possibilidade de entabular TAC's ante a prática de graves atos de improbidade que exigem a imposição de penas severas, tais como a perda do cargo, a suspensão dos direitos políticos e seus desdobramentos, por exemplo, a inelegibilidade, descrita na

“Lei da Ficha Limpa”. A esse respeito, no entanto, ressalta-se que a insensibilidade do *Parquet* para a aplicação do melhor direito não prejudicaria a solução do caso, tendo-se em vista que ele conta com uma instância revisora, o Conselho Superior do Ministério Público, que tem por mister avaliar as promoções de arquivamento e os TAC’s formulados pelos promotores de justiça, não permitindo que nenhum erro perdure.

A defesa pela celebração do TAC baseia-se, outrossim, na legalidade e procedência do ato, na medida em que respeita o devido processo legal. Ainda que o compromissário sofra a diminuição do seu patrimônio, ele anuiu para isso, como numa simples doação, descabendo eventual ilação de expropriação de bens.

Igualmente não nos parece lógico fundamentar o impedimento à propositura de TAC’s em Inquéritos Civis preparatórios à Ação de Improbidade Administrativa na indisponibilidade do bem tutelado, deixando a falsa impressão de que a formulação do acordo pressupõe o desprezo do interesse público e o perdão pelos atos cometidos. Ora, esse argumento deve ser rechaçado, porque o acordo não deve ser confundido com a transação. Ele reconhece a existência de obrigações, tornando-as exequíveis. Admite flexibilidade apenas nos prazos, condições e modo de reparação integral do dano.

Wallace Paiva Martins Júnior ensina:

[...] não se trata propriamente de concessão mútua para a prevenção do litígio e sim de expediente em que o bem objeto da disputa escapa do litígio em razão da assunção de obrigação pelo devedor, que se compromete à integral satisfação do dano através do ajustamento às obrigações legais. (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 415).

Seguindo essa linha de inteligência, assim se manifesta o Supremo Tribunal Federal:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem

disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimização deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido. (BRASIL, 2002).

A doutrinadora Suzana Henrique Costa, com clareza, discorre sobre o assunto e preconiza:

[...] a Lei de Improbidade Administrativa vedou, expressamente, a transação nas ações de responsabilização civil dos agentes públicos em caso de enriquecimento ilícito. Com maior razão, não se há de admitir transação nos inquéritos civis relacionados com a matéria. Entretanto, deve-se ter em conta que o escopo da lei é impedir que o órgão público legitimado disponha do direito material controvertido, ou seja, que aceite receber menos do que lhe seja devido. Entretanto, a nosso ver, nada impede que, tanto na fase extrajudicial como em juízo, seja em autos de inquérito civil ou de ação civil pública, o causador do dano ao patrimônio público assuma o compromisso formal de ajustar sua conduta às exigências legais, desde que isso não importe renúncia a direitos nem dispensa de seu exercício da parte de qualquer co-legitimado ativo à ação coletiva, pois estes co-legitimados não são titulares do direito material, sobre o qual não podem transigir nem dispor. O que se pode admitir, por exemplo, é o parcelamento de obrigações, sem dispensa de juros legais e feita a correção monetária pelos índices oficiais. (COSTA, 2006, p. 424).

Aplicando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, buscam os acordos pré-processuais o apenamento, com a máxima eficácia possível, das condutas ímprobas de menor monta; cabe o ajuizamento da Ação de Improbidade Administrativa nos demais casos, objetivando-se a prolação de sentença que fixe a sanção pertinente.

Nesse sentido, posiciona-se o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ILÍCITO INCONTROVERSO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO ANTES DA CONDENÇÃO. AFASTAMENTO DA PUNIÇÃO. INVIABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ANISTIA OU PERDÃO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DA LEI DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. DOSIMETRIA MÍNIMA.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem aferiu a inequívoca existência de atos de improbidade (simulação de despesa pública e subtração do pagamento correspondente). No entanto, tendo em vista que os agentes reconheceram a procedência da ação e ressarciram o Erário, a Corte local afastou a punição.

2. O ressarcimento, embora deva ser considerado na dosimetria da pena, não implica anistia do ato de improbidade. Pelo contrário, é um dever do agente que, se não o fizesse por espontânea vontade, seria impelido pela sentença condenatória, nos termos do art. 12 da Lei 8.429/1992.

3. A Lei de Improbidade não teria eficácia se as penalidades mínimas impostas fossem passíveis de exclusão por conta do ressarcimento. Entender dessa forma significa admitir que o agente ímprobo nunca será punido se ressarcir o Erário antes da condenação. Isso corresponderia à criação jurisprudencial de hipótese de anistia ou perdão judicial ao arrepio da lei.

4. O reconhecimento judicial da configuração do ato de improbidade (fato incontroverso segundo o acórdão recorrido) leva, necessariamente, à imposição de sanção, entre aquelas previstas na Lei 8.429/1992, ainda que minorada no caso de ressarcimento.

5. Aplicação da pena de suspensão de direitos políticos dos agentes ímprobos, quantificada no mínimo legal, consideradas as atenuantes (reconhecimento judicial do ilícito por parte dos acusados e ressarcimento).

6. Recurso Especial provido. (BRASIL, 2009).

4. Conclusão

Em suma, é juridicamente possível a celebração de TAC em Inquérito Civil preparatório à Ação de Improbidade Administrativa, o qual visa, única e exclusivamente, à tutela dos interesses sociais e coletivos.

Ressalte-se que nesses acordos o Ministério Público tenta pôr fim aos conflitos de interesses, sem, contudo, perdoar o agente ímprobo das mazelas por ele cometidas, não configurando, pois, indisponibilidade do interesse público; ao contrário, trata-se de uma forma de se efetivar a tutela do patrimônio público, viabilizando-se o seu ressarcimento sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

5. Referências

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARMANDO DA COSTA, José. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 2 ed. Brasília: Jurídica, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 jun. 2015.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 11 dez. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

COSTA, Leonel Carlos da. Termo de ajustamento de conduta (TAC) e seus limites. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4140, 1 nov. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30469>>. Acesso em: 8 maio 2015.

COSTA, Susana Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GARCIA, Emerson; Alves, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 1, n. 1, p. 11-34, jan./jun. 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *O inquérito civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0183.08.155884-7/001, 8ª Câmara Cível, Relator: Des. Edgar Penna Amorim, Belo Horizonte, 22 de janeiro de 2015. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 2 fev. 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Comentários à lei de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150028

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES

A Revista De Jure publica artigos acadêmicos inéditos, além de publicar ensaio de jurista internacional convidado e comentários a jurisprudências. A Revista De Jure publica artigos acadêmicos obrigatoriamente inéditos nas áreas de Doutrina Nacional, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Coletivo, Direito Processual Coletivo, Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Autores estrangeiros de renome são convidados a escrever ensaios em sua língua pátria, tendo como temática o Direito Internacional, dentro das áreas de interesse do Ministério Público.

Os comentários à jurisprudência são textos de opinião a respeito de decisões recentes de interesse do Ministério Público.

Os artigos enviados à Revista De Jure devem ser obrigatoriamente inéditos e não podem ter sido publicados previamente em nenhuma de suas versões, nem estar simultaneamente submetidos com finalidade de publicação em outra revista. Não serão aceitos artigos veiculados na internet.

Todos os artigos passam por uma avaliação preliminar por parte do editor, oportunidade em que são avaliados os aspectos meramente formais, como a compatibilidade de conteúdo com a linha editorial da Revista e elementos estéticos e metodológicos preliminares.

Uma vez preenchidos os requisitos preliminares, o artigo é submetido à avaliação qualitativa do Corpo Editorial, formado pelos conselheiros e por revisores ad hoc. O processo de avaliação, adotado desde 2007, é a revisão dupla cega de pares, ou double blind peer review, na qual os artigos são avaliados por, pelo menos, dois pareceristas, que desconhecem a autoria do trabalho. No caso de pare-

ceres discordantes, o artigo é submetido a um terceiro parecerista. As duplas de pareceristas recebem os artigos de acordo com sua área de expertise.

Os autores são comunicados sobre a natureza dos pareceres, garantidos o sigilo e o anonimato dos membros do Conselho Editorial. O Conselho Editorial emite seu parecer quanto aos trabalhos, concluindo pela aprovação para publicação (apto), pela necessidade de reformulação (apto com ressalvas), ou pela rejeição (inapto). Caso existam alterações recomendadas, o autor é cientificado para, se desejar, incorporar as modificações sugeridas, ou motivar a desnecessidade das alterações, as quais serão encaminhadas à Diretoria de Produção Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional para nova avaliação, a critério do editor.

Os resultados do processo são inapeláveis em todos os casos.

À revista se reserva o direito de não publicar o artigo, no caso de o autor discordar da avaliação qualitativa e o editor decidir conservar o posicionamento dos pareceristas e o autor mantiver sua discórdia.

Normas de publicação

Para submissão dos trabalhos, é necessário observar as seguintes normas de publicação para os autores:

1. Os artigos inéditos serão avaliados quanto a seu mérito científico, sua adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e às normas adotadas pela respectiva publicação, sendo de responsabilidade do autor a adequação e formatação dos trabalhos. A adequação e formatação dos trabalhos de responsabilidade dos autores.

Os ensaios de juristas estrangeiros convidados poderão ser escritos em português, inglês, espanhol ou italiano.

2. Os trabalhos deverão ser enviados para a página eletrônica www.mpmg.mp.br/dejure.

3. O Ministério Público não se responsabilizará pelas opiniões, ideias, e conceitos emitidos nos trabalhos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).
4. Todos os artigos serão submetidos à leitura de, pelo menos, dois pareceristas, garantidos o sigilo e o anonimato tanto do(s) autor(es) quanto dos membros do Conselho Editorial (revisão dupla cega de pares). No caso de pareceres divergentes, o artigo sem identificação de autoria será submetido à análise de um terceiro parecerista.
5. Será prestada uma contribuição autoral pela licença da publicação dos trabalhos nas revistas correspondente a até dois exemplares da revista em cujo número o trabalho tenha sido publicado.
6. Os artigos encaminhados para a Revista De Jure deverão ter um mínimo de 10 (dez) e um máximo de 30 (trinta) páginas; e os comentários à jurisprudência, um máximo de 15 (quinze) páginas.
7. Os autores deverão incluir minicurrículo, contendo afiliação e titulação acadêmica, com no máximo 200 (duzentas) palavras. O minicurrículo deverá, obrigatoriamente, conter um endereço eletrônico do autor para divulgação na revista.

Normas de padronização dos artigos e comentários à jurisprudência

I - Os parágrafos deverão ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos com a régua, não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar parágrafos: o próprio <ENTER> já os determina automaticamente. Como fonte, usar o Arial, corpo 9. Os parágrafos devem ter entrelinha simples; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

II - O artigo deve obrigatoriamente conter resumo, palavras-chave, abstract, key words, título em inglês, sumário, introdução, conclusão ou considerações finais e referências bibliográficas. Os artigos deverão ter resumo (entre 100 e 150 palavras) e palavras-chave (máximo cinco) na língua de origem do texto e respectivas traduções em inglês (abstract e key words). O resumo apresenta a ideia geral do

tema, objetivos, métodos de pesquisa, resultados e conclusões, redigidos de forma objetiva e concisa. As palavras-chave são um conjunto de três a cinco palavras que representem o conteúdo do trabalho. As referências bibliográficas listam as obras citadas no trabalho. Devem ser organizadas em ordem alfabética, conforme será demonstrado no tópico XI. Comentários à jurisprudência não precisam conter resumo, palavras-chave, abstract, key words, título em inglês e sumário, devendo explicitar o acórdão utilizado no comentário.

III - Ao final de cada artigo, obrigatoriamente, deverá constar a listagem das referências bibliográficas utilizadas no corpo do texto.

IV - Os artigos deverão ser precedidos de um breve sumário, do qual deverão constar os itens com até 3 (três) dígitos, como no exemplo: SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil ambiental. 2.1. Legislação. 2.2. Normatização. V - Todo destaque que se queira dar ao texto deverá ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o **negrito** para destacar trechos do texto.

V - Unidades de medida devem seguir os padrões do Sistema Internacional de Unidades (SI), elaborados pelo Bureau Internacional de Pesos e Medidas (BIPM) [www.bipm.org]; em casos excepcionais, a unidade adotada deve ser seguida da unidade expressa no SI entre parênteses.

VI – Destaques, palavras estrangeiras e neologismos ou acepções incomuns devem ser grafados em *itálico*.

VII - Trabalhos que exijam publicação de gráficos, quadros, tabelas ou qualquer tipo de ilustração devem apresentar as respectivas legendas, citando a fonte completa e sua posição no texto. Os arquivos devem ser encaminhados separadamente e, sempre que possível, no formato original do programa de elaboração (por exemplo: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS) e as imagens, com alta definição (mínimo de 300 dots per inchs [DPIs]); para mapas ou micrografias, devem estar explícitas as marcas de escala.

VIII - Citações com até 3 (três) linhas podem ser feitas de duas formas:

Oliveira e Leonardos (1943, p. 146) dizem que a “[...] relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara”. Outro autor nos informa que “[...] apesar das aparências, a desconstrução do logocentrismo não é uma psicanálise da filosofia [...]” (DERRIDA, 1967, p. 293).

As citações de textos com mais de 3 (três) linhas deverão ser feitas com recuo esquerdo de 4,0 cm e tamanho de fonte 8, sem aspas.

IX - As notas de rodapé devem ser feitas com fonte Times New Roman, corpo 8. As notas de rodapé deverão conter somente anotações concernentes ao texto, mas que não se insiram no desenvolvimento lógico deste. Referências bibliográficas devem ser colocadas ao final conforme modelo mostrado no item 4.

X - As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT) e deverão estar dispostas em ordem alfabética, da seguinte forma:

a) Referência de Livro: Os elementos essenciais são: autor(es) do livro, título do livro (título principal em *itálico*), edição, local, editora e data da publicação.

BUARQUE, C. Benjamim. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

b) Livro (parte): Os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, autor(es) do livro, título do livro (título principal em *itálico*), edição, local, editora, data da publicação e intervalo de páginas da parte.

DERENGOSKI, P. R. Imprensa na Serra. In: BALDESSAR, M. J.; CHRISTOFOLETTI, R. (Org.). Jornalismo em perspectiva. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005. p. 13-20.

c) Livro (meio eletrônico): Os elementos essenciais são os mesmos do livro ou da parte do livro, porém acrescidos do endereço eletrônico e data de acesso (se o meio for on-line).

ASSIS, M. de. Memórias póstumas de Brás Cubas. São Paulo: Virtual Books, 2000. Disponível em: <http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2004.

FERREIRA, A. B. de H. Novo dicionário Aurélio. 3. ed. São Paulo: Positivo, 2004. 1 CD-ROM.

d) Periódico (parte): Os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, título do periódico (título principal em *itálico*), local, fascículo (número, tomo, volume etc.), intervalo de páginas da parte e data da publicação.

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. EccoS: Revista Científica, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004.

e) Periódico (meio eletrônico): Os elementos essenciais são os mesmos da parte do periódico, porém acrescidos do endereço eletrônico e da data de acesso (se o meio for on-line).

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. EccoS: Revista Científica, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs_revistas/eccos/eccos_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2004.

f) Trabalho acadêmico: Os elementos essenciais são: autor(es) do trabalho acadêmico, título do trabalho acadêmico (título principal em *itálico*), data da apresentação, definição do trabalho (dissertação, monografia, tese etc.), titulação visada, instituição acadêmica (incluindo escola, faculdade, fundação etc.), local e data da publicação.

HARIMA, H. A. Influência da glucana na evolução do lúpus murino. 1990. Tese (Doutorado) - Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 1990.

XAVIER, E. F. T. Qualidade nos serviços ao cliente: um estudo de caso em bibliotecas universitárias da área odontológica. 2001. Dis-

sertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

g) Trabalho apresentado em evento: Os elementos essenciais são: autor(es), título do trabalho apresentado seguido da expressão “In:”, nome do evento, numeração do evento (se houver), ano e local da realização do evento, título do documento em *itálico* (anais, atas, etc.), local, editora, data de publicação, página inicial e final da parte referenciada.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. Annals. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

XI - Sugere-se o portal eletrônico <www.bn.br>, a ser utilizado através do seguinte caminho de navegação: função principal / serviços a profissionais / catálogos de autoridades de nomes, para pesquisa a respeito da forma correta de entrada acadêmica de nomes de pessoas.

XII - Solicita-se que, a partir do ano de 2011, os textos enviados adotem preferencialmente as regras da nova ortografia da língua portuguesa.

WRITERS' GUIDELINES

Materials published in every issue:

Essays

Renowned international authors are invited to publish essays in their original language. The essays' topics are on areas of International Law that interest the Public Prosecution Service (Criminal Law, Criminal Procedure Law, Civil Law, Civil Procedure Law, Collective Law, Collective Procedure Law, Constitutional Law and Administrative Law).

Essays submitted to the Journal De Jure should have a minimum of 15 pages and a maximum of 30 pages. Authors will receive two copies of the journal as authorial contribution. Essays can be sent in English, Portuguese, Italian and Spanish.

Authors can send their essays in the site www.mpmg.mp.br/dejure, where they can also find all issues already published, as well as the guidelines to authors in both English and Portuguese.

Academic Articles

De Jure publishes original articles in Portuguese in the following areas: Brazilian National Doctrine, Multidisciplinary Area, Criminal Law, Criminal Procedure Law, Civil Law, Civil Procedure Law, Collective Law, Collective Procedure Law, Constitutional Law and Administrative Law.

Academic Articles: Double Peer Blind Review

The academic articles submitted to De Jure must be original and are published in Portuguese. They must have abstract, key words in English and title in Portuguese and English. All articles are analyzed by

the Editor on regard to aspects such as theoretical line compatibility and form. Provided they meet formal aspects, articles are submitted to the Editorial Board members for them to perform qualitative analysis by means of double peer blind review. The unidentified articles are submitted to at least two peers, according to their area of expertise. In case of disagreement on whether the article can be published or not, they are re-submitted to a third member of the Editorial Board. The double peer blind review process has been used since 1997.

Comments on Jurisprudence

The Comments on Jurisprudence are opinion texts concerning recent court decisions that are of interest to the Public Prosecution Service. Care should be taken to avoid plagiarism. Plagiarism can be said to have clearly occurred when large chunks of text have been cut-and-pasted without appropriate attribution. Such manuscripts will not be considered for publication in *De Jure*. The use of small amounts of previously published works with appropriate attribution is not, of course, problematic. The determination of whether a submission contains plagiarized material shall be made solely within the discretion of *De Jure* editors, whether they become aware of it through their own knowledge or research, or when alerted by referees.

If allegations of plagiarism arise after a paper is published in *De Jure*, the journal will conduct a preliminary investigation. If plagiarism is found, the journal will contact the author. The paper containing the plagiarism will also be obviously marked on each page of the PDF. Depending on the extent of the plagiarism, the paper may also be formally retracted.

Submission

Authors who wish to submit articles or essays must access the site www.mpmg.mp.br/dejure, fill in the form and upload the article in the format Microsoft Word for Windows. Authors should preferably follow the guidelines below:

I – The paragraphs must be justified. Use <ENTER> for spacing. The space between lines should be simple and the space between

paragraphs should be also simple. Do not use the rule for retreating. Use the font Arial, size 9. The top and bottom margins should be 2.5 cm and the left and right margins should be 3.0 cm. The size of the paper should be A4.

II – The articles must be accompanied by an abstract in English (between 100 and 150 words); key words (maximum of five) and title in english.

III – A list of bibliographical references must be provided at the end of the article (a sample list of bibliographical references is provided at the end of this document).

IV – Articles should contain a brief heading at the beginning of each section, for example as follows:

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Environmental Responsibility. 2.1. Legislation. 2.2. Brazilian Experience. 3. Conclusion. 4. Bibliography.

V – Any emphasis should be made by marking the words, expressions, or phrases with italics.

VI – Measurement units should preferably be the international system of units (SI).

VII – Any foreign words should be marked with italics.

VIII – Any articles that have graphs, tables, or any other kind of illustrations must have a respective legend, with the complete bibliographical reference. The files should be sent separately in the original format of the illustration (for example: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS). Images should be of high definition (minimum of 300 dots per inch [DPIs]); maps must be drawn in scale and so indicate.

IX – Quotations with less than 4 lines can be made in two different ways: Jakobs and McArthur (1943, p. 146) argue that “[...] due to eradication of infected cattle and pasteurization of milk *M. bovis* (a zoonotic cause of tuberculosis) is rarely seen in the United States.” Nevertheless, there has been criticism on that issue: “[...] The BCG

vaccine (*Bacillus de Calmette et Guérin*, an attenuated strain of *M. bovis*) has not been effective. In the US, where the incidence of tuberculosis is low, widespread vaccination is not practiced (MC-GREGOR; FOX; JANSEN, 1999, p. 45).

Quotations that exceed 4 lines should be in font Arial 8, without quotation marks and with left retreat of 4 cm.

Most fungi explore their surroundings by producing miles of fine, branching filaments called hyphae, but most yeasts have become more or less unicellular, with rounded cells. This is often an adaptation to living in a liquid medium of high osmotic pressure. This usually means media with a high sugar content, such as is found in the nectaries of flowers or on the surface of fruits, where if they present the least possible surface area (as close to spherical as possible), it makes it easier for them to control the movement of dissolved substances in and out of their cells (PICARD, 2001, p. 54).

X – Footnotes: font Times New Roman 8. Footnotes should not be used for bibliographical references. Rather, they should be used to comment on an idea that is not part of the normal development of the text, but is a related issue. Bibliographical references are dealt with as follows.

XI – Bibliographical references should be made according to examples below and must be placed in alphabetical order:

a) Book reference: The essential elements are: authors of the book, title of the book, edition, place, publishing company, date of the publication.

O'LEARY, W. M. (Org.). *Practical Handbook of Microbiology*. 2nd ed. New York: CRC Press, 1989.

b) Book (section or chapter): The essential elements are: authors of the section or chapter, title of the section or chapter, authors of the book, title of the book, edition, place, publishing company, date of the publication and pages of the chapter.

SMILBERT, R. M. The Spirochaetales. In: O'LEARY, W. M. (Org.). Practical Handbook of Microbiology. 2nd ed. New York: CRC Press, 1989. p. 130-145.

c) Book (electronic media): The essential elements are the same as those required for published books or sections of a book, in addition to the electronic address and date of the last access on-line.

ASSIS, M. de. Memórias póstumas de Brás Cubas. 1st ed. São Paulo: Virtual Books Publishing Co., 2000. Available at: <http://virtual-books.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf>. Accessed on: Dec. 31st, 2004.

d) Journal (one article): The essential elements are: authors of the article, title of the article, title of the journal, place of publishing, issues (number, volume, etc.), specific pages of the article and date of the publication.

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). Canadian Journal of Education, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004.

e) Journal (electronic media): The essential elements are the same required for published journals, in addition to the electronic address and the date of the last access on-line.

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). Canadian Journal of Education, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004. Available at: <http://www.cssa.ca/marketing/cope/pdfs_journals/cje_v6n2/ec-cosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf>. Accessed on: Dec. 31st, 2004.

f) Academic work: The essential elements are: names of the author(s), title of the academic work, presentation date, definition of the work (thesis, dissertation, monograph, etc.), title obtained, academic institution (including the name of the college or university), place of presentation and date.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. Annals. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

HARIMA, H. A. The influence of glucan in the evolution of murine lupus. 1990. Thesis (Doctorate) – São Paulo Medical College, Federal University of São Paulo, São Paulo, 1990.

NUMERAÇÃO DOI REFERENTE AOS TEXTOS PUBLICADOS NA REVISTA DE JURE N. 25 V.14

Nº SEQ.	TÍTULO	AUTORIA
10.5935/1809-8487.20150016	Strategic use of law to effect student placement within the juvenile justice system	Kathryn Wisner
10.5935/1809-8487.20150017	O quarto de locke e a culpa penal: Breves reflexões sobre liberdade, determinismo e responsabilidade	Wagner Marteleto Filho
10.5935/1809-8487.20150018	A unidade do ministério público: Essência, limites e relevância pragmática	Emerson Garcia
10.5935/1809-8487.20150019	Instabilidade jurídica na internet e a Lei n. 12.737/2012	Riany Alves de Freitas
10.5935/1809-8487.20150020	A noção de bem jurídico no funcionalismo radical sistêmico	Warley Belo
10.5935/1809-8487.20150021	A responsabilidade civil por abandono afetivo: A evolução histórica da família brasileira e a questão da natureza jurídica do afeto	Ana Carolina Barbosa Amaral
10.5935/1809-8487.20150022	Indenização por danos morais decorrentes de descumprimento de prazo contratual para entrega de imóvel	Simara Silva Rodrigues de Oliveira
10.5935/1809-8487.20150023	Os danos causados ao meio ambiente por poluição sonora, eletromagnética, visual e luminosa: Reparação, sanções penais e administrativas	José Roberto Marques
10.5935/1809-8487.20150024	Fracionamento de empreendimentos no licenciamento ambiental	Lara de Paula Silva
10.5935/1809-8487.20150025	A iniciativa probatória do julgador à luz da Constituição Federal	Marco Aurélio Nogueira, Guilherme Castelhane Chagas

10.5935/1809-8487.20150026	O direito constitucional de autodefesa e a apresentação de falsa identidade – breves apontamentos sobre a evolução da jurisprudência do STJ e a edição da súmula 522	Ana Carolina Motta Guatimosim
10.5935/1809-8487.20150027	A interpretação da falta grave no âmbito do processo administrativo disciplinar: Uma visão principiológica	Raphael Silva Rodrigues, Flávia Álvares Guimarães
10.5935/1809-8487.20150028	Possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta em inquérito civil preparatório à ação de improbidade administrativa	Carolina Costa Val Rodrigues, Fernanda Almeida Lopes, Luciana Oliveira Bottosso Braga

