

ISSN: 1984-168x



# Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
ESTADO DO TOCANTINS

Ano 4 • Nº 6 • 2011



# Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
ESTADO DO TOCANTINS

# Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Cesaf)  
Associação Tocantinense do Ministério Público (ATMP)

*Clenan Renaut de Melo Pereira*  
Procurador - Geral de Justiça

*Vera Nilva Álvares Rocha*  
Subprocuradora Geral de Justiça  
Coordenadora do Cesaf

*Edson Azambuja*  
Presidente da ATMP

Ficha Técnica:

*Coordenadora*  
Vera Nilva Álvares Rocha

*Conselho Editorial*  
Clenan Renaut de Melo Pereira  
João Rodrigues Filho  
José Kasuo Otsuka  
Edson Azambuja  
Miguel Batista de Siqueira Filho

*Revisão*  
Eduardo Silva de Almeida  
Luciana Duailibe

*Projeto Gráfico*  
Andressa Albuquerque Queiroz

*Diagramação*  
Andressa Albuquerque Queiroz

*Fotos*  
Ronaldo Mitt

*Colaboração*  
Academia Tocantinense de Letras

*Vera Nilva Álvares Rocha*  
(Coord.)

# Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
ESTADO DO TOCANTINS

Ano 4, nº 6

*Palmas, Tocantins*  
2011

© 2011. Ministério Público do Estado do Tocantins

**Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins**  
Publicação do Ministério Público do Estado do Tocantins  
Ano 4 • Nº 6 • 2011

Tiragem: 700

Tocantins, Ministério Público

Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins./ Coordenação de Vera Nilva Álvares Rocha. Palmas: Cesaf, ano 4, n. 6, 2011. 204 pág.

Periodicidade semestral

ISSN: 1984-168 x

1. Direito – Periódicos 2. O aborto sentimental e a interrupção da gravidez 3. Licenciamento ambiental 4 Defesas heterotópicas 5. Poluição por suinoculturas 6. A execução de alimentos 7. Lei da Ficha Limpa e inelegibilidade 8. Delação premiada no combate ao crime organizado 9. Corrupção de menores 10. Apuração de ato infracional 11. Contratos de consumo: intervenção do Estado e controle do MP.

CDU: 34(05)

Todos os direitos reservados ao Ministério Público do Estado do Tocantins. É permitida reprodução parcial ou total, desde que sejam citadas as fontes.

A originalidade dos artigos e as opiniões emitidas são de total responsabilidade de seus autores.

**Procuradoria Geral de Justiça**

Qd 202 N, Av. LO 4 Conjunto 07,  
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte  
Cep.: 77.006-218 - Palmas - Tocantins  
(63) 3216-7600  
[www.mp.to.gov.br](http://www.mp.to.gov.br) - [cesaf@mp.to.gov.br](mailto:cesaf@mp.to.gov.br)

**Associação Tocantinense do Ministério Público**

Qd 202 N, Av. LO 4 Conjunto 07,  
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte - 1º andar  
Cep.: 77.006-218 - Palmas - Tocantins  
(63) 3216-3250  
[www.atmp.org.br](http://www.atmp.org.br) - [atmp@uol.com.br](mailto:atmp@uol.com.br)

# Editorial

Surge mais um número da Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins, fruto do esforço da socialização de conhecimentos e entendimentos de nossos autores.

A cada semestre o entusiasmo dos colaboradores vem aumentando, o que se observa pelo número significativo de artigos remetidos ao nosso Conselho Editorial, o qual, mercê dessa circunstância, põe-se à vontade para selecionar aqueles providos de maior erudição e conteúdo. Com efeito, nessa edição, os artigos trazem temas atuais como ficha limpa, licenciamento ambiental, defesas heterotópicas, os contratos de consumo, a execução da prestação de alimentos e o cumprimento da sentença, poluição por suinoculturas e delação premiada.

Enriquece a importância desse veículo, a exemplo do ocorrido em números anteriores, o artigo “O aborto sentimental e a interrupção da gravidez da autora do crime de estupro”, de autoria do mestre Damásio de Jesus e mais cinco professores do Complexo Educacional homônimo.

Desejamos que os leitores possam extrair o máximo proveito da consulta aos artigos que compõem esta edição, tendo em vista que a intenção primeira é o compartilhamento de ideias, as quais podem ser aprimoradas com as críticas advindas dos leitores.

Boa leitura a todos.

*Vera Nilva Alvares Rocha*  
Subprocuradora Geral de Justiça  
Coordenadora do Cesaf





# Sumário

1. O aborto sentimental e a interrupção da gravidez da autora do crime de estupro ..... 11  
*Damásio de Jesus, André Estefam Araújo Lima, Flávio Cardoso de Oliveira, Gianpaolo Poggio Smanio, Luiz Antônio de Souza e Vitor Frederico Kämpel*
2. Uma breve análise sobre o licenciamento ambiental ..... 23  
*Angelita Messias Ramos*
3. As defesas heterotópicas ..... 35  
*Caleb Melo*
4. Poluição por suinoculturas ..... 75  
*José Maria da Silva Júnior*
5. A execução de alimentos e a sistemática do cumprimento de sentença ..... 105  
*Juan Rodrigo Carneiro Aguirre*
6. Lei da Ficha Limpa e a Inelegibilidade em decorrência da rejeição de contas por irregularidade insanável quando fique configurada improbidade administrativa por ato doloso ..... 131  
*Luiz Antônio Francisco Pinto*
7. Delação premiada – análise crítica entre ética e a efetividade do combate ao crime organizado ..... 141  
*Marcelo Ulisses Sampaio*
8. Corrupção de menores: um crime formal ..... 157  
*Octahydes Ballan Junior*

9. Pontos críticos do sistema recursal no processo para apuração de ato infracional ..... 169

*Sidney Fiori Junior*

10. Aspectos da intervenção do Estado nos contratos de consumo: o controle das cláusulas gerais dos contratos pelo Ministério Público ..... 191

*Weruska Rezende Fuso*

# O aborto sentimental e a interrupção da gravidez da autora do crime de estupro

Damásio de Jesus\*  
André Estefam Araújo Lima  
Flávio Cardoso de Oliveira  
Gianpaolo Poggio Smanio  
Luiz Antônio de Souza  
Vitor Frederico Kümpel

---

\*Professores do Complexo Jurídico Damásio de Jesus

# 1. Introdução

O artigo 213 do Código Penal (CP), com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 12.015, de 2009, define como estupro o fato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Como sujeitos, o delito admite, como ativo e passivo, pessoas de ambos os sexos. É possível, destarte, que um homem seja vítima de estupro praticado por mulher. Nesse caso, se da violência sexual resultar gravidez, terá o ofendido o direito de exigir sua interrupção? O aborto realizado em tais circunstâncias será considerado criminoso ou se entenderá lícito, nos termos do art. 128 do CP? A paternidade indesejada gerará consequências na órbita do Direito Civil?

No presente trabalho, serão examinadas essas questões sob o ângulo de diversos ramos do Direito.

## 2. O aborto e a legislação penal brasileira

O aborto – interrupção da gravidez com a morte do feto – pode ser espontâneo ou provocado. No primeiro caso, a expulsão do ser advém da natureza e decorre de estados patológicos do nascituro ou da própria gestante. O provocado é aquele decorrente de ação humana e se divide em criminoso ou legal.

A supressão da vida humana intrauterina configurará ilícito penal nas hipóteses descritas nos arts. 124 a 127 do CP, a saber: a) autoaborto ou aborto consentido (art. 124); b) aborto sofrido ou praticado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125); c) aborto praticado por terceiro

com o consentimento da gestante (art. 126). Há, ainda, causas de aumento de pena, as quais retratam delitos agravados pelo resultado (art. 127). Cuidam-se de casos em que, em decorrência das manobras abortivas, resultam na gestante lesão grave (CP, art. 129, §§ 1.º e 2.º) ou morte (§ 3.º). O aborto somente se pune como crime doloso. Nas figuras agravadas pelo resultado, trata-se de infração preterdolosa. A morte do ovo, embrião ou feto, provocada culposamente ou decorrente de fenômeno natural, não é criminosa.

Ademais, a supressão voluntária da vida do nascituro será lícita quando cometida nas circunstâncias previstas no art. 128 do CP. De acordo com esse dispositivo:

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:

**Aborto necessário**

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O estatuto penal permite, no primeiro caso, o denominado aborto necessário, hipótese de estado de necessidade elevado a justificativa da Parte Especial; no segundo, o aborto sentimental. Se a gravidez é resultante de estupro ou atentado violento ao pudor, crimes hoje previstos numa só norma incriminadora (art. 213 do CP), o aborto só é permitido em face de prévio consentimento da gestante. É possível, porém, que ela seja incapaz (menor, doente mental etc.), exigindo-se o consentimento de seu representante legal. São excludentes da ilicitude, pois o Código dispõe sobre não ser punido o aborto. Não diz não se pune o médico, hipótese em que teríamos causa de exclusão da culpabilidade, diante do seu caráter pessoal.

O único árbitro da prática do aborto é o médico. Deve valer-se dos meios à sua disposição para a comprovação do estupro ou do atentado violento ao pudor (inquérito policial, processo criminal, peças de informação etc.). Inexistindo, ele mesmo deve procurar certificar-se da ocorrência do delito sexual.

Não é exigida autorização judicial. Tratando-se de dispositivo que favorece o médico, deve ser interpretado restritivamente. Como o tipo não

faz nenhuma exigência, as condições da prática abortiva não podem ser alargadas. Não há necessidade, assim, de audiência do Ministério Público ou de autorização da autoridade policial. O Conselho Federal de Medicina chegou a orientar os médicos, em tais casos, a exigirem a demonstração do fato por meio de Boletim de Ocorrência. Na verdade, tal prova pode se dar por qualquer meio admitido em Direito.

O Ministério da Saúde, em 2005, editou a Portaria n. 1.145, de 7 de julho, deixando claro não haver necessidade de lavratura do Boletim de Ocorrência, mas estabeleceu a obrigatoriedade de adoção do “procedimento de justificação e autorização de interrupção da gravidez”. Referido procedimento compõe-se de quatro fases (art. 2.º), sendo a primeira o “relato circunstanciado do evento criminoso, realizado pela própria mulher, perante dois profissionais de saúde” (art. 3.º, *caput*). Em seguida, o médico emitirá um parecer técnico e a mulher receberá atenção de equipe multidisciplinar, cujas opiniões serão anotadas em documento escrito (art. 4.º). Se todos estiverem de acordo, lavrar-se-á termo de aprovação do procedimento (art. 5.º). Depois, a mulher ou seu representante legal firmará termo de responsabilidade. Por fim, realiza-se o termo de consentimento livre e esclarecido (art. 6.º).

### 3. Fundamento constitucional

A Constituição Federal (CF) garante a inviolabilidade da vida como direito fundamental (art. 5.º), uma vez que esta é a condição para o exercício de todos os demais direitos. A Convenção de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992, estipula que a vida deve ser protegida pela lei e, em geral, a partir da concepção, declarando que ninguém poderá ser dela privado arbitrariamente (art. 4.º).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) determina a obrigação ao Estado de efetivar a proteção à vida mediante políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, além de prestar à gestante tratamento e apoio alimentar (arts. 7.º e 8.º). A partir dessa estruturação jurídica de nosso sistema, que determina a proteção à vida a partir da concepção, há criminalização do aborto em nosso Código Penal (arts. 124 a 127). De acordo com o art. 128, autoriza-se o aborto em duas hipóteses, quando

praticadas por médico, mencionadas anteriormente: a) se não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário); b) se a gravidez resulta de estupro ou atentado violento ao pudor e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (aborto sentimental).

Conforme Alexandre de Moraes (2005, p. 179):

o aborto poderá ser penalizado quando estiver tutelando o direito à vida; devendo, porém, em virtude da relatividade dos direitos fundamentais, ser despenalizado quando houver grave risco para a vida da gestante (aborto necessário), quando atentar contra a liberdade sexual da mulher (aborto sentimental) [...]

A relatividade dos direitos fundamentais é, assim, a justificativa para a despenalização do aborto em certas hipóteses nas quais outros direitos fundamentais também estejam envolvidos no conflito de direitos, como a necessidade de salvar a vida da gestante ou a tutela da liberdade sexual da mulher.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já demonstrou a inexistência de direitos absolutos em nosso ordenamento jurídico: “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela Constituição Federal” (MS n. 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello). Dessa forma, concluímos pela possibilidade de a lei penal dispor sobre hipóteses em que o aborto não seja penalizado, como o referido art. 128 do CP.

#### 4. O novo tipo penal de estupro e o aborto terapêutico

A Lei n. 12.015/2009, alterando a sistemática dos crimes descritos no Título VI do CP, deixou de prever, como bem jurídico principal, os costumes. Hoje, são delitos contra a dignidade sexual. Em face disso, ampliaram-se as qualificações dos sujeitos do delito. Antes da lei nova, só o homem podia ser sujeito e só a mulher, passivo; agora, homem e mulher são previstos no tipo como possíveis executor e vítima.

Suponha-se que uma mulher constranja um homem à conjunção carnal, resultando gravidez. É permitido o aborto sentimental? Pode a mulher (autora do crime) ser compelida a interromper o processo gestacional? Como devem ser regulados os efeitos civis decorrentes dessa paternidade não desejada?

## 5. O aborto sentimental e a interrupção da gravidez da autora do estupro

Deve-se anotar, de início, que o art. 128, II, do CP (aborto terapêutico), exige a autorização da gestante ou de seu representante legal, se incapaz, como condição para o aborto não ser punido, quando a gravidez resulta de estupro (abrangendo o atentado violento ao pudor). A gestante está colocada aqui, obviamente, na condição de vítima, não de autora da infração penal, até porque, quando da edição do Código, estupro e atentado violento ao pudor configuravam crimes autônomos, não sendo possível a mulher figurar como estupradora. Com a nova redação do art. 213, se a mulher for autora da conduta criminosa, é de questionar-se a possibilidade de aplicação do art. 128, II, tendo o homem como vítima.

Inevitável lembrar que a ideia que ampara o aborto sentimental é a de impedir que a mulher carregue em seu ventre o fruto da concepção indesejada, resultado de prática violenta, à qual ela foi constrangida, e também evitar que, caso o nascimento ocorra, seja ela obrigada a conviver com um filho que vai lhe fazer se lembrar, por toda a vida, da violação que sofreu.

Muito embora, em nosso sistema jurídico, a vida seja protegida desde o momento da concepção, excepciona-se a proibição de matar em prol de uma limitação humana em lidar com um fato indelével e que ocasiona, na maioria das vezes, transtornos psicológicos difíceis de superar. Partindo dessa premissa, se a vítima do estupro é o homem, pode não ser de sua vontade que a mulher criminosa dê à luz um filho seu. Apesar de não ser ele a pessoa a suportar os reflexos físicos da gravidez, a paternidade implica uma série de obrigações de ordem jurídica, ética, moral e até mesmo financeira, para não falar de outras. Nessa ótica, poder-se-ia cogitar de uma mulher que dolosamente realiza a conduta criminosa, intencionando engravidar para obter um vínculo com o homem e, ainda, uma pensão futura para o filho comum ou até mesmo para chantagear alguém de ótimas condições financeiras.



Inobstante tais situações, vemos que o problema fundamental é de ordem psicológico-sentimental. Ainda que se resolva qualquer problema jurídico envolvendo sua paternidade, isto é, ainda que se exclua sua paternidade legal, jamais será excluída sua paternidade biológica. O homem vítima de um crime sexual violento saberá que existe no mundo um filho seu e, não dificilmente, viverá um dilema ético de assumir a paternidade indesejada, deixando para trás as marcas do crime, ou manter-se distante do filho que é seu para não ter qualquer tipo de associação entre sua figura e a da prática criminoso.

Não se esqueça, também, da condição da criança que veio da concepção, por sua vez, oriunda da prática de um crime. Cedo ou tarde ela saberá que a gravidez foi “criminoso”, indesejada pelo pai, o que pode interferir na sua formação. Além disso, terá ela, em tese, todo o direito de querer conhecer seu pai, ter contato com ele. Surge novamente o problema de o homem ter de enfrentar as consequências do delito.

Todas essas razões poderiam indicar o caminho da possibilidade de se interromper a gravidez da mulher autora do crime de estupro, se desejado pelo homem vítima. Esse caminho, contudo, não é viável em nossa opinião.

De plano, deve-se ressaltar que a redação do dispositivo legal deixa bem claro que condição para a realização do aborto sentimental é o consentimento da gestante ou de seu representante legal. Sem consentimento, não há intervenção médica, sob pena de o profissional ser punido, já que estamos diante de uma norma permissiva que exige elementos a serem observados para sua caracterização no plano concreto. Ademais, deve-se lembrar que a ideia do legislador é impedir a gravidez indesejada do ponto de vista da mulher vítima. Nessa perspectiva, se, mesmo quando a mulher é atingida por uma odiosa violação, exige-se seu consentimento, o que dizer então quando ela é autora do fato? Em outras palavras, se ela pode optar por carregar as marcas traumáticas do delito sofrido, privilegiando o nascimento da criança, com menos razão poder-se-ia submetê-la à prática do aborto quando a vítima é o homem. Além disso, a intervenção abortiva, atendendo à vontade do homem vítima e contrariando a da mulher autora, consistiria em verdadeira sanção penal contra esta, solução não prevista em nosso ordenamento, ferindo frontalmente o princípio da legalidade, do devido processo legal e, inclusive, a disposição constitucional que veda a pena de morte, salvo

em caso de guerra declarada (art. 5.º, XLVII, da CF), em afronta, também, ao princípio da intranscendência da pena.

Assim, por mais que possa parecer justo o homem vítima de estupro pleitear o aborto sentimental, por mais que se queira equiparar sua condição à da mulher vítima, tal hipótese não encontra qualquer amparo no ordenamento legal. As consequências da paternidade indesejada e resultante de crime poderão ser minimizadas na esfera cível, no que diz respeito às obrigações daí decorrentes. Na esfera criminal, como dito, na incomum, porém possível, hipótese de o homem vir a ser vítima de estupro, em nossa opinião, não poderá haver o aborto sentimental.

## 6. A paternidade indesejada e seus efeitos civis

Questionou-se a hipótese de o homem ser estuprado por mulher e, diante da impossibilidade de exigir aborto, quais efeitos remanesceriam sob o ponto de vista civil para o pai vítima?

Para responder à indagação, deve-se ponderar que, de acordo com a ontogenia humana, o aparecimento do novo ser humano ocorre com a fusão dos gametas masculino e feminino originando o ovo ou zigoto, apresentando um código genético próprio e distinto do espermatozóide e do óvulo originário. Segundo a Prof.<sup>a</sup> Maria Helena Diniz,

a fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração do código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único. (DINIZ, 2007).

Independentemente da adoção da teoria natalista ou concepcionista, não resta a menor dúvida de que

durante a vida intrauterina ou mesmo *in vitro*, existe a personalidade jurídica constitucional, de maneira que o feto é sujeito de direitos, consagrando-se os referentes à vida, à integridade física, à inviolabilidade de sua formação, entre tantos outros, não possuindo apenas personalidade jurídica ou econômica, posto que, para ser titular de direitos econômicos, é preciso que nasça vivo. (DINIZ, Op. cit.).

Mais adiante, na mesma obra, a própria Prof.<sup>a</sup> Maria Helena ensina:

Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, art. 2.º, 1.609, par. ún., 1.779 e 1.798; CP, arts. 124 a 127, 128, I e II; Leis n. 8.974/95 (ora revogada), art. 13; n. 8.069/90, arts. 7.º a 10, 208, VI, 228 e parágrafo único, 229 e parágrafo único; n. 11.105/2005, arts. 6.º, III, 24 e 25), como o direito a alimentos (*RT*, 650/220), à vida (CF, art. 5.º, *caput*), a uma adequada assistência pré-natal, a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de seus genitores, de receber herança, ser contemplado por doação, ser reconhecido como filho etc. Poder-se-ia até mesmo tornar a afirmar que, na vida intrauterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material e alcançando os direitos patrimoniais e os obrigacionais que permaneciam em estado potencial somente com o nascimento com vida. (DINIZ, 2007, p. 439-440).

A grande discussão aqui travada diz respeito aos efeitos jurídicos da paternidade para o homem vítima de estupro do qual resulta gravidez. Os pontos importantes a ser estudados consistem em saber (i) se poderá a criança intentar uma ação investigatória de origem biológica, (ii) se terá o suposto pai obrigação alimentar, (iii) se fará jus o descendente aos alimentos, inclusive aos gravídicos, (iv) se usará a criança o sobrenome paterno, (v) se participará da sucessão e (vi) se será possível ao menor exigir visita e moradia com o pai.

Sem sombra de dúvida, estamos diante de uma antinomia principiológica na qual o vetor da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF) se relativiza ou para proteger o nascituro e o nascido vivo para garantir-lhes todos os direitos acima enunciados ou inclinando-se a proteger o homem vítima de estupro, deixando de obrigá-lo a se responsabilizar pelo referido nascituro ou pelo nascido vivo.

Na árida tarefa de eleição de bens jurídicos, ou seja, na realização de um juízo de ponderação, é imprescindível, diante dos vetores da razoabilidade e da proporcionalidade, agir, fundamentalmente, com bom senso. Nessa linha de raciocínio, a discussão é muito mais de ordem zetética do que dogmática, posto que ambos os bens jurídicos tutelados fundamentam-se nos direitos naturais e positivos envolvidos, o que torna impossível a eleição de apenas uma tese, tida por verdadeira, sob o ponto

de vista ontológico. Dessa maneira, não há discurso que possa convencer a todos que venham interagir com o tema em questão a adotar esta ou aquela posição.

Um dos vetores da dignidade, nessa ordem de coisas, é o princípio da vontade procriacional inequívoca. Para que determinado ascendente, portanto, tenha responsabilidade sobre a sua prole ou descendência, e também para que essa responsabilidade gere efeitos na ordem civil, é imprescindível a presença da referida vontade de maneira expressa, inequívoca ou de maneira presumida, como nas relações sexuais em geral. No presente caso, não há qualquer vontade procriacional, motivo pelo qual também não haverá qualquer presunção de afetividade que possa implicar obrigações para o ascendente genético. Por questões que refogem ao Direito, se o referido ascendente, de maneira inequívoca, quiser reconhecer um filho fruto de estupro a que foi submetido, não haverá nenhum empecilho. Essa situação, porém, será facultativa e totalmente discricionária por parte do referido ascendente-vítima, que poderá optar, inclusive, por não ter nenhum contato com a referida descendência genética, tendo em vista que esta é consequência de uma relação a que foi ilicitamente exposto e obrigado.

## 7. Conclusão

No início deste trabalho, propusemos alguns questionamentos, aos quais retornamos para, em síntese conclusiva, asseverar que:

1) Se da violência sexual resultar gravidez, terá o ofendido o direito de exigir sua interrupção?

Não. A Carta Constitucional garante como direito fundamental da pessoa a inviolabilidade do direito à vida (art. 5.º, *caput*) e a Convenção de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992, contempla, no art. 4.º, o mesmo direito, que deve ser protegido pela lei desde o momento da concepção (teoria concepcionista).

Sabe-se que não há direitos fundamentais absolutos, de modo que são compatíveis com a Lei Fundamental as hipóteses de aborto legal contidas no art. 128 do CP. Ocorre, todavia, que a justificativa para a existência de tais excludentes de ilicitude prende-se exclusivamente na necessidade de salvar a vida da gestante ou na tutela da liberdade sexual da

mulher. A norma permissiva não pode ser ampliada para conferir ao homem estuprado o direito de exigir a ocisão da vida do nascituro do ventre da autora do delito. Não fosse assim, o ser nascente sofreria as consequências do crime cometido por sua ascendência, isto é, a pena passaria da pessoa do criminoso, em patente afronta ao princípio constitucional da personalidade da pena (art. 5.º, XLV, da Carta Magna).

2) O aborto realizado em tais circunstâncias será considerado criminoso (ou lícito, nos termos do art. 128 do CP)?

O ato será considerado criminoso, não sendo possível o médico responsável pelo procedimento cirúrgico invocar a norma permissiva do art. 128 do CP.

3) A paternidade indesejada gerará consequências na órbita do Direito Civil?

Como a hipótese trata de paternidade indesejada, pois ausente por completo a vontade procriacional, nenhuma obrigação civil terá o ofendido perante a prole a ser gerada pela autora do estupro. Nada impede, contudo, por questões que refogem ao Direito, que o ascendente pretenda, por sua vontade, reconhecer o filho. Cuida-se, portanto, de uma faculdade e não de uma obrigação legal.

## Referências

MORAES, Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2005.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2007.



# Uma breve análise sobre o licenciamento ambiental

Angelita Messias Ramos\*

## RESUMO

O procedimento de licenciamento ambiental foi incorporado à legislação nacional com o advento da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei Federal nº 6938/1981, que o adotou como um de seus instrumentos. Diante da importância desse instituto para o desenvolvimento econômico e social do país, visto que inúmeras atividades demandam um licenciamento exarado pelo órgão ambiental competente, somado à necessidade de difundir um tema de extrema importância nos dias atuais, esse artigo serve a apresentar uma breve análise sobre o procedimento de licenciamento ambiental considerando a legislação brasileira que o regulamenta.

---

\*Analista Ministerial lotada na 25ª Promotoria de Justiça da Capital, com atuação nas áreas de meio ambiente e urbanismo. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva.

# 1. Introdução

Evidenciada a importância da propagação das atividades produtivas em um país em desenvolvimento como o Brasil, que rumo em direção a se tornar uma das potências mundias, a questão ambiental destaca-se, visto que muitas atividades imprescindíveis para alcançar esse crescimento se mostram lesivas e destrutivas ao meio ambiente.

A legislação ambiental nacional sabiamente municiou os órgãos ambientais com uma efetiva arma de combate à geração de problemas ambientais: o procedimento de licenciamento ambiental.

Surgido com o advento da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, é um de seus instrumentos mais eficazes, já que incorpora um grande número de atividades e empreendimentos e permite ao gestor público federal, estadual ou municipal fiscalizar, punir, vigiar e controlar o crescimento econômico e social, ao mesmo tempo em que assegura a preservação do meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

## 2. Considerações gerais sobre licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental surgiu com a promulgação da Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, que o estabeleceu como um de seus instrumentos, conforme se observa na leitura do artigo 10, *caput*, que assim estabelece:

**Art. 10.** A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os



capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependem de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Nacional do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. [Grifos do autor]

Referida legislação, também determinou a competência do CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente, ao estabelecer em seu artigo 6º, inciso II, que:

**Art. 6º.** Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, assim estruturado:

I - ...

II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. [Grifos do autor]

A Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997, editada para atender a necessidade de revisar os procedimentos e critérios estabelecidos para uso no licenciamento, também traz diversas definições legais sobre o assunto, definindo o licenciamento ambiental, a licença ambiental e os estudos ambientais, entre outros. O inciso I, do artigo 1º dessa Resolução, assim define o licenciamento ambiental:

**I - Licenciamento Ambiental:** 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.

Da leitura de ambos dispositivos legais, observa-se que grandes inovações foram implementadas em relação ao licenciamento ambiental, o

que confirmou a importância de regulamentar e estabelecer critérios normativos para o exercício da competência ambiental de modo a difundir a prática de licenciar ambientalmente as obras, estabelecimentos e atividades potencialmente poluidoras visando atingir o almejado desenvolvimento sustentável.

### 3. O licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental é um procedimento administrativo constituído por uma série encadeada de atos que permitem a verificação da viabilidade ou não da emissão de licença ambiental.

Conforme visto anteriormente, o conceito normativo de licenciamento ambiental foi definido pelo inciso I, do artigo 1º da Resolução CONAMA nº 237/97 e segundo essa definição, o licenciamento ambiental se faz necessário nos seguintes casos:

a) para a aprovação de projeto de localização, com a emissão de licença prévia, confirmando o licenciamento como instrumento preventivo de controle e planejamento ambiental, compatibilizando atividades de modo a evitar futuros danos. Por este procedimento, o órgão competente avalia a viabilidade ambiental e técnica do empreendimento, sua adequação às normas de uso do solo, de edificações, etc;

b) para a realização da instalação do empreendimento ou atividade, avaliando os planos e programas e projetos aprovados, com a emissão da licença de instalação;

c) para o funcionamento da atividade, adotando as medidas de controle e condicionantes técnicas previstas na licença de operação.

Ressalte-se que em casos de modificações ou alterações nos projetos, bem como a ampliação das atividades exigem a realização de novos licenciamentos ambientais.

A Resolução nº 237/97, em seu artigo 1º, inciso II, define a licença ambiental como segue:

**II - Licença Ambiental:** ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar

e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

Cabe esclarecer que o rol das atividades licenciáveis encontra-se definido no Anexo 1 dessa Resolução, sendo este apenas exemplificativo, visto que a lei apresenta um conceito genérico que pretende englobar as atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras.

Com base no princípio da descentralização e predominância de interesses, a competência para a realização do licenciamento ambiental considera o grau do impacto, classificando-as em intercontinental, nacional, regional, intermunicipal e local.

Essa competência também é discriminada conforme as atividades específicas entre os entes federados, em razão de suas particularidades.

Assim, segundo essas discriminações, ao IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis coube o licenciamento de atividades ou empreendimentos de significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, como segue:

a) atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe, no mar territorial, na plataforma continental, na zona econômica exclusiva, em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União;

b) atividades ou empreendimentos instalados em dois ou mais Estados;

c) atividades ou empreendimentos cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;

d) atividades ou empreendimentos destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da CNEN – Comissão Nacional de Energia Nuclear;

e) bases ou empreendimentos militares, quanto couber, observada a legislação específica.

Os órgãos ambientais estaduais e do Distrito Federal são os responsáveis

pelo licenciamento dos empreendimentos localizados ou desenvolvidos:

a) em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal;

b) nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2º, da Lei Federal nº 4771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim forem consideradas por normas federais, estaduais ou municipais;

c) cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios;

d) delegados pela União, por instrumento ou convênio.

Dessa forma, considerando a competência residual dos Municípios, a estes coube o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

## 4. Etapas do procedimento do licenciamento ambiental

As etapas do procedimento de licenciamento ambiental são descritas pelo artigo 10 da Resolução, CONAMA nº 237/19997.

Segundo esse artigo, na primeira etapa, o órgão ambiental fica responsável pela definição dos documentos, projetos e estudos ambientais adequados a cada tipo de licença a ser requerida.

Para isso, o empreendedor deverá comparecer pessoalmente ou após ser notificado, para que seja cientificado quanto aos documentos necessários à instrução do processo. Nessa fase, será concedido um prazo razoável para que o solicitante entregue a documentação requerida, considerando-se que é necessário realizar alguns estudos imprescindíveis à emissão da licença.

Na próxima fase, em cumprimento ao preceituado pela Resolução CONAMA nº 006, de 24 de janeiro de 1986, que trata sobre os modelos de publicação de pedidos de licenciamento, renovação e respectiva concessão, em quaisquer de suas modalidades, o empreendedor deverá promover o requerimento da licença ambiental, apresentando a documentação, projetos e estudos ambientais e realizando a publicação do pedido da licença, renovação ou concessão, às suas expensas.

Ressalte-se que a Resolução CONAMA nº 281, de 12 de julho de 2001, estabeleceu que em alguns casos nos quais é exigido o licenciamento ambiental, os órgãos competentes poderão estabelecer modelos simplificados de publicação dos pedidos de licenciamento, de sua renovação e concessão, a serem feitos em jornal oficial e periódico regional ou local de grande circulação.

De acordo com as determinações da Resolução CONAMA nº 006/1986, a publicação é feita em três fases: no momento do pedido, da renovação e da concessão da licença, cabendo destacar que a publicação é exigida, resguardando-se o sigilo industrial, conforme determina o artigo 10, § 1º, da Lei Federal nº 6938/1981, *in fine*:

#### **Art. 10**

...

§ 1º – Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação.

No tocante aos documentos e estudos relativos ao procedimento de licenciamento ambiental, a Resolução CONAMA nº 237/1997 impõe as exigências a seguir discriminadas:

a) obrigatoriamente, deverá ser juntada certidão da Prefeitura Municipal, contendo declaração informando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade cumprem os requisitos exigidos pela legislação aplicável ao uso do solo e, quando for o caso, também deve ser juntada a autorização para supressão da vegetação;

b) obrigatoriamente, deverá ser juntada a outorga para o uso da água, prevista pela Lei Federal nº 9433, de 08 de janeiro de 1997, que trata sobre a autorização emitida pelo poder público visando assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso da água;

c) a obrigatoriedade de que os estudos necessários ao processo de licenciamento sejam realizados, às expensas do empreendedor, por profissionais legalmente habilitados, em razão de que tanto o empreendedor quanto os profissionais que subscrevem os estudos, são responsáveis pelas informações prestadas, sujeitando-se à aplicação de sanções nas esferas administrativas, civis e penais.

Na fase seguinte, o órgão ambiental avalia os documentos, projetos e estudos e, quando necessário, realiza vistorias técnicas. Feita essa avaliação, o órgão deve solicitar esclarecimentos e complementações, caso julgue necessário.

Em relação ao Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), cabe esclarecer que estes são regidos pelas disposições da Resolução CONAMA nº 001, de 23 de janeiro de 1986, que traz as diretrizes para a avaliação dos impactos ambientais.

Ainda de acordo com a Resolução nº 237, nos casos exigidos por lei, deverá ser realizada audiência pública, de modo a dar publicidade ao projeto, esclarecer e colher sugestões da população em geral, sendo o procedimento da audiência pública tratado pela Resolução CONAMA nº 09, de 03 de dezembro de 1987.

Nos casos em que as exigências da realização de EIA/RIMA e da audiência pública não tenham sido satisfatórios, o artigo 10, parágrafo 2º da Resolução nº 237, permite que seja feito um novo pedido de complementação pelo órgão ambiental, com a participação do empreendedor, caso tenha sido observada esta necessidade e desde que essa decisão seja acompanhada de motivação.

Na penúltima fase, o órgão ambiental deve emitir um parecer técnico conclusivo, instruído por um parecer jurídico sempre que couber, demonstrando as razões que embasaram sua decisão.

Cabe esclarecer que os artigos 66 e 67 da Lei Federal nº 9605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), disciplina as penalidades aplicáveis ao funcionário público, conforme segue:

**Art. 66.** Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

**Art. 67.** Conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único – Se o crime é culposo, a pena é de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção, sem prejuízo da multa.

Finalmente, a última fase diz respeito ao deferimento ou indeferimento do pedido de licença, dando-se a devida publicidade dessa decisão final.

## 5. Dos prazos de vigência das licenças

Em relação aos prazos de validade de cada um dos tipos de licença, o órgão ambiental competente poderá estabelecer prazos diversos, desde que estes sejam especificados no respectivo documento. Assim, os prazos são definidos como segue:

a) Licença Prévia (LP) – o prazo mínimo de validade da Licença Prévia deverá ser aquele estabelecido pelo cronograma de elaboração dos planos, programas e projetos relacionados ao empreendimento ou atividade a ser licenciada, desde que não ultrapasse um período de 5 (cinco) anos;

b) Licença de Instalação (LI) – o prazo mínimo de validade da Licença de Instalação também deve atender ao prazo definido pelo cronograma de instalação do empreendimento ou atividade, respeitado o período máximo de 6 (seis) anos;

c) Licença de Operação (LO) – o prazo mínimo de validade da Licença de Operação deve ser estabelecido conforme os planos de controles ambientais, sendo no mínimo de 4 (quatro) anos e no máximo de 10 (dez) anos.

Ressalte-se que tanto a Licença Prévia quanto a Licença de Instalação podem vir a ter a prorrogação de seus prazos de validade, desde que estes respeitem os prazos máximos previamente estabelecidos.

Sobre a Licença de Operação de empreendimentos ou atividades, cabe esclarecer que os órgãos ambientais poderão estabelecer prazos de validades específicos segundo a natureza e especificidades que, por sua natureza, estejam sujeitos a encerramento ou modificação em prazos inferiores.

Nos casos de renovação da Licença de Operação, o empreendedor deverá encaminhar o requerimento com uma antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração do prazo de validade fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até que o órgão ambiental competente apresente sua manifestação definitiva.

Nos casos em que o empreendedor desrespeitar este prazo, sua situa

ção torna-se imediatamente irregular, conforme estabelece a legislação ambiental vigente, ficando o empreendedor sujeito às sanções administrativas e penais cabíveis.

Conforme determina o artigo 16 da Resolução, o descumprimento dos prazos estabelecidos pelo artigo 14 da mesma Resolução exige que o órgão ambiental competente atue supletivamente, sendo essa atuação variável a depender da modalidade da licença requerida, em função das especificidades da atividade e do empreendimento.

A Resolução CONAMA nº 237/97 ainda estabelece, em seu artigo 15, que o empreendedor, no prazo máximo de 4 (quatro) meses, deverá atender à solicitação de prestar esclarecimentos e complementações formuladas pelo órgão ambiental competente, sendo este prazo contado a partir do recebimento da respectiva notificação exarada pelo ente ambiental. Ressalte-se que, segundo o parágrafo único do mesmo artigo, esse prazo poderá ser prorrogado mediante justificativa, desde que exista a concordância do empreendedor e do órgão ambiental competente.

A Resolução ainda estabelece, em seu artigo 16, que no caso do descumprimento dos prazos definidos nos artigos 14 e 15, o licenciamento estará sujeito à ação do órgão que detenha competência para a atuação supletiva, ao mesmo tempo em que o empreendedor terá arquivado o seu pedido de licença.

Em relação ao arquivamento, cabe destacar que o artigo 17 da Resolução estabelece que embora o processo de licenciamento tenha sido arquivado, não existe impedimento para a apresentação de um novo requerimento de licença, desde que sejam obedecidos os procedimentos estipulados no artigo 10 e mediante o pagamento de novos custos de análise.

Cabe também destacar que o arquivamento acaba por ser um tipo de sanção aplicada ao empreendedor que age com desídia e contumácia, apresentando um procedimento sem toda a documentação necessária à liberação do licenciamento ambiental.

Tendo em vista que o procedimento de licenciamento ainda estaria em uma fase de pré-análise, caso autuados ou notificados, alguns empreendedores de má-fé poderiam alegar a existência de procedimento de licenciamento, o que não corresponde à realidade, tendo em vista que durante a análise documental, o empreendimento na verdade se encontra em um estado de pseudo-regularidade, em virtude da avaliação do seu licenciamento ainda não ter sido concluída, fato que, de modo algum,



autoriza o empreendedor a exercer sua atividade, já que esta depende do completo licenciamento exarado pelo órgão ambiental competente.

Nesses casos de descumprimento de prazos com o consequente arquivamento do processo de licenciamento, o empreendedor ainda fica sujeito à aplicação da sanção de multa, conforme estabelece o artigo 70, combinado com o artigo 72 da Lei Federal nº 9605/98.

O funcionamento de empreendimento poluidor sem o licenciamento do órgão ambiental competente ainda encontra repreensão através da responsabilização criminal do empreendedor, conforme o previsto no artigo 60 da Lei Federal nº 9605/98, como segue:

**Art. 60.** Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:  
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

## 6. Conclusão

A legislação ambiental brasileira passou por uma significativa evolução com o advento da Lei Federal nº 6938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, inserindo vários instrumentos para a efetivação da defesa dos bens ambientais.

O procedimento de licenciamento ambiental surge como um dos instrumentos mais eficientes da aplaudida legislação ambiental nacional, que entre outros, exige a apresentação do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), acompanhando de seu Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), documentos que servem para a adequada Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) de empreendimentos ou atividades a serem instalados no território nacional.

Por meio do EIA, o empreendedor apresenta um detalhamento dos levantamentos técnicos do empreendimento ou atividade, enquanto que no RIMA é apresentada a conclusão do estudo realizado. Ambos facilitam a análise por parte do órgão ambiental competente, de modo a possibilitar uma apreciação democrática e neutra sobre o empreendimento a ser licenciado.

O reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental, trazido pela Constituição Federal de 1988, foi um grande passo na proteção e preservação do meio ambiente, já que a Lei Maior confere maior importância à proteção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

## Referências

BRASIL. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 . Institui o novo Código Florestal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4771compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4771compilado.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2011.

BRASIL. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2011.

BRASIL. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm)>. Acesso em: 08 fev. 2011.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE – CONAMA. Resolução no 237, de 19 de dezembro de 1997. Ministério do Meio Ambiente, Brasília, DF, 1997.

# As defesas heterotópicas

Caleb Melo\*

## RESUMO

O presente artigo versa sobre as defesas heterotópicas, passando pela sua conceituação, precedentes históricos, querela nullitatis, ação anulatória, embargos de terceiro, ação rescisória, a defesa heterotópica na ação civil pública, revisão criminal, habeas corpus (competência para o *habeas corpus* em face de ato de turma recursal do juizado especial), mandado de segurança contra ato judicial e reclamação constitucional.

---

\*Promotor de Justiça substituto do Estado do Tocantins.

# 1. Introdução

O termo *heterotopia*, expressão importada da ciência da biologia, decorre da junção *hetero* + *topo* + *ia*, que significa deslocamento ou diferença de posição ou desvio da posição natural.

No âmbito da ciência jurídica, as defesas heterotópicas constituem meios autônomos de impugnação de que se servirão as partes ou terceiros interessados, que são encontrados nos mais diversos ordenamentos.

São heterotópicas, por serem diferentes, por se darem de forma distinta da que normalmente se verifica, isto é, por não se sujeitarem às regras estabelecidas para os meios ordinários dos recursos e das ações.

Os meios disponíveis à impugnação das decisões judiciais, como se sabe, são de três categorias: os recursos, as ações autônomas de impugnação e os sucedâneos recursais.

Neste estudo, um instituto que mais se amolda a um sucedâneo recursal é tratado como defesa heterotópica e justificamos sua inclusão: é o que se dá com o pedido de suspensão da liminar que se defere à pessoa jurídica de direito público atingida com a medida em sede de ação civil pública ou mandado de segurança (art. 12, § 1º, da Lei nº 7.347/85 e art. 4º, da Lei nº 8.437/92). Embora se dê na mesma relação jurídica processual, não implica em incursão no mérito da decisão judicial, tratando-se de uma decisão do presidente do Tribunal, com juízo de oportunidade e conveniência. Logo, por não adentrar no *meritum causae*, entendemos poder ser inserido no bojo das defesas heterotópicas, ponto no qual inovamos para divergir com Fredie Didier Júnior, que o tem como sucedâneo recursal. Ademais, tal enquadramento justifica-se mais ainda quando o

pedido é apresentado por terceiro que não figura na relação processual originária.

No mais das vezes, as defesas heterotópicas inauguram uma nova relação jurídica processual ou interferem na relação já existente, de modo a possibilitar que outra solução venha a ser dada ao processo no qual se intervém, quer reconhecendo uma nulidade, quer para atender a outro pressuposto, não considerado anteriormente e que possibilitará uma modificação do *decisum*.

A interferência das defesas heterotópicas visa, assim, providenciar as corrigendas necessárias no caso de se haver incorrido anteriormente em nulidades, vícios, ou mesmo pela necessária prevalência de interesses de maior monta.

Berenice Soubhie Nogueira Magri (2004) salienta a importância de se ter à disposição mecanismos para obstar a efetivação das nulidades, quando assim pondera, *in verbis*:

É de ordem pública que os processos findem rapidamente. Para assegurar o regular tratamento da causa, a lei, de regra, estabelece duas instâncias, criando recursos para as decisões. Interposto no juízo do segundo grau o derradeiro recurso cabível, finda o processo, que não mais pode evoluir, tendo alcançado o seu objetivo final. Pode ser nulo o processo, injusta a sentença, nada mais há a fazer. Roma *locuta est*. O mau resultado das operações processuais irá para a partida de lucros e perdas da falibilidade da justiça dos homens. A ordem pública impõe *stare decisis, non quieta novere*. Esta necessidade de não permitir a eternização dos litígios não é porém sem limites. Tal seja a nulidade ou injustiça da decisão, poderá ela ser ainda atacada por um remédio extraordinário. Quando a malícia ou erros gravíssimos, que, na frase de Pisanelli (*apud* Mortara), excluem a retidão do juízo e até mesmo a vontade de julgar, infirmam a sentença, torná-la irrevogável seria dano maior que aquele que a reforma poderia trazer à autoridade da coisa julgada. Daí nasce a ação rescisória” (Direito processual civil brasileiro, Código de 1939, 2. ed. atual, Rio de Janeiro: José Konfino, 1948, vol. 3, p.218).

Temos que Sandro Gilbert Martins (2002), no seu brilhante estudo das defesas heterotópicas, fez uma abordagem voltada mais especificamente ao ataque das ações executivas – que inclusive é o título de seu

livro -, com ênfase à prejudicialidade e resumindo o âmbito de aplicação às defesas cíveis, quando assim assevera:

Consoante alguns critérios, podem-se classificar as ações prejudiciais que constituem a defesa heterotópica, sistematizando-as em relação à execução.

Salientando-se, no entanto, que se procurou agrupar as ações segundo critérios que tomassem como referência exclusiva a prejudicialidade evitando-se assim, incidir no equívoco de classificar a prejudicialidade e não propriamente as ações prejudiciais em relação à execução.

Considerando o *momento* do ajuizamento da ação prejudicial em relação à execução, poderá ser *antecedente*, quando ainda não ajuizada a execução ou *incidente*, quando já em curso a execução.

Em relação ao *efeito* da ação prejudicial pode ensejar perante a execução, poderá ser *inibitório*, para a hipótese em que a ação prejudicial impede o início da execução (*v.g.*, liminar em mandado de segurança em relação à execução fiscal), ou *suspensivo*, quando apenas obstaculiza o normal prosseguimento da execução.

Quanto ao objeto, pode a ação prejudicial ser *formal*, quando visa atacar e suprimir o próprio título executivo, quer sob o aspecto da sua forma, como em relação aos seus requisitos necessários ou vise, tão-só, desfazer a própria execução. Na primeira hipótese, enquadra-se *querela nullitatis*, a ação rescisória, a ação declaratória de falsidade do título executivo, a ação anulatória de sentença exequenda. Na segunda hipótese, enquadra-se a ação de embargos de terceiro do executado. Ainda em relação a este critério, pode a ação prejudicial ser *causal*, quando sustenta inexistir causa (direito material) que sustente o título executivo, como por exemplo a ação liberatória, a ação declaratória de inexistência da relação jurídica, ação de consignação em pagamento, ação de anulação, ação cautelar para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ação de prestação de contas, ações de modificação ou revisão de cláusula contratual e ações revisionais de alimentos.

No mandado de segurança pode se apresentar, consoante o caso concreto, quer como ação prejudicial *formal* quer como ação prejudicial *causal*.

O trabalho aqui desenvolvido não conflita com as ponderações do professor Sandro, senão as complementa, na medida em que aborda as defesas heterotópicas em cotejo com as recentes decisões pretorianas nas áreas cível e penal, discorrendo sobre as normas postas e por editar,

sob outra vertente, qual seja: a nulidade de um ato, seja judicial, seja administrativo, seja dentro, seja fora da relação jurídica de direito processual, mas com maior incidência fora do processo em que se constatou a nulidade.

## 2. Dos precedentes históricos

Como principal precedente histórico das defesas heterotópicas temos a *querela nullitatis*, do tempo do Direito Intermédio. Entre os anos de 568 e 1.500 d.C sentiu-se a preocupação de garantir-se às partes meios de impugnação dos *errores in procedendo*, pois o recurso cabível somente era a *appellatio*, que não os abrangia, por abordar somente a justiça ou a injustiça da decisão, não abordando os *errores in procedendo*.

Inexistiam os meios autônomos de impugnação, que somente adveio com a *querela nullitatis*, instituto que deu origem às ações autônomas de impugnação, conforme colhemos dos ensinamentos de Alexandre dos Santos Macedo (2000):

No Direito Intermédio – 568 d.C a 1.500 d.C –, nos estatutos italianos, por influência dos elementos germânicos misturados aos de origem romana, surgiu, para impugnação dos *errores in procedendo*, a *querela nullitatis*, germe das ações autônomas de impugnação, exercitável, não por ação, mas por simples *imploratio officii iudicis*. O direito canônico, a legislação estatutária das cidades italianas e a doutrina medieval exigiram que a agüição de nulidades, no sentido de anulação das sentenças, se fizesse através da *querela nullitatis*. As nulidades distinguiam-se em sanáveis e insanáveis. Em relação àquelas, bem mais numerosas, a querela devia ser proposta dentro de um prazo semelhante ou pouco maior do que o da *appellatio*, ao término do qual os vícios se consideravam sanados, por serem menos graves, daí o nome de *querela nullitatis sanabilis*. Como a existência paralela da *appellatio* gerava incertezas e complicações, ocorreu a fusão dos dois remédios, transmudando-se os motivos de nulidades em fundamentos da *appellatio*. Quanto às nulidades insanáveis, por serem tão mais graves que subsistiam ao decurso daquele prazo e à própria formação da coisa julgada, ficavam ainda sujeitas à impugnação através da *querela nullitatis insanabilis*, “como remédio extremo que, por analogia com uma verdadeira ação, ficava sujeita apenas à prescrição ordinária”, segundo Liebman. E o vício de falta ou nulidade de citação do réu revel se incluía entre os

considerados insanáveis. Na maioria dos ordenamentos europeus, a *querela nullitatis sanabilis* foi sendo absorvida pela *appellatio*, e a *insanabilis* acabou desaparecendo, de modo que os motivos de invalidação da sentença passaram a ter de ser alegados por meio de recursos, sob pena de preclusão, como ocorreu no direito francês e italiano.”

### 3. Da *querela nullitatis*

Trata-se, como se viu, da origem das defesas heterotópicas enquanto ação impugnativa de caráter constitutiva negativa (ou desconstitutiva).

Suponha-se que a empresa X, com sua sede em Belo Horizonte, seja demandada em uma reclamação trabalhista movida por Y, que alega ter sido seu empregado na cidade de Brasília, durante mais de 02 anos, postulando o reconhecimento do vínculo, pagamento de férias dobradas, férias vencidas, férias proporcionais, aviso prévio etc, indicando como endereço da empresa um edifício no centro da cidade de Brasília, local onde sabe que ela nunca esteve instalada.

Na audiência, por certo, a reclamada não comparece, mas foi juntado aos autos o AR de notificação, entregue na portaria do prédio. A sentença reconhece então a confissão ficta e condena a empresa X ao pagamento a Y da importância de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), intimando-a, novamente, por AR e Y, maliciosamente, somente indica o verdadeiro endereço no momento da execução após decorrido o prazo de 02 anos do trânsito em julgado, quando não mais cabe a ação rescisória.

O que fazer? A resposta, certamente, seria manejar a defesa heterotópica *querela nullitatis*.

Em se tratando de defesa em sede de execução, no caso de haver penhora, teremos a possibilidade do manejo dos embargos à execução previsto no art. 741, inciso I, do CPC, que também é uma modalidade de *querela nullitatis*. Cogita-se ainda os embargos mesmo sem a penhora, no caso de nulidade do título executivo, bem como a exceção de pré-executividade (também chamada de exceção de não executividade e oposição de pré-executividade).

Discute-se se ainda remanesce, em nosso direito, a *querela nullitatis*, no que não se encontra consenso. O tema é controvertido, mas a maioria da doutrina e jurisprudência, tal como o Excelso Pretório (confira-se em RE 96.374/GO e RE 97.589/SC), a admite.



Embora por vezes a confundindo a *querela nullitatis* com a ação anulatória do art. 486, o Superior Tribunal de Justiça - confira-se em REsp 23.182/GO e REsp 12.586/SP -, também reconhece sua permanência nos dias atuais.

Antes da *querela nullitatis* tínhamos os institutos da *revocatio*, *imploratio*, *restituti in integrum*, *ius corrigendi*, *intercessio*, até alcançar a *appellatio*. O desenvolvimento dos mecanismos de impugnação que precederam à *querela nullitatis* é explicitado com maestria por Alexandre dos Santos Macedo (2000, pp. 18-20):

A história do Direito Romano abrange o período da Monarquia – 754 a.C. – a 510 a.C. -, da República – 510 a.C. a 27 a.C. -, e do Império – 27 a.C a 568 d.C., com a invasão dos bárbaros e a queda do Império Romano.

Durante esse período, o Direito Romano passou por dois sistemas:

- a) o do *ordo iudiciorum privatorum*, de 754 a.C a 209 d. C e
- b) o da *cognitio extra ordinem*, de 209 d.C é o final do Império, no ano de 568 d.C., quando Roma foi tomada pelos bárbaros.

O sistema do *ordo iudiciorum privatorum* se caracterizou por dois períodos distintos: o das *legis actiones*, de 754 a.C a 149 a.C, e do direito formular, consagrado pela *Lex Aebutia*, de 149 a.C a 209 a.C. Nesse sistema, o processo de declaração passava por duas fases; na 1ª fase, *in iure*, a ação era proposta perante o pretor, e se encerrava com a *litiscontestatio*; a 2ª fase, *apud iudicem*, se passava perante o *iudex privatus*, geralmente escolhido pelas partes, e se encerrava com a decisão da lide. Nesse sistema, em ambos os períodos, não havia recursos e as sentenças com graves defeitos – sentenças eivadas de *errores in procedendo*, em que houvesse inobservância de regras processuais consideradas importantes, ou *errores in iudicando*, em que houvesse violação flagrante do direito aplicável ao caso concreto, porque, segundo Modestino, Dig. 49, 1, 19, citado por Liebman, “*si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet*” - eram consideradas *nullae sententiae*, sendo que o “*nulla*” dos romanos significava inexistente, não havendo, assim, necessidade e utilidade prática de recorrer. Podia-se alegar o vício em qualquer oportunidade, como defesa contra a *actio iudicati*, ou réplica à exceção de coisa julgada, ou diretamente com a *revocatio in duplum*. Na época republicana, surgiu a *restituti in integrum*, que não era recurso; ela não reformava, mas cassava a sentença. Outro remédio processual, surgido na época republicana, foi a *intercessio*; também não era recurso, mas destruía os decreta dos magistrados, sem nada criar, porém não tinha eficácia em

relação à sentença do *iudex privatus*. Evitavam-se, também, os efeitos da sentença eivada desses vícios, com o instituto denominado *denegatio actionis*. Utilizavam-se os romanos, então, a fim de que fossem evitados os efeitos das aludidas sentenças, do *ius corrigendi* conferido aos pretores, através dos institutos acima mencionados. O sistema da *cognitio extra ordiem*, assim denominado porque aberrava, saía, se desviava do sistema do *ordo iudiciorum privatorum*, vigorou de 209 d.C até 568 d.C., época do Império. Nesse sistema, o processo passava por uma única fase, e perante o magistrado, que era um funcionário. Foi nessa época, correspondente ao *Dominato*, fundado por Deocleciano, que, organizado hierarquicamente o Poder Judiciário, surgiu a *appellatio*, o embrião de todos os recursos, mas que somente era cabível contra as sentenças *iniustas* – sentenças com erro de direito (erro na questão jurídica concreta), que violasse o direito das partes (contra *ius litigatoris*) -, porque em relação às sentenças contra o *ius constitutionis*, o mesmo que o *ius in thesi* da doutrina medieval (erro na questão jurídica abstrata), e às sentenças eivadas de vícios *in procedendo* persistia a desnecessidade de interposição de recurso, tendo em vista que elas continuavam a ser consideradas *nullae sententiae*; se o vencedor, por acaso, tentasse executá-las, bastava a alegação da *impropriatio iudicatis*, que era a alegação de que aquela sentença era *nulla* – sentença juridicamente inexistente, segundo José Carlos Barbosa Moreira, Pontes de Miranda e Piero Calamandrei, entre vários.

Enquanto a ação anulatória visa atacar a relação jurídica de direito material, a qual pode vir, acidentalmente, a atingir a sentença meramente homologatória, por outro prisma, a *querella nullitatis insanabilis* ataca o ato processual propriamente dito, atacando a relação jurídica de direito processual, com arrimo em vício de citação do processo de conhecimento que tramitou à revelia do réu, que não foi comunicado da inauguração daquela relação processual que contra ele foi instaurada.

Aliás, o CPC, em seu art. 4º, autoriza o manejo da ação declaratória e compete àquele que se viu lesado pelo trâmite de um processo sem que dele tomasse conhecimento o manejo da *querela nullitatis*, que remanesce em nosso direito.

No que respeita à competência, será do juízo prolator da decisão que atuou sem a devida observância da nulidade, quer seja o juízo monocrático ou de tribunal, em qualquer esfera.

Portanto, são institutos totalmente diferentes a *querela nullitatis*, a ação anulatória e a ação rescisória, conforme se demonstrará nas linhas que se prosseguem.

## 4. Da ação anulatória

A ação anulatória tem por objetivo o ataque de atos decorrentes da manifestação da vontade das partes, externadas em juízo e postas a homologação.

Pode a ação anulatória versar sobre causa pendente ou já finda. Sendo o processo pendente, será a ação incidental, com caráter de prejudicialidade, devendo ser esta apreciada em primeiro lugar.

Não obstante a nulidade absoluta poder ser alegada por simples provocação, eis que apreciável *ex officio*, não há o impedimento ao manejo da ação anulatória, de forma autônoma.

O alcance da sentença em razão da propositura da ação anulatória, é certo, pode acabar ocorrendo, o que se dá nos casos em que já houve a prolação da sentença quando de seu manejo.

Há um equívoco do legislador no que pode se chamar de “posicionamento topográfico” no Estatuto Processual, da previsão da ação anulatória, posto que o legislador optou por inserir a ação anulatória no Título IX, que trata “Do Processo nos Tribunais”, mais precisamente no Capítulo IV, que cuida “Da Ação Rescisória”.

É a ação anulatória, tanto quanto a ação rescisória, uma forma de defesa heterotópica, posto serem ambas ações autônomas, de natureza constitutiva negativa, que visam impugnar decisão judicial contrária à pretensão daquele que a maneja. Mas o alcance da sentença, em se tratando de ação anulatória, se dá apenas de modo reflexo à impugnação do ato praticado pelas partes. Não se impugna a sentença em si, mas o ato material que a precedeu.

Pode-se então dizer que o ataque da ação anulatória é ao ato de direito material, diferente do que ocorre com a *querela nullitatis*, em que se ataca o ato de direito processual.

A previsão da ação anulatória encontra-se estampada no art. 486, do CPC, que assim preceitua, *litteris*:

Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for **meramente homologatória**, podem ser **rescindidos** como atos jurídicos em geral, **nos termos da lei civil.**” (Grifo nosso)

Quanto aos **atos judiciais**, o legislador aqui não quer se referir aos atos do juiz, mas atos das partes praticados em juízo, ou seja, atos pro-

cessuais, enquanto declarações de vontade, sejam unilaterais ou bilaterais.

Havendo nulidade nos atos como, *v.g.*, decorrentes do vício de vontade, como o dolo, a coação, a fraude, poderá o autor da ação buscar a invalidação do ato, quer antes, quer após a prolação da sentença.

De fato, assim leciona Berenice Soubhie Nogueira Magri (Ibidem, p.99), quando faz expressa menção ao equívoco do legislador, *in verbis*:

O fundamento da ação anulatória de “ato judicial” (*rectius* “ato processual”), homologado ou não, consubstancia-se em exceção às regras relativas às nulidades atinentes ao direito material e não ao direito processual, ao contrário do que ocorre, *v.g.*, com a ação rescisória, que tem como fundamento para seu cabimento as hipóteses do art. 485, do Estatuto Processual que retratam “nulidades de ordem processual.

Quanto às sentenças **meramente homologatórias**, são aquelas em que não há a apreciação do mérito. Decorrem de ato processual praticado pelas partes e levados ao juiz para que o chancele.

Como exemplos de meramente homologatórias temos:

**a) atos que não dependem de sentença:**

- o que outorga poderes em procuração passada nos autos;
- a renúncia ao direito de recorrer;
- a aceitação expressa da decisão;
- arrematação ou adjudicação;
- as declarações de vontade das partes.

**b) atos que dependem de sentença, cuja eficácia depende da homologação:**

- a separação judicial consensual;
- a desistência da ação (art. 158, parágrafo único);
- a transação (desde que sem pronúncia do mérito, mesmo que parcial);
- a partilha amigável;
- a desistência do recurso.

Quanto ao termo “**rescindido**” há uma inobservância da boa técnica

pelo legislador, que confunde o trato no âmbito do direito material, em que os termos “rescisão” e “anulação” guardam uma quase sinonímia. Isto não ocorre no âmbito do direito processual.

Adotou o legislador do CPC a hermenêutica do direito material, olvidando que no direito processual o tema “rescisão” é assunto afeto à ação rescisória, pois se destina à anulação das sentenças de mérito.

Finalmente, quanto à expressão “**nos termos da lei civil**” a interpretação de “lei civil” não deve se dar de forma restritiva, para somente admitir que se dê nos termos do Código Civil. Deve, portanto, ser interpretada em sentido amplo, significando nos “termos do direito material” (público ou privado), abrangendo em seu contexto as normas de direito comercial, administrativo, do trabalho, ambiental etc., que serão passíveis de anulação nos termos que dispuser as normas do direito material.

Será competente para a apreciação da ação anulatória o juízo monocrático e não o juízo recursal, a menos que se trate de causa em que ocorra a competência originária dos tribunais.

Embora - como antes dito -, a “colocação topográfica” do art. 486 do CPC esteja no título dos feitos que tramitam perante o tribunal, a competência, de regra, não é do tribunal e sim do juiz monocrático ou, mais especificamente, do prolator do ato impugnado. Saliente-se que, em se tratando de processo de competência originária de tribunal, será este o juízo competente.

Sendo a anulatória manejada após a sentença meramente homologatória, o juízo competente continua sendo aquele prolator da sentença terminativa, caso em que o ato judicial (ou seja: ato processual) será desconstituído, retornando o estado anterior de coisas então existentes antes da homologação.

Com relação aos efeitos da sentença da ação anulatória, cumpre novamente colacionar as lições da professora Berenice Soubhie Nogueria Magri, (IBIDEM, págs. 174/178), *verbis*:

O julgamento da ação anulatória produz três efeitos sobre o processo em que se praticou o ato impugnado:

a) O primeiro é aquele que ocorre quando esta for ajuizada no curso do processo primitivo, suspendendo-se o feito, desde que nele a sentença de mérito dependa do julgamento da ação anulatória. Tal efeito tem por fundamento o art. 265, II e IV, a, do CPC.

Ajuizada incidentalmente ação anulatória do ato praticado em juízo

no processo pendente, a sentença do processo principal pode depender do julgamento da ação anulatória, pois, se verificado qualquer vício de nulidade no ato praticado no processo pendente, o ato será desconstituído e, conseqüentemente, influenciará na sentença do processo principal onde o ato foi praticado. Assim, também será possível a suspensão do processo com fulcro no art. 265, II e IV, a, do CPC. Contudo, se se rejeitou o pedido de anulação do ato mediante sentença transitada em julgado, no processo primitivo o ato praticado pelas 'partes' em juízo será válido, sendo a sentença do processo principal proferida considerado válido. Porém, se for anulado o ato por meio da ação anulatória, o processo primitivo terá que prosseguir como se não houvesse sido praticado o ato no processo, porque o ato foi desconstituído.

b) Outro efeito da ação anulatória diz respeito à sua influência com relação à sentença 'meramente homologatória'. Nos processos onde os 'atos judiciais' dependam de sentença 'meramente homologatória', se a anulação é proposta para desconstituir o ato praticado em juízo e for julgada procedente, o ato homologado não subsistirá e, indiretamente, a desconstituição do ato surtirá efeito na sentença 'meramente homologatória', embora a ação anulatória não tenha tido como objeto diretamente a sentença.

A sentença, em si, não é rescindida nem anulada, porque anulado o próprio ato. A sentença, que não passava e envoltório do ato homologado, se esvazia, sendo esse o efeito da ação anulatória, visto ser inconcebível possa a sentença homologatória continuar a surtir algum efeito depois que o ato se desfez.

Nesse caso, o processo primitivo retomará sua marcha desde o ato que foi anulado, continuando o procedimento a partir daí, passando para as etapas subseqüentes.

Significa que o efeito da sentença da ação anulatória julgada procedente, por ter natureza constitutiva negativa (ou desconstitutiva), será *ex tunc*: retroage apagando os efeitos anteriores provocados pelo ato desconstituído.

...

c) Por fim, o último efeito da sentença da ação anulatória refere-se à desconstituição de ato praticado no processo de execução. Se a ação anulatória visa ato praticado no processo de execução, como, por exemplo, a arrematação se não forem apresentados embargos à arrematação (art. 703 do CPC).

Por outro lado, vale lembrar que a interdependência dos 'atos processuais' possibilita que a nulidade (relativa ou absoluta) de um ato implique em nulidade de todo o segmento processual, que lhe é lógica e cronologicamente posterior, dependendo do ato que se anulará."

## 5. Dos embargos de terceiro

Os embargos de terceiro constitui outra nítida defesa heterotópica por ser o meio adequado para inauguração de uma nova relação processual a influir na relação processual originária.

Esta modalidade de defesa heterotópica encontra-se prevista nos arts. 1.046 a 1.054 do CPC, que prevê um rito especial para o seu trâmite.

É o remédio jurídico a ser utilizado por aquele que, não sendo parte no processo, sofre a turbação ou o esbulho na posse de seus bens por ato judicial, principalmente pela penhora, mas também pelo depósito, arresto, sequestro, alienação judicial etc.

Portanto, legitimado para o seu manejo é o sujeito que se viu privado ou está em vias de privação de seus bens em decorrência de um processo do qual não faça parte, considerando-se para tal também o cônjuge, para a salvaguarda de sua meação.

Versando os embargos sobre bem vinculado a uma ação de conhecimento, o seu manejo poderá se dar a qualquer tempo, tendo como limite máximo o trânsito em julgado da sentença.

Versando sobre processo de execução, o limite será até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta (de arrematação, de adjudicação ou de remição).

A competência será sempre no juízo que determinou a constrição, havendo a distribuição por dependência aos autos principais. Anote-se que, em se tratando de ato de constrição praticado pelo juízo deprecado, perante ele caberá o endereçamento do feito.

O prazo para a contestação será de dez dias e, superada esta fase, o procedimento seguirá o rito das ações cautelares (arts. 803 e 1.053).

### 5.1. A obrigatoriedade de registro da promessa de compra e venda e a Súmula nº 621 do STF

Importante aqui trazer a lume a Súmula 621, do Excelso Pretório, que está redigida nos seguintes termos:

**“NÃO ENSEJA EMBARGOS DE TERCEIRO À PENHORA A PROMESSA DE COMPRA E VENDA NÃO INSCRITA NO REGISTRO DE IMÓVEIS.”**

Ocorre que a súmula em cotejo foi editada a partir da sessão plenária de

17.10.1984, época em que ainda não existia o Superior Tribunal de Justiça.

O Excelso Pretório – confira-se RE 11.937/SP -, considerando tratar-se de tema infraconstitucional, reviu seu posicionamento em relação à Súmula 621, entendendo competir ao STJ a apreciação da matéria.

No âmbito do STJ – confira-se REsp 90.192/MG e AgRg no Ag 5.351/SP -, já se verificava um abrandamento do rigor da Súmula 621 do STF, no sentido da dispensa do registro no Cartório de Imóveis da promessa de compra e venda para a apreciação dos embargos de terceiro.

## 6. Da ação rescisória

A ação rescisória é modalidade de defesa heterotópica apropriada para desconstituir um julgado protegido pelo manto da coisa julgada, visando a prolação de outro *decisum*, que será alcançado mediante um novo julgamento da mesma causa.

A competência para o processo e julgamento da ação rescisória, em se tratando de sentença, será do Tribunal ao qual esteja vinculado o juiz que a prolatou.

Não se remete a ação rescisória a tribunal diverso, competindo a cada tribunal o julgamento da ação rescisória de seus julgados, o que implica dizer que, em se tratando de acórdão de determinado tribunal, de que esfera for, é ele o competente para o processo e julgamento, conforme determinar a sua respectiva lei de organização judiciária.

O pedido da ação rescisória pode ser direcionado apenas à anulação do julgado, caso em que se tem o *ius recindens* ou para que outro julgamento seja feito pelo órgão julgador, caso em que se tem o *ius rescissorium*.

Submete-se a ação rescisória ao prazo decadencial de 2 anos, que tem como *dies a quo* o trânsito em julgado, isto é, o fim do prazo de que dispõe a parte para recorrer da decisão, não importando, ajuizada que foi a ação rescisória, o prazo transcorrido para a citação por motivos atribuídos ao Judiciário.

O rol dos legitimados encontra-se previsto do art. 487 do CPC.

É legitimado, por lógico, aquele que foi parte no processo precedente, assim como os seus sucessores, a título singular e universal. Cabe consignar que, no que concerne ao sucessor a título universal (inciso I), há uma exceção, conforme dispõe o art. 352, parágrafo único do CPC, que confere poderes ao confitente, mas passa aos seus herdeiros, após iniciada.



Quanto ao terceiro juridicamente interessado (inciso II) está legitimado também o substituído processualmente, já que será atingido pela coisa julgada formada quando da atuação do substituto processual.

O Ministério Público também é legitimado para o manejo da ação rescisória de julgado proferido em processo em que se olvidou da sua participação obrigatória, cabendo também sua atuação no caso de identificação de conluio entre as partes para fraudar a lei. Mas não é só, podendo o Ministério Público também atuar quando há comprometimento de interesse público indisponível.

No pólo passivo deverá figurar quem foi contrário ao autor da rescisória na ação precedente, formando-se litisconsórcio necessário caso tenha figurado mais de uma parte, seja no pólo ativo, seja passivo.

Deve a parte efetuar depósito no equivalente a 5% (cinco por cento) do valor atribuído à causa, valor este que servirá de “multa”, caso, por unanimidade de votos, for declarada inadmissível a demanda ou julgada improcedente, casos em que o valor se reverterá em favor do réu.

Dispõe o art. 489 do CPC, com a redação que lhe emprestou a Lei nº 11.280/06, que a ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendos, podendo, sendo identificados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, se deferir a tutela de urgência.

O prazo para contestar será de, no mínimo, 15 (quinze) dias, podendo ser alargado pelo Tribunal, até o limite de 30 (trinta) dias.

Caso haja a necessidade de dilação probatória, o relator delegará a diligência para o juiz de direito do local onde ela deva ser produzida, mediante carta de ordem, fixando o prazo para tais diligências entre 45 (quarenta e cinco) e 90 (noventa) dias.

Não cabe a ação rescisória das sentenças proferidas em ações que foram processadas sob o rito da Lei 9.099/95, da mesma forma que não cabe ação rescisória das sentenças proferidas nas ações cautelares e, também, das ações de controle de constitucionalidade, tratadas na Lei 9.868/99.

Quanto aos recursos cabíveis da ação rescisória, temos os embargos de declaração, embargos infringentes (votação não unânime), recurso especial e recurso extraordinário.

Não se pode também distar que é cabível ação rescisória de ação rescisória, desde que se constate vício no julgamento da primeira ação rescisória.

## 6.1. A ação rescisória e o direito intertemporal

O direito à rescisão do julgado rege-se pela lei do tempo da prolação da decisão rescindenda, vigendo o princípio do *tempus regit actum*. Alcança-se assim a segurança jurídica, assegurando às partes do processo o direito adquirido, posto que a sentença foi prolatada com observância das normas então vigentes.

Se a sentença ou acórdão atentou para a observância da lei do seu tempo, não cabe cogitar-se da ação rescisória por violação do texto de lei quando houve inovação legislativa.

Não ocorre na ação rescisória o que se dá com a revisão criminal, onde, à exceção das leis temporárias, há a *abolitio criminis* – decorrente de nova lei que exclua o crime ou isente a pena -, ensejando a rescisão do julgado, mesmo após o cumprimento da pena ou, até, após a morte do agente. O tema será melhor apreciado mais adiante, no estudo da revisão criminal.

Portanto, se o *decisum* observou o princípio do *tempus regit actum*, não cabe se cogitar da ação rescisória.

## 6.2. Os capítulos de sentença e seus reflexos na ação rescisória

Em um processo, como cediço, pode-se cumular pedidos, que têm no desenvolver do processo seus momentos processuais próprios de serem apreciados e impugnados, posto que as postulações processuais se sujeitam ao princípio da eventualidade.

A sentença irá decidir, de uma só vez, todos os pedidos apresentados, mas há, no desenrolar da relação processual, várias situações que são apreciadas e decididas, caso em que podem ocorrer algumas decisões parciais de mérito, em que o juiz já estará decidindo um ou alguns pedidos, com força de sentença, o que se dá, por exemplo, no caso do art. 273, § 6º, do CPC que, conforme doutrina majoritária, não se trata de antecipação de tutela e sim de decisão parcial de mérito.

Nos casos expostos teremos o que se tem denominado *coisa julgada sucessiva* ou *capítulos de sentença* que pode decorrer não só da sentença, como também de acórdão e de decisão interlocutória.

O mestre Humberto Theodoro Júnior (1997), na mesma linha adotada

por Barbosa Moreira, admite a possibilidade da coisa julgada sucessiva, quando assim se manifesta:

Por outro lado, pode acontecer a necessidade de recorrer-se à rescisória, quando a decisão última (rescindenda), embora não sendo de mérito, importou em tornar preclusa a questão de mérito decidida no julgamento precedente. Assim, se, por exemplo, o Tribunal recusou conhecer de recurso mediante decisão interlocutória que violou disposição literal de lei, não se pode negar à parte prejudicada o direito de propor a rescisória, sob pena de aprovar-se flagrante violação da ordem jurídica. É certo que a decisão do Tribunal não enfrentou o mérito da causa, mas foi pelo meio dela que se operou o trânsito em julgado da sentença que decidiu a lide e que deveria ser revista pelo Tribunal por força da apelação não conhecida. Não se pode, outrossim, dizer que se na sentença existir motivo para a rescisória esta deveria ser requerida contra a decisão de primeiro grau e não contra o acórdão do Tribunal, cujo conteúdo teria sido meramente terminativo. É que nem sempre é possível fazer-se o enquadramento da sentença nos permissivos do art. 485. Mas, se houve o *error in iudicando* no acórdão, o apelante sofreu violento cerceamento do direito de obter a revisão da sentença de mérito, pela via normal da apelação, que é muito mais ampla do que a da rescisória. Tendo-se em vista a instrumentalidade do processo e considerando-se que o *error in iudicando*, embora de natureza simplesmente processual, afetou diretamente uma solução de mérito, entendo que, nessa hipótese excepcional, a *mens legis* deve ser interpretada como autorizadora da ação rescisória, a fim de que, cassada a decisão ilegal do Tribunal, se possa completar o julgamento de mérito da apelação, cujo trancamento se deveu a flagrante negação de vigência do direito expresso.

Também no sentido de admitir o manejo da ação rescisória em face de decisão interlocutória, leciona Ana Maria Duarte Amarante Brito (2005):

O objeto da ação rescisória será uma decisão de mérito, podendo tratar-se ou não só de sentença, consoante referida no art. 485, do CPC, mas também de acórdão e, mesmo, de decisão interlocutória que, acaso, tiver apreciado uma questão de mérito, como quando afasta a alegação de prescrição. Importa que se analise o conteúdo da decisão, para se aferir a incursão em matéria de mérito, pois a

fórmula do *decisum* pode se revelar equivocada, como a que, erroneamente, conclui pela carência da ação, por não haver o autor demonstrado os fatos que amparam seu pedido, o que é decisão de mérito. Questão mais complexa é a relativa a decisão que, em mandado de segurança, conclui pela não demonstração do direito líquido e certo, e denega a segurança. Por direito líquido e certo se entende a demonstração, por prova documental preconstituída, dos fatos alegados em amparo à pretensão do autor. 'Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano, por documento inequívoco (RTJ 83/130, 83;855, RSTJ 27/169, 55/325, 129/72) e independentemente de exame técnico'. Se nos autos não existe essa prova, a melhor conclusão será a de carência da ação, com a ressalva ao impetrante das vias ordinárias. Na prática, a concisa denegação da segurança exige uma análise mais acurada de seu conteúdo, para se aferir se é ou não o caso de decisão de mérito, pois a decisão de um *mandamus* pode não produzir coisa julgada material. Nesse sentido, e, ainda, com compasso com o artigo 16 da lei 1.533, de 31.12.1951, é que deve ser interpretada a Súmula 304, do STF: 'Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria'. *A contrario sensu*, se a decisão denegatória tiver apreciado o mérito, somente poderá ser rescindida no prazo de dois anos, se ocorrer alguma das hipóteses do elenco legal.

O desenvolvimento por Humberto Theodoro e pela professora Ana Maria Amarante iniciou uma discussão que muita atenção tem despertado na doutrina e na jurisprudência, que diz respeito aos **capítulos de sentença**.

Analisando pelo prisma do reconhecimento de prescrição a um dos litisconsortes, teremos uma decisão interlocutória que, para aquele, irá implicar na extinção do processo, com resolução do mérito (art. 269, IV, do CPC), o que não dificulta em muito a interpretação acerca da ação rescisória para o excluído, posto que, para aquele litisconsorte, o processo estaria findo diante do transcurso *in albis* do prazo para recorrer daquela decisão.

No entanto, o tema capítulos de sentença é mais profundo do que parece.

Convém trazer à colação interessante texto de Leonardo José da Cunha, em trabalho coordenado pelo Professor Fredie Didier Jr. (2005), *in verbis*:

Quando a sentença contém mais de uma decisão ou quando resolve mais de uma pretensão, diz-se que cada parte dessa constitui um *capítulo de sentença*. Os *capítulos de sentença*, que são freqüentemente

mencionados quando do estudo dos recursos, mercê da forte influência que exercem sobre tal matéria, devem ser estudados na teoria da sentença. E, dentre as diversas teorias relacionadas com os *capítulos de sentença*, cada uma se propõe a estudar o tema, levando-se em conta critérios diferentes para a cisão da sentença em partes ou capítulos, a depender da utilidade que o estudioso tenha em mente. Assim, a sentença pode ser escandida de formas diferentes, encarando-se o que seja um capítulo de sentença, a partir do critério utilizado. Eis o que cada uma das teorias existentes entende por capítulo de sentença:

a) cada capítulo constitui a parcela da decisão referente à cada pretensão que compõe o mérito, ou seja, são capítulos de sentença as decisões – contidas na sentença – sobre cada uma das pretensões substanciais que bem poderiam ter sido objeto de ações autônomas, propostas separadamente (teoria de Chiovenda);

b) cada capítulo constitui uma decisão autônoma, não somente no sentido de que cada uma dessas decisões pudesse ser objeto de um processo separado, mas também no sentido de que poderiam ser objeto de uma sentença sem julgamento do mérito, ou seja, de uma sentença que, em vez de rejeitar as preliminares, tivesse acolhido alguma delas e extinto o processo. Enfim, a sentença tanto pode ter capítulos de mérito como capítulos relacionados com os pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito (teoria de Liebman);

c) cada capítulo constitui um fundamento diferente da sentença, estando os capítulos inseridos na parte da motivação da sentença, e não na parte dispositiva (teoria de Carnelutti);

Tanto a teoria de Chiovenda como a de Carnelutti parecem não se adequar à sistemática processual brasileira. Como se pôde perceber, os capítulos de sentença, para Chiovenda, identificam-se com as posições da parte dispositiva relativas ao julgamento de mérito, sendo cada porção dessa independente e autônoma. Não se configura como capítulo de sentença, para Chiovenda, a parte que versa sobre a admissibilidade do julgamento do mérito. Por sua vez, Carnelutti identifica os capítulos de sentença em cada fundamento utilizado pelo juiz para justificar o desfecho dado à causa. Ora, a teoria de Chiovenda não explica a existência de recurso interposto apenas contra trecho de sentença que verse sobre a admissibilidade do julgamento do mérito ou sobre uma preliminar que tenha sido rechaçada pelo juiz. Tal trecho é, na processualística brasileira, um inegável capítulo de sentença, podendo ser objeto de um recurso específico e, de resto, de um acórdão pelo tribunal que, no par-

ricular, irá substituir a sentença (CPC, art. 512). Já a teoria de Carnelutti não se sustenta, de igual modo, pois a motivação da sentença serve, apenas, para o juiz demonstrar o suporte lógico do caminho final. A fundamentação não contém imperativo nem atinge a esfera dos litigantes, devendo, então, os capítulos de sentença relacionar-se com a parte dispositiva, da qual consta a determinação ou solução que repercute na vida das partes. Aliás, é cedo que o recurso, no direito brasileiro, não combate nem se justifica pelo fundamento da decisão recorrida, levando em conta a determinação final, a sucumbência, a derrota, o prejuízo. Os únicos recursos que têm como pressuposto de admissibilidade o fundamento da decisão são os extraordinário e especial; o fundamento da decisão recorrida serve, apenas, para que se admitam tais recursos, mas a solução a ser dada pelo tribunal superior depende do resultado do julgado ou da influência que ele desempenha na esfera jurídica as partes.

Com efeito, o recurso, no direito brasileiro, tem como alvo a reforma ou a anulação do julgado, ou seja, o que se busca desfazer é o dispositivo ou algum capítulo do dispositivo, e não os fundamentos legais ou constitucionais em que está apoiado. Os fundamentos podem, até mesmo, servir como critério para admissibilidade dos recursos excepcionais, mas o que se objetiva é a modificação do resultado, alterando-se o dispositivo ou algum capítulo ali contido.

Ao que tudo indica, a sistemática processual brasileira tem na teoria de Liebman a configuração do que sejam capítulos de sentença. Nesse sentido, os capítulos de sentença podem versar sobre o mérito, ou seja, sobre o pedido formulado pela parte, podem versar sobre matéria processual ou podem igualmente versar tanto sobre matéria processual como sobre o mérito.

Os capítulos de sentença podem, ainda, ser independentes, dependentes ou condicionantes. Os capítulos independentes são aqueles em que cada parte da sentença é pode logicamente subsistir se o outro tiver sido negado; cada trecho bem poderia ter sido objeto de ações autônomas diversas, não dependendo o acolhimento de um do acolhimento do outro. Já os capítulos dependentes estão presentes quando há uma relação de prejudicialidade ou de subordinação, tal como sucede com os juros, que constituem uma obrigação acessória, dependendo sempre do acolhimento do principal. Assim, se o juiz rejeita o principal, está, automaticamente, rejeitando também os juros, embora a eles nada tenha mencionado. A condenação ao ônus da sucumbência consiste, igualmente, num capítulo dependente, decorrendo da derrota de uma das partes.

Assim, caso o recurso seja provido, e não haja qualquer referência a custas e honorários, entende-se que estão, automaticamente, invertidos os sucumbenciais.

Os capítulos de sentença podem, ainda, de uma cisão quantitativa, quando o objeto do processo é composto ou decomponível. O objeto composto é decorrente de uma cumulação de pretensões, quando, por exemplo, se pleiteiam danos morais e danos materiais, ou rescisão contratual e ressarcimento, ou ainda, quando há cumulação superveniente, decorrente da formulação de reconvenção pelo réu, da denúncia à lide, ou do ajuizamento de uma oposição ou ação declaratória incidental. Por seu turno, o objeto será decomponível quando, embora única a pretensão, englobar coisa ou bem suscetível de contagem, medição, pesagem ou todas aquelas sujeitas a quantificação. Assim, postulada a condenação do réu ao pagamento de 100, caso o juiz defira apenas 70, estará rejeitando 30. Nessa hipótese, haverá, além do capítulo processual, 2 (dois) capítulos de mérito: um relativo aos 70 e outro concernente aos 30.

### 6.3. A solução da divergência entre as turmas do STJ acerca do termo inicial para ajuizar a ação rescisória, em razão dos capítulos de sentença

Não obstante a doutrina majoritária caminhar no sentido do reconhecimento dos capítulos de sentença ou da coisa julgada sucessiva, o Superior Tribunal de Justiça, notadamente pelas 1ª e 2ª Turmas, caminham em sentido inverso.

A Ministra Eliana Calmon, embora pontificando a doutrina que admite a coisa julgada progressiva, com ela divergiu, assim assinalando em seu voto - REsp 415.586/DF, 2ª Turma, publ. DJ 09.12.2002, *in verbis*:

Não desconheço a doutrina capitaneada pelo Mestre Barbosa Moreira, compartilhada no particular pelo Professor Humberto Theodoro Júnior, quanto ao trânsito em julgado, em momentos diversos, de partes (capítulos) da sentença, reconhecendo a possibilidade de ajuizamento de ações rescisórias diversas e com termo *a quo* do prazo decadencial a depender de quando ocorreu o trânsito em julgado.

Para melhor compreensão, destaco os seguintes trechos:

“Cumpre todavia enfatizar que, se algo da decisão recorrida transitou em julgado – por ter ficado fora do alcance do recurso, ou por dele não haver conhecido, no particular, o órgão *ad quem* -, e se

é esse ponto que se quer impugnar, a ação rescisória deve ser proposta contra a decisão recorrida. Assim, v.g., quando o vício alegado, e existir, residiria na parte unânime do acórdão proferido em grau de apelação, e não naquele que, tomado por maioria de votos, tenha dado ensejo a embargos infringentes.

Pode, naturalmente, caber outra ação rescisória contra o acórdão dos embargos; mas cada qual terá seus fundamentos próprios e inconfundíveis, e serão diferentes - ponto de enorme importância prática - os termos iniciais dos respectivos prazos de decadência.' (Barbosa Moreira, Comentários ao CPC, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, n. 195, p. 317/318).

'O ato decisório sujeito à rescisão é tanto a sentença do juiz como o acórdão do Tribunal. No caso de recurso, o julgamento do tribunal substitui a sentença recorrida (art. 512). Por isso, a ação rescisória, na espécie, terá como objeto o acórdão e não a sentença, salvo se o recurso não foi conhecido ou se não abrangeu o tema da sentença que motiva a rescisão.'

(Humberto Theodoro Júnior, CPC Anotado, Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 202)

Pedindo vênias aos doutrinadores e àqueles que comungam de tal entendimento, diferentemente, posiciono-me em favor da tese segundo a qual o início do prazo para ajuizamento da ação rescisória dá-se com o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, considerando que o trânsito em julgado material somente vai ocorrer quando esgotada qualquer possibilidade de interposição de recurso.

Em voto de vista no julgamento em análise, a Ministra Laurita Vaz, acompanhando o voto da relatora, trouxe trecho de um voto seu em outro processo - REsp 2.447, rel. Min. Athos Gusmão, publ. DJ 09.12.1991 -, no qual enfatiza a inadmissão da coisa julgada progressiva, *in 7verbis*:

Sendo certo que não há lacuna no Ordenamento jurídico, mas apenas na Lei, é tarefa inescusável do Juiz integrá-la (art. 4º da LICC e art. 126 do CPC). E, mesmo havendo um contínuo esforço de sistematização, com elaboradas construções doutrinárias, com cuidadosa valorização dos institutos que sustentam o arcabouço da Ciência Jurídica, de quando em vez, como *in casu*, esbarra-se em situações complexas, surgidas da vida prática, não devidamente disciplinadas, que exigem alto grau de lucubrações para se alcançar a solução mais apropriada.



Com efeito, na esteira dos precedentes que reforçam a tese da Recorrida, tem-se um raciocínio lógico-formal impecável, que se mostrou adequado para a solução daqueles casos analisados pontualmente pelos respectivos julgados.

De outro lado, o ilustre Relator, Ministro Peçanha Martins, colocando em destaque a interpretação e o alcance dos institutos jurídicos, esposou a idéia de que não há se confundir preclusão (ou coisa julgada formal) com coisa julgada material, já que esta sobrevém apenas ao final do processo, depois da última decisão irrecurável, abranja ela toda ou parte das questões; o eminente Ministro Franciulli Netto, corroborando esse entendimento, assevera que a aceitação da “coisa julgada material progressiva” poderia provocar “um caos processual”, o que pretendeu demonstrar com exemplos hipotéticos dos problemas processuais que a adoção da tese da Recorrida poderia provocar.

Sobre esse tema, exemplifica muito bem Bernardo Pimentel Souza (2000):

Um exemplo pode facilitar a compreensão do assunto: A propõe ações cumuladas de cobrança das dívidas X e Y contra R. inconformado com a sentença de procedência, R apela. O tribunal de segundo grau nega provimento ao apelo. Insatisfeito em parte, R interpõe recurso especial tratando apenas da dívida X. O Superior Tribunal de Justiça conhece do recurso, mas nega provimento ao especial. Na hipótese, a ação rescisória que versar sobre a dívida Y deve ser proposta perante a corte de segundo grau. Realmente, a ação rescisória tratando de tema alheio ao recurso especial deve ser processada e julgada no tribunal *a quo*. O Superior Tribunal de Justiça só tem competência para processar e julgar a ação rescisória que tratar da dívida X.

O dissenso com a doutrina, contudo, foi incrementado com a sujeição do tema à Corte Especial que na apreciação do EREsp 404777/DF, assim decidiu:

“PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO RESCISÓRIA - PRAZO PARA PROPOSITURA - TERMO INICIAL - TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS - CPC, ARTS. 162, 163, 267, 269 E 495.

– A coisa julgada material é a qualidade conferida por lei à sentença/acórdão que resolve todas as questões suscitadas pondo fim ao processo, extinguindo, pois, a lide.

– Sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial.

– Consoante o disposto no art. 495 do CPC, o direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa.

– Embargos de divergência improvidos.” (EREsp 404777/DF, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, Rel. p/ Acórdão Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/12/2003, DJ 11/04/2005, p. 169).

## **7. A especial defesa heterotópica na ação civil pública**

Conforme preceitua a Lei nº 7.347/85 em seu art. 12, § 1º caberá, contra a decisão concessiva de liminar na ação civil pública ou no mandado de segurança, pela pessoa jurídica de direito público atingida pela medida, a apresentação de pedido de suspensão dos seus efeitos, perante o presidente do tribunal ao qual está vinculado o prolator da decisão concessiva da medida, assim como no art. 4º, da Lei nº 8.437/92.

Idêntico dispositivo encontra-se também na redação do art. 15, da Lei nº 12.016/2009, que estabelece as normas processuais relativas ao mandado de segurança, onde se prevê a mesma forma de defesa heterotópica.

Note-se que aqui não se tem um recurso propriamente dito e a legitimidade para a postulação é da pessoa jurídica de direito público afetada com a medida, tratando-se de mais uma modalidade de defesa heterotópica, só que esta não irá formar uma nova relação jurídica processual.

De fato, não é ação, nem é recurso, tratando-se de um requerimento endereçado ao presidente do Tribunal, embora da decisão comporte recurso de agravo.

Em sua manifestação, não irá o presidente do Tribunal se imiscuir no mérito do pronunciamento do juiz, decidindo politicamente, com o juízo de oportunidade e conveniência, observando a possibilidade de ocorrência de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Daí ser

rotulado como defesa heterotópica, enquanto meio de impugnação diferenciado.

Não obstante a legitimidade, várias têm sido as oportunidades em que o pedido de sustação é endereçado ao presidente do tribunal pela própria autoridade coatora e até mesmo pelo Ministério Público e, diante do reconhecimento dos fundamentos do pedido, tem sido deferidos tais pleitos.

Nesse sentido, são as lições de Antônio Raphael Silva Salvador e Osni de Souza (1998):

Embora a lei defira o pedido 'à pessoa jurídica de direito público interessada', a doutrina sempre propugnou pela extensão dessa faculdade ao órgão interessado, ao Ministério Público e às pessoas e entidades privadas que tenha de suportar os efeitos da medida. O art. 25 da Lei nº 8.038, de 28-5-90, permite a suspensão da execução da liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança a requerimento do Procurador Geral da República.

A suspensão de eficácia de liminares ou seguranças concedidas em primeira instância constitui incidente do processo de mandado de segurança. A medida, uma vez concedida, não cassa a liminar de primeiro grau, pois, nos próprios termos da lei, limita-se a suspender sua eficácia, impondo sua inanidade prática, enquanto convier ou outra convicção não se formar a respeito.

Somente razões de interesse público podem ser alegadas nesse incidente, desde que constituam lesão ou ameaça aos valores indicados no artigo 4º da Lei nº 4.348/64. Trata-se de tipificação legal expressa e taxativa, que se resume a casos de perigo de grave lesão à ordem pública, à saúde pública, à segurança pública ou à economia pública, de modo que nenhum outro fato pode ser validamente invocado pelo requerente e tomado como razão de decidir. Ao Presidente do Tribunal é vedado o reexame das razões de decidir do provimento jurisdicional que concedeu a medida liminar ou a segurança.

Do despacho que concede a suspensão caberá agravo regimental (Lei 8.038/90, art. 25, § 2º; RISTF, art. 2º; RISTJ, art. 271, § 2º; RITJSP, art. 527, parágrafo único), no prazo de cinco dias.

A suspensão vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito se a decisão concessiva for mantida ou transitar em julgado (Lei nº 8.038/90, art. 25 § 3º; RTSTF, art. 297, § 3º; RISTJ, art. 271, § 3º; RITJSP, art. 528), o que torna necessário novo requerimento se a sentença de primeiro grau conceder a segurança.

Portanto, temos aqui outro meio autônomo de impugnação que, não obstante não se tratar de um “novo processo”, nem de ação, nem de recurso, é outra modalidade de defesa heterotópica.

## 8. Da revisão criminal

A revisão criminal é modalidade de defesa heterotópica contra a sentença penal transitada em julgado, implicando em uma substituição de uma sentença por outra decisão, ensejando uma flexibilização da coisa julgada.

A sentença pode ser condenatória ou absolutória, sendo admitida, em diversos países, a revisão da sentença absolutória, ou seja a revisão *pro societate*, decorrente dos *errores in iudicando* ou *in procedendo* tais como a Suíça, Austrália, Noruega, Portugal, Iugoslávia.

Acentuando prevalecer a revisão criminal das sentenças condenatórias, leciona Heráclito Antônio Mossin (1998), *litteris*:

A revisão criminal apresenta uma aplicabilidade conceitual mais restrita, uma vez que incide ela precipuamente em sentença condenatória em algumas legislações e absolutórias noutras, com selo da *res iudicata*. Sua predominância versa sobre as decisões condenatórias.

O processualista Hélio Tornaghi define-a como “remédio dado pela lei para o desfazimento da coisa julgada no caso de ser ou de ficar evidente a ocorrência do erro judiciário”.

Para Fenech, a revisão criminal, no sentido do ordenamento vigente na Espanha, “é o recurso excepcional, que pode ser interposto sem limitação de prazo, encaminhado a obter um novo exame de uma sentença condenatória firme, quando se produzem ou se tenha conhecimento de haver se produzido os eventos que em qualidade de pressupostos de sua admissibilidade estabelece a lei”.

Na legislação pátria só se admite a revisão criminal das sentenças condenatórias, ou seja: *pro reo*, estabelecendo o Estatuto Processual um rol taxativo das hipóteses de seu cabimento, que são:

- sentença condenatória contrária ao exposto texto da lei penal;
- sentença condenatória contrária às evidências dos autos;
- sentença condenatória fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- descoberta, após a sentença, de novas provas de inocência do condenado;

- descoberta, após a sentença, de circunstâncias que determinem ou autorizem a diminuição especial da pena;
- revisão nas contravenções penais;
- revisão criminal no processo penal do júri;
- *in dubio pro revisionando*.

Uma peculiaridade da revisão criminal é que, na mesma linha do *habeas corpus*, é dispensada a presença de advogado para sua interposição, dispensando o próprio condenado de *ius postulandi*, ou seja: pode ele próprio, postular a revisão criminal.

Como demais legitimados para o manejo desta defesa heterotópica tem-se o advogado do condenado, o cônjuge, o ascendente, o descendente ou o irmão, assim como o Ministério Público.

Diante da amplitude conferida pela Carta Magna no que concerne à família, tem a doutrina e a jurisprudência admitido a apresentação da revisão criminal pela(o) companheira(o) do(a) condenado(a).

Há na doutrina dissenso acerca da natureza da revisão criminal, entendendo uma corrente como sendo **recurso** (Mário A. Oderico, Fábio Calderón Botero, Borges da Rosa, João Barbalho, João Pimenta Bueno, Eduardo Espíndola, dentre outros) e outra corrente como sendo **ação** (Miguel Fenech, João Martins de Oliveira, José Frederico Marques, Pontes de Miranda, dentre outros).

A revisão criminal não se sujeita a prazos preclusivos, podendo ser intentada a qualquer tempo, estando ou não o réu em cumprimento da pena e mesmo após cumprida a pena ou falecido o condenado.

O provimento da revisão criminal poderá dar ensejo à obrigação do Estado em indenizar aquele que foi vítima de erro judicial.

A *abolitio criminis*, que ocorre quando lei posterior deixa de tratar o fato como crime ou isente a pena, que trata-se de uma *novatio legis in melius*, merece ser analisada com as devidas cautelas.

Há leis que existem para ter eficácia em determinado espaço de tempo, assim consideradas as leis temporárias, necessárias à repressão de determinadas condutas ao tempo de sua edição.

Nestes casos, vige o princípio do *tempus regit actum*, não se podendo cogitar da revisão criminal sob o argumento da *abolitio criminis* caso advenha a revogação da lei temporária ou qualquer modificação que exclua o crime ou isente a pena.

Existem também as chamadas leis penais em branco, que são aquelas

que definem uma conduta, mas que necessitam de uma outra norma complementadora, para que se complete a figura penal. Essa norma complementadora poderá ser *homogênea*, que é a decorrente da mesma fonte legislativa, *v.g.*, a bigamia, que é excepcionada pela nulidade do casamento anterior, nos termos do Código Civil, que é produzido pela mesma fonte do Código Penal. Pode também ser *heterogênea*, que é aquela norma decorrente de outra fonte, *v.g.*, a Lei de Drogas, que depende de uma norma complementadora administrativa (portaria) expedida pela ANVISA, que irá definir quais as substâncias serão consideradas drogas para o fim de sua incidência.

## 9. Do *habeas corpus*

A expressão *habeas corpus* é forma reduzida da original *interdictum de libero homine exhibendo* e seu significado é “toma o corpo deste detido e vem submeter ao tribunal o homem e o caso”.

A doutrina é uníssona no sentido de que os precedente histórico do *habeas corpus* está na Magna Carta, ao tempo do Rei João-sem-Terra, no ano de 1.215, na Inglaterra.

A Inglaterra presenciou um período má gestão e de tirania de João-sem-Terra, que a governou entre os anos de 1.199 e 1.216, chegando a provocar a revolta dos barões, que produziram a chamada Petição dos Barões, redigida em 1.213 e com quarenta e nove artigos, que foi o protótipo da Magna Carta.

Diante daquele quadro, os barões se armaram e impuseram a João-sem-Terra, que sob pressão de tomada do seu reinado cedeu, assinando em 15 de junho de 1.215 a *Magna Charta Libertatum*.

No Brasil, o texto legal que prevê o *habeas corpus* somente foi editado no ato de 1821, como leciona Heráclito Antônio Mossin (20002), *verbis*:

Pode-se afirmar, com segurança, que o momento legislativo a provocar o aparecimento do *habeas corpus* no Brasil foi o Decreto de 23 de maio de 1821, que sobreveio à partida de D. João VI para Portugal; esse decreto foi referenciado pelo Conde de Arcos.

O *habeas corpus*, previsto no Título dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, tem previsão no art. 5º que assim estabelece:

Art. 5º OMISSIS

LXVIII - conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;”

Portanto, tem cabimento na modalidade preventiva (ameaça) ou repressiva (privação da liberdade).

Enquanto defesa heterotópica, o *habeas corpus* pode ser utilizado em várias hipóteses:

- a) prisão ilegal;
- b) trancamento de inquérito;
- c) trancamento da ação penal;
- d) concessão de benefícios em sede de execução da pena;
- e) sucedâneo recursal etc.

No que concerne ao cabimento de *habeas corpus* contra ato praticado em decorrência de processo disciplinar militar, há dissenso doutrinário a respeito, colhendo colacionar o abordado por André Eduardo de Carvalho Zacarias, *verbis* [12]:

“Vejam os posicionamentos de Mário César Flores, transcrito de sua obra *As Forças Armadas na Constituição*, Editora Convívio, 1992:

‘No que concerne à questão do “habeas corpus” para o universo disciplinar, convém que mantenhamos nossa tradição constitucional de preservar esse universo fora do alcance daquele instituto jurídico. Tal medida talvez permita que se pratique, eventualmente, pequenas injustiças, mas elas são assimiláveis e, certamente, muito menos graves do que o perigoso efeito perturbador da interveniência do “habeas corpus” na vida corrente das organizações militares, por motivos de ordem meramente disciplinar.’

Apesar de abalizada opinião do Ilustre Jurista, entendemos não ser este o melhor caminho, visto que todo procedimento deve privar pelo princípio da legalidade, bem como não deve se afastar do judiciário lesão ou ameaça a direito.

O *habeas corpus* não se trata de recurso, embora às vezes sirva como tal, a exemplo do *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário ao STJ, e sim de ação autônoma, funcionando, por vezes, como defesa heterotópica.

Não se trata, em verdade, de recurso. A expressão utilizada pelo STJ “substitutivo de recurso ordinário” está no sentido de que, na falta da interposição do recurso ordinário cabível, é o *habeas corpus* recebido como se recurso fosse. Logo, o *habeas corpus* é ação e não recurso, não se sujeitando aos pressupostos recursais para que seja admitido.

Pertinente se trazer as colocações de Vicente Greco Filho, citado por Heráclito Antônio Mossim (Ibidem, p. 32), o qual, corroborando entendimento de Pontes de Miranda e José Frederico Marques como sendo ação e não recurso, *verbis*:

...discute-se a respeito da natureza jurídica do *habeas corpus*, se recurso ou ação autônoma. Hoje, todavia, dominante é o entendimento de que a impetração é verdadeira ação, ainda que tenha por objetivo impedir coação ilegal da própria autoridade judiciária. Recurso é um pedido de reexame de uma decisão, dentro de um processo; no caso do *habeas corpus*, o pedido é autônomo, e se desenvolve em procedimento independente. A pretensão do paciente é a correção da violência à liberdade, que pode ou na decorrer de um processo, mas não se submete aos seus trâmites procedimentais. Pontes de Miranda e José Frederico Marques decididamente o classificam como ação, de conteúdo mandamental ou constitucional.”

## 9.1. Competência para o *habeas corpus* em face de ato de Turma Recursal do Juizado Especial

Uma questão que muito se debatia era a que concerne à competência para a apreciação do *habeas corpus* impetrado contra ato de juiz que oficia perante Turma do Juizado Especial Criminal.

Encontravam-se posicionamentos no sentido de que a competência seria do tribunal estadual, por se tratar de juiz de direito a ele vinculado, em razão da hierarquia e outra no sentido de que a competência seria somente do STF.

O STF em sessão plenária de 24.09.2003, optou por editar a Súmula 690, no seguinte teor:

*COMPETE ORIGINARIAMENTE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL O JULGAMENTO DE “HABEAS CORPUS” CONTRA DECISÃO DE TURMA RECURSAL DE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS.”*



Tal posicionamento foi revisto pelo Excelso Pretório, quando do julgamento do HC nº 86.834, em 23.08.2006, tendo como relator o Min. Marco Aurélio, decidindo modificar o entendimento antes sumulado, para atribuir o julgamento do *habeas corpus* para o Tribunal ao qual está vinculada a Turma Recursal do Juizado Especial, razão pela qual se encontra superada a Súmula 690.

## 10. Do mandado de segurança

Sua fonte inspiradora é o *habeas corpus*, defendendo boa parcela da doutrina tratar-se de um instituto genuinamente brasileiro, inspirado do *writ of mandamus* e no *writ of injuction*, do Direito americano, e também no recurso de amparo do Direito mexicano.

José Antônio Remédio (2002) defende que a origem histórica do mandado de segurança é encontrada nas seguranças reais, previstas nas Ordenações Afonsinas e Manuelinas, quando assim assevera, *verbis*:

Durante os séculos XVII e XVIII, vigoravam no Brasil as Ordenações, sendo substituídas, após a Independência, pelas leis que se sucederam, dentre as quais o Código Criminal.

As seguranças reais eram reguladas no Livro V das Ordenações Filipinas (que regulava a matéria penal), no Título 128 (correspondente ao Livro V, Título 50, das Ordenações Manuelinas) e eram dadas por ordem dos juízes em nome do rei, e consistiam em prevenir ou evitar uma ameaça aos direitos de alguém a pedido do ameaçado.”

Na Constituição de 1.988 o mandado de segurança tem previsão no Capítulo dos Direitos Fundamentais, que assim preceitua:

Art. 5º *OMISSIS*:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “*habeas corpus*” ou “*habeas data*”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Logo, cabe mandado de segurança conta ato do poder público ou de quem suas vezes fizer, que venha a violar direito líquido e certo.

Quanto ao conceito de direito líquido e certo, leciona Alexandre de Moraes (2002), *verbis*:

Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca. Note-se que o direito é sempre líquido e certo. A caracterização de imprecisão e incerteza recai sobre os fatos, que necessitam de comprovação. Importante notar que está englobado na conceituação de direito líquido e certo o fato que para tornar-se incontroverso necessite somente de adequada interpretação do direito, não havendo possibilidades de o juiz denega-lo, sob o pretexto de tratar-se de questão de grande complexidade jurídica.

Assim, a impetração do mandado de segurança não pode fundamentar-se em simples conjecturas ou em alegações que dependam de dilação probatória incompatível com o procedimento do mandado de segurança.

Utiliza-se como expressões sinônimas *writ* e *mandamus*. A expressão provém do direito anglo-saxônico, onde tinha inicialmente o significado de escrito, lei, regulamento, ordem (de *written* = escrito), tendo evoluído para designar medidas assecuratórias das liberdades e direitos de cidadania. Já a expressão *mandamus* é originária do *common law*, não tendo a mesma significação do nosso mandado de segurança, mas por sua semelhança ao “mandado”, enquanto expressão dotada de força impositiva, foi consagrada pela doutrina e jurisprudência pátrias.

A Lei nº 1.533/51, que tratava do mandado de segurança, encontrava-se há muito ultrapassada, advindo após essa vários outros dispositivos abordando o tema, tais como a Lei nº 2.664/55, que trata das ações decorrentes dos atos administrativos da Mesas do Congresso Nacional e dos Tribunais Federais; Lei nº 2.770/56, sobre matéria tributária; Lei nº 4.348/64, que traz regras sobre o processamento do mandado de segurança; Lei nº 5.021/66, que traça regras sobre a concessão de mandado de segurança a servidor público; Lei nº 6.978/82, que modificou a legitimidade passiva; Lei nº 8.437/92, que prevê normas para o mandado de segurança coletivo e Lei nº 9.259/96, que acresce legitimidades passivas, até que, em 2009, adveio a Lei nº 12.016, que revogou a Lei 1.553/51 e passou a tratar, de modo unificado, o que se buscava com a combinação de leis esparsas, como no caso de tutela coletiva.

Também buscou a nova lei incorporar a jurisprudência no sentido de

negar o *writ* quando se tratar de atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Há que se observar que foi mantido o prazo preclusivo de 120 dias para a sua interposição, a contar da ciência do ato impugnado. Não importa em causa interruptiva deste prazo a mera formulação de pedido de retratação endereçado à autoridade prolatora do ato, como bem estabelece a Súmula 430 do STF:

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NA VIA ADMINISTRATIVA  
NÃO INTERROMPE O PRAZO PARA O MANDADO DE  
SEGURANÇA.

Não raro, ainda no juízo monocrático a pessoa jurídica de direito público ao qual a autoridade coatora está ligada apresentava pedido de intervenção no feito como assistente, trazendo a Lei 12.016/2009 inovação no tema, uma vez que passou a exigir seja dada ciência ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos para que, querendo, ingresse no feito.

## 10.1. O mandado de segurança contra ato judicial

Uma questão muito debatida na doutrina e ainda vigente seria a possibilidade de impetração do mandado de segurança contra ato judicial, conforme estabelece o art. 5º, inciso II da Lei do MS, *litteris*:

Art. 5º. Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:  
I - e ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;  
II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;  
III - de decisão judicial transitada em julgado.

A norma em comento estaria colidente com o que preceitua o 5º, inciso XXXV da CF, por estar vedando (ou limitando) o acesso às vias judiciais.

Neste sentido, abordando a irrazoabilidade da vedação imposta pelo então art. 5º da Lei nº 1.533/51, assim se manifestou Luiz Jorge Tinoco

Fontoura (1996), *verbis*:

No entanto, de repente, não mais que de repente, como se tivesse sido acometido, subitamente, de mal de Parkinson, o legislador perdeu o controle do bisturi, sua mão desviou-se, subseccionando o corte anteriormente feito.

Das autoridades, de que categoria fossem e quais fossem as funções que exercessem, foram excluídas as judiciais, toda vez que um despacho ou decisão sua fosse susceptível de recurso ou de ser modificado por correição.

Deu-se, portanto, a *under-inclusiveness*; a subabrangência.

Inexiste razoabilidade e racionalidade na exclusão provida pelo inciso II, do art. 5º da Lei do Mandado de Segurança. Tanto é, que dá, no art. 1º, espectro amplo, para, no art. 5º, restringi-lo. É como se houvesse um artigo de Lei dizendo que todas as pessoas são livres pra irem à praia.

E outro, na mesma Lei, afirmando que as pessoas terão de estar dirigindo carros importados, provar que moram nas cercanias, os homens acompanhados de louras estonteantes e as mulheres de belos e fogosos espécimes masculinos.

Não é possível! A lógica do Direito é a lógica do razoável – não há legalidade sem razoabilidade.

As disposições da nova Lei do MS, se interpretadas erroneamente, poderão implicar em verdadeiro retrocesso no que se refere ao uso do mandado de segurança para impugnar decisões judiciais.

É que, ao proibir o uso do MS contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo, a nova lei autoriza a conclusão de que, se o recurso cabível não tiver efeito suspensivo, é admissível o *mandamus*.

Se considerarmos, por exemplo, o recurso do agravo de instrumento que, de regra, não tem efeito suspensivo, qualquer decisão interlocutória sujeita a tal recurso poderá ser impugnada, diretamente, pela via do mandado de segurança.

Mas não deverá prevalecer a interpretação literal.

Nos filiamos ao entendimento segundo o qual a nova disposição legal deve ser interpretada no sentido que ainda que o recurso, de regra, não disponha do efeito suspensivo, o mandado de segurança somente será admitido quando o recorrente pleitear aquele efeito junto ao relator e tiver indeferido o seu requerimento.

É que, havendo no próprio sistema recursal, ainda que de modo excepcional, a possibilidade de se obter o efeito suspensivo junto ao relator, o interesse de agir no mandado de segurança só surge após o julgador monocrático indeferir o pedido do recorrente.

Caso não prevaleça tal interpretação o que infelizmente tende a ocorrer é que os Tribunais irão enfrentar enormes dificuldades com uma verdadeira “chuva” de mandados de segurança contra decisões judiciais.

No que concerne ao estudo do inciso I, assim estabelece a súmula 429, do STF:

A EXISTÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO COM  
EFEITO SUSPENSIVO NÃO IMPEDE O USO DO MANDADO  
DE SEGURANÇA CONTRA OMISSÃO DA AUTORIDADE.

Em notas de rodapé trazidas por Theotônio Negrão (2002), o mestre já colacionava jurisprudências esclarecedoras do tema que foi incorporado pela nova Lei do MS, *litteris*:

Admite-se o mandado de segurança contra ato administrativo, se o interessado deixou escoar o prazo de recurso com efeito suspensivo e preferiu a impetração do ‘writ’ (TFR-RDA 170/130; RJTJESpm45/278, JTJ 173/282). ‘O que se exige é que o ato impugnado seja operante e exequível. O que não pode ocorrer é a utilização, ao mesmo tempo, do recurso administrativo com efeito suspensivo e do mandado de segurança, por isso que, interposto o recurso administrativo com efeito suspensivo, o ato deixa de ser operante e exequível’ (TFR-4ª Turma; MAS 89.104-RJ, rel. Min. Carlos Velloso, j. 15.12.80, v.u., DJU 26.2.81...

A Súmula 429, como observou o acórdão do TFR (RTFR 57/149), aplica-se ao caso de recusa ou omissão de autoridade em praticar o ato, mesmo que comporte recurso, ‘não havendo como falar-se em efeito suspensivo, desde que não se suspende omissão, e sim ação’. E o STF entende que esta Súmula incide ‘apenas nas hipóteses de procedimento omissivo da autoridade pública. Não nas de procedimento comissivo’ (RTJ 113/828). No mesmo sentido: STF-RT 631/235.

Se o recurso administrativo não tem efeito suspensivo, nada impede a impetração de mandado de segurança mesmo antes de julgado (TFR-5ª Turma, AMS 97.538-SP, rel. Min. Geraldo Sobral, j. 12.8.85, deram provimento, v.u., DJU 5.9.85, p. 14.805).

Finalmente, é pertinente abordar que é cabível o mandado de segurança contra ato do juiz criminal, o que se dará no caso de medidas que não impliquem em restrição da liberdade, como, *v.g.*, na imposição de multa.

Neste sentido manifesta-se Damásio E. de Jesus (2002), *verbis*:

Inexiste qualquer restrição constitucional ou legal que torne incabível esse *writ*, que se destina a reparar ou a impedir que se consuma qualquer ofensa a direito líquido e certo, não amparável por *habeas corpus*, proveniente de ilegalidade ou abuso de poder. Tem-se, por exemplo, admitido o mandado de segurança em matéria criminal, nas seguintes hipóteses: a) apreensão, em inquérito policial, de bens envolvidos em prática delituosa e cuja devolução é injustamente denegada (Julgados do TACrimSP 26/206); b) recusa arbitrária de vista dos autos de ação penal fora de Cartório a advogado (RT 481/369 e 592/311); c) busca e apreensão excessivas, nos delitos contra a propriedade industrial (RT 477/360) d) não admissão do interessado como assistente do MP (RT 481/299); e) concessão, em matéria processual penal, de seqüestro de bens (RT 424/318)".

A competência para a apreciação de mandado de segurança contra ato de juiz de direito investido de competência criminal, será dos colegiados criminais aos quais o juiz esteja vinculado (neste sentido, confira-se STJ - REsp 96.024/GO e RMS 163/SP).

Quando a impetração do mandado de segurança é feita pelo Ministério Público, não se pode olvidar que a intimação do réu é indispensável, como bem salienta a Súmula 701 do STF, que assim preceitua:

“NO MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM PROCESSO PENAL, É OBRIGATÓRIA A CITAÇÃO DO RÉU COMO LITISCONSORTE PASSIVO.”

## 11. Da reclamação constitucional

Já previa o art. 102, inciso I, letra “1” da Constituição a possibilidade do manejo da ação de reclamação constitucional para preservar a competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, houve o reforço expresso dessa ação constitucional, abrangendo tanto os atos judiciais quanto os

atos administrativos, chamada de súmula vinculante.

Trata-se de uma defesa heterotópica muito pouco utilizada, embora seja de grande eficácia. Não se trata de recurso, mas de ação endereçada ao Excelso Pretório, conforme preceitua o § 3º do art. 103-A da Carta Magna, que assim estabelece, *litteris*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º OMISSIS

§ 2º OMISSIS.

**§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”** (Grifos do autor)

Conforme expressado no texto, a reclamação constitucional caberá não só de ato judicial, como também de ato administrativo que violarem preceito estatuído em súmula do Excelso Pretório, de forma que a súmula vinculante não se trata de tema novo, pois a Constituição já trazia a previsão da reclamação como remédio hábil à preservação da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, no art. 102, inciso I, letra “I”.

## 12. Conclusão

As defesas heterotópicas, como visto, tratam-se de eficiente meio de impugnação autônoma das decisões judiciais, sendo não poucas vezes mal entendidas e mal aplicadas pelos exegetas, que pouco se aprofundam no seu estudo.

As variantes possíveis são muitas e as inovações que vêm se verificando, com a constante reavaliação das posições clássicas, tanto na

doutrina quanto na jurisprudência, requerem do profissional do Direito um constante aprimoramento de seus conhecimentos.

Além das modalidades apresentadas, encontram-se na doutrina várias outras, como as explicitadas por Sandro Gilbert Martins (ação declaratória de falsidade do título executivo, ação liberatória, ação de consignação em pagamento, ação de prestação de contas, ações revisionais de alimentos etc.), o que demonstra ser o tema ambiente fértil e pouco explorado no sentido que é emprestado pelo presente estudo.

Com este trabalho, que não tem a presunção de esgotamento do tema, mas de um início do seu estudo, esperamos, de alguma forma, ter colaborado no sentido de trazer à baila uma abordagem profícua e inovadora do tema defesas heterotópicas, que poderá servir de base para um maior aprofundamento pelos aplicadores do Direito.

## Referências

BRITO, Ana Maria Duarte Amarante. Lições de Processo Civil: processo de conhecimento. Série Acadêmica. Ed. Fortium: Brasília, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Leituras Complementares de Processo Civil. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2005.

FONTOURA, Luiz Jorge Tinoco. O Mandado de Segurança e o Novo Agravo. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FREIRE, Laudelino de Oliveira. Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1957, vol. III.

JESUS, Damásio E. de. Código de Processo Penal Anotado. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MACEDO, Alexandre dos Santos. Da Querela Nullitatis: sua subsistência no direito brasileiro. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2000.

MAGRI, Soubhie Nogueira. Ação Anulatória: art. 486 do CPC. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. Coleção estudos de direito de processos Enrico Túlio Liebman. Vol. 41.



MARTINS, Sandro Gilbert. *A Defesa do Executado por meio das Ações Autônomas: defesa heterotópica*, São Paulo: RT, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Curso de Processo Penal*. Vol. 3. São Paulo: Atlas, 1998.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus: Antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação em vigor*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REMÉDIO, José Antônio. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2000.

SOUZA, Osni de. *Mandado de Segurança: doutrina e jurisprudência*. Coleção Temas Jurídicos. São Paulo: Atlas, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 19. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1997. Vol. I.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. *Anotações sobre Habeas Corpus e Ampla Defesa*. São Paulo: Edijur, 2004.



# Poluição por suinoculturas

José Maria da Silva Júnior\*

## RESUMO

A atividade suinícola quando realizada sem os devidos cuidados pode desencadear sérios problemas relacionados ao meio ambiente. O presente trabalho aborda a poluição ambiental causada por dejetos suínos e os impactos da atividade suinícola praticada sem o devido licenciamento do órgão ambiental. A atividade exige um controle mais eficiente para prevenção de seus impactos e medidas de adequação para a regularização ambiental, além de outras medidas, sobretudo por parte do Poder Público que tem o dever de proteger e defender o meio ambiente, sendo ainda necessária a atuação do Ministério Público, nos casos em que se constata a omissão dos órgãos fiscalizadores ou o desrespeito da legislação por parte dos produtores.

---

\*Promotor de Justiça titular da 25ª Promotoria de Justiça da Capital, com atuação nas áreas de meio ambiente e urbanismo. Mestre em Ciências do Ambiente pela Universidade Federal do Tocantins.

# 1. Introdução

O crescimento da população mundial tem gerado o aumento da demanda por bens de consumo, especialmente no tocante aos produtos agrícolas para alimentação, levando o setor rural a aumentar a ocupação de terras a fim de intensificar sua capacidade produtiva, fato que aliado a uma maior conscientização ambiental dos consumidores, tem demandado ações firmes por parte de empresas, organizações e governos, em busca de melhorias contínuas para as atividades agropecuárias.

A visão de sustentabilidade de inúmeros fornecedores e produtores mobilizados em atender a esse crescimento e as normas de qualidade ambiental exigidas para a certificação de produtos de origem agropecuária têm contribuído para que o modo de produção nacional de alimentos, especialmente em relação à suinocultura, seja modificado com a incorporação de mudanças que beneficiam toda a cadeia de produção e consumo.

Todavia, apesar das melhorias já incorporadas ao modo de produção de algumas atividades, o Brasil, com sua dimensão continental, ainda não utiliza adequadamente seus recursos naturais, seja devido às dificuldades de incorporação da variável ambiental na formação cultural da população, seja em virtude da falta de políticas efetivas que estimulem o desenvolvimento sustentável. Estes fatores se refletem em atividades de suinocultura desenvolvidas à revelia de adequado licenciamento e manejo ambientais.

É possível constatar que nas últimas décadas, a suinocultura nacional sofreu profundas alterações devido aos investimentos em tecnologia e

melhoramento genético, que levaram ao aumento na produtividade e redução dos custos de produção, todavia, ainda há muito a ser melhorado, especialmente porque esses ganhos nem sempre são acompanhados de soluções para os dejetos gerados, trazendo como consequência problemas relacionados principalmente à destinação inadequada dos efluentes.

A questão da poluição ambiental causada por dejetos suínos, o papel do Ministério Público na solução dos impactos da atividade de suinocultura praticada sem o devido licenciamento ambiental justificam o presente trabalho, visto que a atividade exige uma fiscalização mais eficiente, além de outras medidas, sobretudo por parte do Poder Público, principal responsável pela defesa e proteção do meio ambiente.

## 2. A evolução da atividade suinícola no Brasil

A ABCS – Associação Brasileira dos Criadores de Suínos (2011), resumindo a história da atividade suinícola assenta que:

Os suínos (*Sus domesticus*) apareceram na terra há mais de 40 milhões de anos. Sua domesticação, antes creditada aos chineses, remonta há mais de 10.000 anos atrás, em aldeias do leste da Turquia, conforme recente pesquisa do arqueólogo americano M. Rosemberg, que descobriu que os primeiros homens de aldeias fixas, tinham como principal fonte de alimento os suínos, e não cereais como a cevada e o trigo. A espécie evoluiu a partir do javali selvagem, embora haja controvérsia quanto à espécie exata: há quem acredite que descendem do *Sus scrofa*, javali que habitava grandes regiões da Europa, e também quem acredite que sua origem é o *Sus vittatus*, que vivia em grandes quantidades na Ásia e na bacia do Mar Mediterrâneo. Os suínos chegaram ao continente americano na segunda viagem de Colombo, que os trouxe em 1494 e soltou-os na selva. Em 1499, já eram numerosíssimos e prejudicavam muito as plantações em todo o continente. Os descendentes desses porcos chegaram a povoar grande parte da América do Norte. Também chegaram até o Equador, Peru, Colômbia e Venezuela. Foram introduzidos no Brasil por Martim Afonso de Souza em 1532. No início, os porcos brasileiros eram provenientes de cruzamentos entre as raças portuguesas, e não havia preocupação alguma com a seleção de matrizes. Com o tempo, criadores brasileiros passaram a desenvolver raças próprias.(ABCS, 2011)'

A criação de suínos é uma atividade potencialmente causadora de danos ambientais, especialmente em virtude da poluição provocada pela grande quantidade de resíduos sólidos originados pela atividade, muitas vezes realizada com a instalação de criadouros sem o devido licenciamento do órgão ambiental. Segundo OLIVEIRA (2006, p. 9):

O Brasil é o único país da América Latina incluído na lista dos 10 maiores produtores mundiais de carne suína, sendo responsável por 7,5% das exportações mundiais. (...) A Suinocultura é uma atividade importante do ponto de vista econômico e social, uma vez que se constitui em ferramenta de fixação do homem no campo e meio de geração de empregos diretos e indiretos em toda a cadeia produtiva.

No decorrer da década de 1980, com a articulação industrial caracterizada pela intensificação no processo de integração, é possível constatar um aumento na produção das próprias agroindústrias, com um posterior aumento na escala de produção. A partir desse período, a produção nacional de carne suína passou a apresentar índices consideráveis de crescimento e nos últimos 23 anos, atingiu um crescimento próximo a 4,5% ao ano. Segundo PERTILLE (2001), a evolução do rebanho e o número de abates, bem como a de produção de suínos no Brasil, entre os anos de 1980 e 2004, podem ser expostos conforme a tabela 1.

**TABELA 1: EVOLUÇÃO DO REBANHO, ABATE E PRODUÇÃO DE SUÍNOS NO BRASIL (1980- 2004 )**

Discriminação	1980	1990	2000	2001	2002	2003	2004
Rebanho*	32,50	30,00	37,30	37,50	38,00	38,00	33,15
Abate	17,70	16,00	32,30	34,90	37,60	35,60	28,18
Consumo per capita (kg)	1.150	1.040	2.556	2.720	2.872	2.791	2.750
Prod. carne	1.150	1.040	2.556	2.720	2.872	2.791	2.750
Importação **	1,00	2,00	5,00	2,00	1,00	1,00	1,00
Exportação **	0,20	13,10	127,90	265,20	475,90	491,50	507,70
População	119,00	146,00	169,80	172,00	174,20	176,00	181,60

\*Milhões de cabeças    \*\* Mil toneladas    Fonte: ABCS, 2005.

¹ABCS – Associação Brasileira dos Criadores de Suínos – História dos suínos. Disponível em: <<http://www.abcs.org.br/producao/genetica/175-historia-dos-suinos>> Acesso em 07.02.2011.

Observa-se que o setor vem crescendo ao longo dos anos, incorporando melhorias que geraram considerável aumento na produtividade, tanto por animal, quanto por área utilizada, todavia, esse aumento também trouxe um crescimento na quantidade de dejetos produzidos em pequenas extensões de terras, gerando, simultaneamente, problemas com a destinação final dos efluentes, poluição pelos dejetos, mau cheiro e contaminações variadas. Segundo dados da EMBRAPA (2011):

Até a década de 1970, os dejetos de suínos não eram considerados um fator preocupante, pois a concentração de animais era pequena e os solos das propriedades tinham capacidade para absorvê-los. Com o aumento da produtividade e o crescimento das áreas urbanas próximas aos locais de criação dos suínos, este quadro mudou. A preocupação com a poluição do ambiente e, de maneira especial, com os recursos hídricos, tornou a destinação de dejetos de suínos uma ameaça à sobrevivência e expansão da atividade suinícola, tendo em vista que o aumento da produção não veio acompanhado de medidas no sentido de minimizar os prejuízos causados ao meio ambiente.

Como é possível constatar, o crescimento da suinocultura é proporcional ao crescimento dos dejetos, os principais resíduos resultantes dessa atividade, caracterizados por serem poluidores de grande magnitude, especialmente quando se trata da criação de animais confinados, prática muito utilizada nesse tipo de produção, fato que agrava ainda mais as consequências ambientais de sua instalação não licenciada.

Ainda que seja observada uma redução no número de produtores nas últimas décadas, verifica-se que ocorreu um aumento nos rebanhos, no movimento econômico gerado pela atividade e no nível tecnológico das criações. A soma desses fatores reflete uma alteração no perfil de toda a cadeia suinícola, que passou da subsistência ou pequena escala para uma atividade desenvolvida em nível empresarial, com agroindústrias e famílias desenvolvendo suas atividades como agentes do empreendimento.

Um dos desafios a ser suplantado pela suinocultura, atividade de grande potencial poluidor, é a implementação das exigências para sua sustentabilidade ambiental, que tem levado alguns pesquisadores e produtores a tentar minimizar os impactos causados pela elevada quantidade dos dejetos produzidos, utilizando-os como fertilizantes agrícolas, solução que pode gerar problemas de contaminação de mananciais e cursos

d'água com os micro-organismos e os minerais que acabam se acumulando no solo e, posteriormente, devido ao vazamento de lagos de represamento ou depuração e à lixiviação, contaminam as águas correntes e lençóis freáticos, aumentando a degradação ambiental e riscos à saúde humana pela propagação de moléstias de veiculação hídrica, contaminação e proliferação diretamente relacionadas às condições de saneamento básico.

Outro desafio é a recuperação dos locais onde essas criações se instalam, muitas vezes, Áreas de Preservação Permanente (APP), principalmente de mata ciliar e entorno de nascentes. No que se refere à contaminação hídrica por dejetos suínos, LINDNER (1999, p. 37) destaca que:

Diagnósticos recentes têm demonstrado um alto nível de contaminação dos rios e lençóis de água superficiais que abastecem tanto o meio rural como o urbano. A capacidade poluente dos dejetos suínos, em termos comparativos, é muito superior à de outras espécies. Utilizando-se do conceito de equivalente populacional um suíno, em média, equivale a 3,5 pessoas.

### 3. A legislação ambiental aplicável à suinocultura

O meio ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido à condição de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, que também impôs ao Poder Público de todas as esferas e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações através do artigo 225 da Constituição Federal, que assim disciplina o assunto:

**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.

É a Constituição Federal que estabelece a competência para legislar sobre matéria relacionada ao meio ambiente, mas, observando a legislação federal e estadual, verifica-se que os Municípios, embasados em sua competência suplementar, também estão aptos a editar normas que atendam à realidade local ou, até mesmo, preencham lacunas das legislações



federal e estadual. Portanto, face a essa competência concorrente com Estados e União, o Município tem legitimidade para legislar sobre matéria ambiental, e assim, praticar as atividades ambientais de prevenção e recuperação no âmbito de seu território.

A Constituição de 1988 ainda se refere à proteção ao meio ambiente em diversos outros artigos, dentre os quais se destacam os seguintes: art. 5º, LXXIII; art. 20, II; art. 23, I, III, IV, VI, VII, IX e XI; art. 24, VI, VII e VIII; art. 91, § 1º, III; art. 129, III; art. 170, VI; art. 173, § 5º; art. 174, §3º; art. 186, II; art. 200, VIII; art. 216, V; art. 220, §3º, II e art. 231, §1º.

Considerando que o meio ambiente saudável é um direito constitucional e que ao Poder Público foi atribuído o dever de preservá-lo e defendê-lo, resta indubitosa a importância da atuação dos órgãos locais para a garantia desse direito.

Quanto ao atendimento das determinações estabelecidas pela legislação ambiental aos proprietários rurais que desenvolvem a atividade de suinocultura, cabe destacar que o artigo 186, inciso II, estabeleceu como requisito do cumprimento da função social da propriedade “a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”, sendo indispensável o licenciamento ambiental para a criação de suínos devido o potencial poluidor da atividade.

A Lei Federal nº 6.938/1981, Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, estabeleceu como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, o licenciamento e a revisão de atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, determinando que a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como aqueles capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

A Resolução CONAMA nº 237/1997, em seu artigo 1º, inciso I, define juridicamente o licenciamento ambiental, como:

I – (...) procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a opera-

ção 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”.

No procedimento administrativo de licenciamento da suinocultura, o órgão ambiental competente pode averiguar, a partir da provocação do interessado, a legalidade e as condições técnicas das obras ou atividades relacionadas à criação de suínos, de modo a expedir a licença quando preenchidos os requisitos legais, ou negá-la, quando estes não forem atendidos.

A competência para o licenciamento ambiental de atividades potencialmente poluidoras, como a suinocultura, pode ser delegada aos Municípios, quando a estrutura da administração ambiental estiver devidamente implementada no âmbito local.

A Resolução CONAMA nº 237/1997 elenca as etapas do procedimento de licenciamento ambiental, sendo que no primeiro momento, o órgão ambiental define os documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, necessários ao início do processo de licenciamento, segundo a licença a ser requerida, para após, requerer a licença ambiental, com a publicação do pedido de licença às dispensas do empreendedor, de acordo com a Resolução CONAMA nº 006/1986.

Em outra etapa, o órgão ambiental avalia os documentos, projetos e estudos, e caso seja necessário, realiza vistorias técnicas, para somente então, emitir o parecer técnico conclusivo, motivando as razões para sua decisão, juntando parecer jurídico, quando for necessário. Finalmente, dá-se a publicidade, após a decisão que indeferir ou deferir o pedido de licença.

Ao órgão ambiental competente caberá estabelecer os prazos de validade de cada tipo de licença, sendo considerados os seguintes aspectos:

1. Licença Prévia (LP) – o prazo de validade deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de elaboração dos planos, programas e projetos relativos ao empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 5 (cinco) anos;
2. Licença de Instalação (LI) – o prazo deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de instalação do empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 6 (seis) anos;

3. Licença de Operação (LO) – o prazo deverá considerar os planos de controle ambiental e será de, no mínimo, 4 (quatro) anos e, no máximo, 10 (dez) anos.

Ressalte-se que a Licença Prévia e a Licença de Instalação poderão ter seus prazos de validade prorrogados, desde que não ultrapassem os prazos máximos previamente estabelecidos. Os órgãos ambientais poderão estabelecer prazos de validade específicos para a Licença de Operação dos empreendimentos ou atividades que, por sua natureza e peculiaridades, estejam sujeitos ao encerramento ou modificação em prazos inferiores.

Em se tratando de renovação da licença de operação, cabe ainda esclarecer que deve o empreendedor requerê-la com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração de seu prazo de validade, fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente, sendo que o desrespeito a este prazo torna o empreendedor imediatamente irregular, ficando sujeito às sanções administrativas e penais cabíveis, de acordo com a legislação ambiental vigente.

Cumpra ainda ressaltar que em algumas localidades, a fiscalização somente ocorre após o criadouro ser denunciado por vizinhos, geralmente incomodados pelo mau cheiro provocado pela disposição inadequada dos dejetos ou, ainda, quando o órgão fiscalizador é procurado pelo produtor regularizado, no momento de renovar a licença ambiental de operação (LO), que ocorre, no mínimo, a cada quatro anos.

Em relação à parte penal, o artigo 38 da Lei Federal nº 9605/98 tipifica como crime a utilização de área de preservação permanente com infringência às normas de proteção, nos seguintes termos:

**Art. 38.** Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou **utilizá-la com infringência das normas de proteção:**

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

A inexistência de licenciamento ambiental também pode acarretar aos criadores a imputação prevista no artigo 60 da Lei de Crimes Ambientais, da Lei Federal nº 9.605/98, que assim estabelece:

**Art. 60.** Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regularmente pertinentes:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Todavia, em muitas situações, a simples aplicação da legislação de crimes ambientais nos casos dos produtores suínolas pode gerar conflitos sociais e econômicos para os Municípios, visto que muitos produtores não possuem estrutura para a adequação de sua produção em um curto prazo de tempo. Tal fato acaba por caracterizar uma ambiguidade, na medida em que, se por um lado é exigida uma ação efetiva contra as fontes de poluição, por outro, se observa que nos casos em que a legislação é rigorosamente aplicada, grande parte dos produtores teriam que paralisar suas atividades, fato que acaba por contribuir para a complacência do Poder Público.

Também contribui para agravar ainda mais a situação o fato de muitas criações estarem dentro e nas proximidades de Áreas de Preservação Permanente (APP) com interferências diretas ou indiretas prejudiciais à função ambiental destas áreas.

Nesse sentido, talvez caberiam esforços dos órgãos fiscalizadores no sentido de buscar a associação do ordenamento da atividade à sua gestão ambiental, visto que para a concessão do licenciamento, são realizadas análises dos processos tecnológicos inseridos nesse tipo de atividade, os parâmetros ambientais e sanitários exigidos para a criação e comercialização de suínos, os aspectos socioeconômicos de cada produtor e/ou propriedade, cabendo também a avaliação do local onde a atividade está sendo desenvolvida, bem como a fixação de medidas de controles sanitário e ambiental.

Outra solução passível de ser adotada nesses casos é a união das ações dos órgãos fiscalizadores com o Ministério Público Estadual, através da elaboração de Termos de Ajustamento de Condutas – TAC com os poluidores, sendo esta uma forma justa e mais rápida para encontrar o equilíbrio socioeconômico e ambiental para os problemas decorrentes de criações não legalizadas.

A minimização dos problemas ambientais resultantes da suinocultura

também passa pela exigência de que os produtores averbem a área de reserva florestal em suas propriedades. O artigo 1º, § 2º do Código Florestal, Lei Federal nº 4.771/1965, define esta área protegida como:

[...] área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e flora nativas; [...]

Em muitos casos, verifica-se que esta medida somente passa a ser adotada quando ocorre a imposição estatal, o que se dá quando é solicitado o licenciamento ambiental junto ao órgão ambiental competente.

O discurso corrente de muitos proprietários é de que a suinocultura não comporta os custos para atender aos padrões estabelecidos pela legislação ambiental, pois os gastos com o tratamento e o transporte dos dejetos são muito elevados, dependendo da situação econômica do produtor e das características geográficas de cada propriedade, fator de grande influência no manejo dos dejetos. Alegam ainda que o processo de licenciamento da produção de suínos seria demorado e oneroso, com a exigência de várias licenças (prévia, de instalação e de operação), cujos valores variam de acordo com o número de animais e o sistema de criação adotado.

Estas assertivas são equivocadas, fruto de uma mentalidade ultrapassada de produtores habituados a contar com benesses paternalistas de gestores despreparados ou mal intencionados, pouco afeitos ao cumprimento das regras que norteiam a Administração Pública e aos princípios de um desenvolvimento verdadeiramente sustentável.

Esta atitude está no cerne da maioria dos conflitos entre produção e proteção do meio ambiente afetado pelas atividades econômicas. O fato é que qualquer relação entre produção, administração e proteção ambiental que não garanta a prevenção e a correção dos danos decorrentes da atividade, envolva a omissão ou conivência da administração ambiental e que exija medidas mitigadoras sem critérios técnicos claros e adequados somente potencializará embates desarrazoados, em prejuízo de todos.

Não há como ser sustentável um sistema que potencialize a rentabilidade de alguns setores da economia, inexigindo medidas de proteção ao meio ambiente que, ignoradas, socializam para a coletividade os custos

da degradação ambiental gerada pela atividade.

As soluções para o equilíbrio ideal perpassam, na realidade, por discussões e regulações que adequem as exigências de proteção à escala da atividade, facilitem e incentivem a implementação das medidas de prevenção e correção dos danos inerentes, e ao mesmo tempo garanta o monitoramento do seu cumprimento pelos responsáveis.

A fiscalização desse tipo de atividade potencialmente causadora de danos ambientais cabe ainda a vários órgãos, muitas vezes, omissos em seu papel fiscalizatório, o que em muito contribui para a proliferação das criações clandestinas ou realizadas sem o necessário licenciamento dos órgãos ambientais e/ou controle dos órgãos de defesa agropecuária.

## **4. A atuação do Ministério Público na prevenção e recuperação ambiental das áreas afetadas pela suinocultura**

A Constituição Federal determinou que a função de zelar pela ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis ficaria sob a guarda do Ministério Público, que passou a ser fiscal da lei, defensor dos interesses sociais, devendo agir com zelo para a concretização da ordem social, da cidadania e da dignidade da pessoa humana, fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Assim, coube ao Ministério Público assumir um novo papel, deixando de agir apenas como fiscal da lei para converter-se em guardião da nova ordem jurídica fundamentada pela vontade soberana do povo e face a essa nova caracterização, por destinação constitucional, o órgão ministerial assume o papel de defensor do povo.

Nesse sentido, é institucionalmente determinado ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal de 1988, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, bem como promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, baseado no que foi estabelecido pelos incisos II e III do artigo 129 da Constituição Federal.

No caso das atividades suinícolas, há que se reconhecer a existência de lesões diversificadas que atingem a saúde pública, a economia públi-

ca, o meio ambiente e o urbanismo municipal, tendo em vista que o funcionamento de quaisquer atividades potencialmente poluidoras sem o devido processo ambiental junto aos órgãos competentes representa ofensa à legalidade e evidencia a legitimidade da atuação ministerial.

A solução do problema não pode centrar-se na supressão da atividade, visto que muitos produtores a exercem como meio de subsistência. Todavia, a regularização deve ser realizada em rigoroso atendimento às normas ambientais, a fim de que sejam evitados os danos, principalmente, ao meio ambiente. Em relação aos problemas de ordem ambiental, há que se considerar que a solução não deve ser intentada apenas pela inclusão de melhorias tecnológicas, cabendo ainda a reorganização de todo o modelo produtivo, tanto para o atendimento da demanda interna, quanto da demanda externa e, ainda, pela utilização de projetos de edificações voltados ao atendimento das questões ambientais.

A valorização dos dejetos como adubo orgânico e também como matéria-prima para a produção de biocombustíveis gerados pelo adequado processamento da biomassa, também mostra-se como possibilidade de mitigação dos impactos gerados pela atividade, tanto em relação à produção interna, quanto à externa.

Uma das formas do Ministério Público agir em casos que envolvem a atividade suinícola é a formalização do Termo de Ajuste de Conduta (TAC), assim definido pelo artigo 24 da Resolução CSMP TO nº 003/2008:

**Art. 24.** O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta nos casos previstos em lei, co o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 2º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta, às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

Para Costa Júnior e Milaré (2002, p. 271), o Termo de Ajuste de Conduta “obriga que o empreendedor promova as necessárias correções e regularizações no exercício de suas atividades e na operação dos equipamentos utilizados em seu processo produtivo”.

O Termo centra suas bases no artigo 5º, § 6º, da Lei Federal nº 7347/81, Lei de Ação Civil Pública e no artigo 79-A, da Lei Federal nº 9605/

98, Lei de Crimes Ambientais, que assim estabelecem:

**Art. 5º.** Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

**§ 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. [Grifos]

**Art. 79-A.** Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores. [Grifos]

Os Termos ainda contribuem para descongestionar o Poder Judiciário, além de se constituírem em instrumentos eficazes para a preservação e recuperação do meio ambiente, visto que seu maior objetivo é patrocinar a adaptação às exigências legais de todos aqueles que se utilizam dos recursos naturais em seus processos produtivos.

Atuando extrajudicialmente, mas contando com a intervenção ministerial, visto que seu objeto versa sobre um direito fundamental, em muitas ocasiões, os termos de ajuste conseguem alcançar seus objetivos finais com maior celeridade do que se fosse movido o processo judicial para tratar sobre o feito, exigindo para sua homologação os requisitos a seguir relacionados, conforme as palavras de MILARÉ *apud* FIORILLO (2009, p. 479):

- a) necessidade da integral reparação do dano, em razão da natureza indisponível do direito violado;
- b) indispensabilidade de cabal esclarecimento dos fatos, de modo a ser possível a identificação das obrigações a serem estipuladas, já que desfrutará de eficácia de título executivo extrajudicial;
- c) obrigatoriedade de cominações para a hipótese de inadimplemento;
- d) anuência do Ministério Público quando não seja o autor.



A Lei Federal nº 6938/1981, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, possibilitou a introdução da responsabilização objetiva no direito ambiental pátrio para fins de apuração do dano ambiental, disciplinando essa responsabilização no artigo 14, § 1º, *in fine*:

**Art. 14.** Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]

§ 1º. 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. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Segundo citado artigo, o poluidor fica obrigado a reparar a agressão praticada e, ainda, a indenizar terceiros pelos danos causados, independentemente de culpa.

Verifica-se que o licenciamento ambiental é um instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente, estando disciplinado pelo artigo 9º, inciso IV da Lei Federal nº 6.938/1981, sendo um imperativo legal do artigo 10 desse mesmo diploma que estabelece:

**Art. 10.** A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

Nesse sentido, a licença ambiental é ato de polícia administrativa utilizado pela administração pública no controle das atividades efetiva e potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos ambientais, uma das razões pelas quais a omissão do interessado em promover o prévio licenciamento ambiental de sua atividade poluidora constitui infração e

penal, além de configurar ilícito civil.

Como já visto, o artigo 225 da Constituição de 1988, erigiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado à condição de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo também ao Poder Público de todas as esferas e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, sendo que dentre as incumbências atribuídas ao Poder Público para o cumprimento do desiderato constitucional de assegurar a efetividade da proteção e defesa do meio ambiente, foram incluídas a definição de espaços territoriais e respectivos componentes a serem especialmente protegidos, com a vedação de utilização que possa comprometer a integridade dos seus atributos, estando as áreas de preservação permanente dentre estes espaços, conforme se verifica no artigo 225, § 1º, inciso III, como segue:

**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:

[...]

**III** – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Cabe destacar que a definição legal de área preservação permanente, dada em sintonia com o artigo 225, § 1º, III da Constituição, foi expressamente incluída no texto do Código Florestal, Lei Federal nº 4771/1965, pela Medida Provisória nº. 2.166-67, de 2001, no artigo 1º, parágrafo 2º, inciso II, conforme segue:

**Art. 1º.** As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

**§ 2º** – Para os efeitos deste Código, entende-se por:

[...]

**II - Área de preservação permanente:** área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

As razões da proteção dada às áreas de preservação permanentes são justamente a sua inestimável função ambiental, tendo sido estas criadas pelo Código Florestal de 1965, e desde então, segundo a alínea “a”, item 1 do artigo 2º, da Lei Federal nº 4771/1965, são assim consideradas:

**Art. 2º.** Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:  
**a)** ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja:  
**1 -** de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura.

Destaca-se que as normas de proteção relacionadas ao uso das áreas de preservação permanente são estabelecidas pelo próprio Código Florestal e pela Resolução CONAMA 369/2006, que dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente - APP.

Cabe ressaltar que o Código Florestal, em seu artigo 3º, parágrafo § 1º, já possibilitava excepcionalmente, intervenções em áreas de preservação permanente, mediante prévia autorização da autoridade ambiental competente, em sua redação original, o Poder Público Federal, como segue:

**Art. 3º.** Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:  
**§ 1º –** A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanentes só será admitida com prévia autorização do Poder Público Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

Todavia, o artigo 10 da Lei Federal nº 6.938/81 transferiu a administrativa competência para o licenciamento de atividades

potencialmente degradadoras ao órgão estadual de meio ambiente, passando a atuar o Poder Público Federal, via do IBAMA, apenas supletivamente, conforme se verifica:

**Art. 10.** A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

Ainda com a redação introduzida pela MP nº. 2.166-67/01 no Código Florestal, o artigo 4º passou assim tratar a questão:

**Art. 4º.** A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

Outra exceção trazida pela Lei Florestal em seu artigo 4º, § 3º, foi a possibilidade de autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, conforme se verifica:

**Art. 4º.** ...

**§ 3º** – O órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente.

As definições “utilidade pública” e “interesse social” foram dadas pelo Código Florestal, alterado pela referida Medida Provisória, em seu artigo 1º, parágrafo 2º, incisos IV e V, nos moldes seguintes:

**Art. 1º.** ....

[...]

**§ 2º** – Para os efeitos deste Código, entende-se por:

[...]

**IV – Utilidade pública:**

- a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária;
- b) as obras essenciais de infraestrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia; e
- c) demais obras, planos, atividades ou projetos previstos em resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA;

**V – Interesse social:**

- a) as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como: prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, conforme resolução do CONAMA;
- b) as atividades de manejo agroflorestal sustentável praticadas na pequena propriedade ou posse rural familiar, que não descaracterizem a cobertura vegetal e não prejudiquem a função ambiental da área; e
- c) demais obras, planos, atividades ou projetos definidos em resolução do CONAMA.

Ainda sobre essa questão, foi editada a Resolução CONAMA n° 369/2006, em atendimento às disposições legais, dispendo sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente – APP.

Esta Resolução, exercendo sua competência regulamentadora, também disciplina o tema, prevendo em seu artigo 2° o seguinte:

**Art. 2°.** O órgão ambiental competente somente poderá autorizar a intervenção ou supressão de vegetação em APP, devidamente caracterizada e motivada mediante procedimento administrativo autônomo e prévio, e atendidos os requisitos previstos nesta resolução e noutras normas federais, estaduais e municipais aplicáveis, bem como no Plano Diretor, Zoneamento Ecológico-Econômico e Plano de Manejo das Unidades de Conservação, se existentes, nos seguintes casos:

**I - utilidade pública:**

- a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária;
- b) as obras essenciais de infraestrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia;
- c) as atividades de pesquisa e extração de substâncias minerais, outorgadas pela autoridade competente, exceto areia, argila, saibro e cascalho;

- d) a implantação de área verde pública em área urbana;
- e) pesquisa arqueológica;
- f) obras públicas para implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados; e
- g) implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados para projetos privados de aquicultura, obedecidos os critérios e requisitos previstos nos parágrafos 1º e 2º do artigo 11, desta Resolução;

**II - interesse social:**

- a) as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, de acordo com o estabelecido pelo órgão ambiental competente;
- b) o manejo agroflorestal, ambientalmente sustentável, praticado na pequena propriedade ou posse rural familiar, que não descaracterize a cobertura vegetal nativa, ou impeça sua recuperação, e não prejudique a função ecológica da área;
- c) a regularização fundiária sustentável de área urbana;
- d) as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente;

**III - intervenção ou supressão de vegetação eventual e de baixo impacto ambiental, observados os parâmetros desta Resolução.**

As atividades de baixo impacto ambiental possíveis nas áreas de preservação permanente, excepcionadas pela disposição do artigo 4º, parágrafo 3º do Código Florestal (Lei Federal nº 4.711/65) também foram regulamentadas pela Resolução CONAMA nº. 369/06, nos seguintes termos:

**I - abertura de pequenas vias de acesso interno e suas pontes e pontilhões, quando necessárias à travessia de um curso de água, ou à retirada de produtos oriundos das atividades de manejo agroflorestal sustentável praticado na pequena propriedade ou posse rural familiar;**

**II - implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e efluentes tratados, desde que comprovada a outorga do direito de uso da água, quando couber;**

**III - implantação de corredor de acesso de pessoas e animais para obtenção de água;**

**IV - implantação de trilhas para desenvolvimento de ecoturismo;**

**V - construção de rampa de lançamento de barcos e pequeno ancoradouro;**

VI - construção de moradia de agricultores familiares, remanescentes de comunidades quilombolas e outras populações extrativistas e tradicionais em áreas rurais da região amazônica ou do Pantanal, onde o abastecimento de água se dê pelo esforço próprio dos moradores;

VII - construção e manutenção de cercas de divisa de propriedades;

VIII - pesquisa científica, desde que não interfira com as condições ecológicas da área, nem enseje qualquer tipo de exploração econômica direta, respeitados outros requisitos previstos na legislação aplicável;

IX - coleta de produtos não madeireiros para fins de subsistência e produção de mudas, como sementes, castanhas e frutos, desde que eventual e respeitada a legislação específica a respeito do acesso a recursos genéticos;

X - plantio de espécies nativas produtoras de frutos, sementes, castanhas e outros produtos vegetais em áreas alteradas, plantados junto ou de modo misto;

XI - outras ações ou atividades similares, reconhecidas como eventual e de baixo impacto ambiental pelo conselho estadual de meio ambiente. (Grifos)

Em todo o caso, a Resolução CONAMA nº 369/06 também prevê em seu artigo 11, § 1º, que as intervenções de baixo impacto eventualmente autorizadas não poderão comprometer as funções ambientais destes espaços, em especial:

**Art. 11.** Considera-se intervenção ou supressão de vegetação, eventual e de baixo impacto ambiental, em APP:

**I -** a estabilidade das encostas e margens dos corpos de água;

**II -** os corredores de fauna;

**III -** a drenagem e os cursos de águas intermitentes;

**IV -** a manutenção da biota;

**V -** a regeneração e a manutenção da vegetação nativa; e

**VI -** a qualidade das águas.

Referida Resolução ainda prevê, em seu artigo 3º, que:

**Art. 3º.** A intervenção ou supressão de vegetação em APP somente poderá ser autorizada quando o requerente, entre outras exigências, comprovar:

**I -** a inexistência de alternativa técnica e locacional às obras, planos,

- atividades ou projetos propostos;
- II** - atendimento às condições e padrões aplicáveis aos corpos de água;
- III** - averbação da Área de Reserva Legal; e
- IV** - a inexistência de risco de agravamento de processos como enchentes, erosão ou movimentos acidentais de massa rochosa.

Como se constata, são bem delineados os casos em que a legislação possibilita a intervenção em áreas de preservação permanente, o que se afigura adequado em face do interesse ambiental destas áreas para a coletividade, em cumprimento à proteção preconizada pela Carta Constitucional de 1988, estando as atividades suinícolas fora das excepcionalidades legais em que se tornam possíveis estas intervenções.

O que se observa nas propriedades em que são desenvolvidas as atividades de suinocultura é que a intervenção ou utilização da área de preservação permanente com infringência das normas de proteção, na maioria das vezes, se configura com o lançamento dos dejetos gerados pela atividade suinícola não licenciada, em desacordo com as normas ambientais, gerando prejuízos a toda a coletividade e principalmente, ao meio ambiente.

A poluição de qualquer natureza, provocada pelo lançamento de detritos em desacordo com as exigências legais, é tipificada pelo artigo 54 da Lei 9.605/1998, com a qualificadora do inciso V, prevendo o tipo penal:

**Art. 54.** 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 - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

[...]

**§ 2º** - Se o crime:

[...]

**V** - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

A definição legal de poluição é fixada pela Lei Federal nº 6.938/1981, que constitui, de acordo com o seu artigo 3º, inciso III:

**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 energias em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

No âmbito penal, a conduta típica acima mencionada é a de causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que possam causar ou causem danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou destruição significativa da flora, exatamente o que se verifica nos casos da suinocultura praticada sem o adequado licenciamento ambiental.

Para o Magistrado Nei de Barros Belo Filho:

Incrimina-se a conduta de causar, que significa gerar, produzir, dar ensejo, fazer acontecer instituto que se denomina poluição. Quaisquer instrumentos aptos a causar o efeito podem ser utilizados, não se preocupando a norma com a forma pela qual a poluição é causada. (FILHO, 2001, p. 280).

Na lição de Vladimir e Gilberto Passos de Freitas (2000, p. 170):

O crime de poluição se consuma tão logo surja a situação de perigo. Na primeira parte do tipo, a consumação independe de qualquer resultado da ação do agente. É crime de perigo abstrato. Na segunda parte do tipo, ou seja, danos à saúde humana, mortandade de animais ou destruição significativa da flora, o crime é de dano<sup>1</sup>.

A implantação e o funcionamento de atividade de suinocultura sem licenciamento ambiental é inegavelmente poluidora, estando sua conduta delituosa abarcada pelo Direito Criminal, que visa tutelar subsidiariamente os bens jurídicos dotados de dignidade penal.

Na ordem constitucional brasileira foi expressamente reconhecida a importância dos espaços territoriais especialmente protegidos, dentre os quais as áreas de preservação permanente, em face da relevância dos seus atributos e funções ambientais, razão pela qual foram considerados

dignos da tutela penal materializada nos dispositivos da Lei Federal nº 9.605/1998.

Quando o caso concreto de poluição decorrente de atividade suinícola praticada sem o licenciamento do órgão ambiental competente fica mais que suficientemente demonstrado ao longo da instrução criminal, tanto pela prova pericial, quanto pelos depoimentos testemunhais, como também pelos demais documentos juntados nos autos e pelo interrogatório do réu, resta comprovado de modo indubitável a autoria dos fatos, o que enseja a atuação ministerial culminada com o oferecimento de denúncia, cabendo ainda, a proposição de um termo de ajustamento de conduta ao infrator, para que possa desse modo, arcar com as responsabilidades de suas ações no âmbito cível, já que a responsabilização administrativa caberá aos órgãos ambientais.

Sobre o tema, o o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento de casos análogos ao presente, já se pronunciou decidindo conforme segue:

**APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME AMBIENTAL - ARTS. 54, § 2.º, V, E 60, CAPUT, AMBOS DA LEI N. 9.605/98 - POLUIÇÃO DA ÁGUA E SOLO EM RAZÃO DE VAZAMENTO E MAU ACONDICIONAMENTO DE EFLUENTES SUÍNOS - PLEITO VISANDO A ABSOLVIÇÃO PELA AUSÊNCIA DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - CONJUNTO PROBATÓRIO COMPROVANDO O DANO AMBIENTAL. (Classe: **Apelação Criminal**, Processo: 2008.031627-5, Relator: Marli Mosimann Vargas, Data: 2009-07-20).**

**CRIMES AMBIENTAIS. ARTS. 54, PAR.2º, INC. V E 60, CAPUT, AMBOS DA LEI 9.605/98. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO EMBASADO NA AUSÊNCIA DE PROVA APTA A AUTORIZAR O DECRETO CONDENATÓRIO. TESE RECHAÇADA. AGENTE QUE MANTINHA, SEM A DEVIDA LICENÇA AMBIENTAL, CRIADOURO DE SUÍNOS LOCALIZADO NAS PROXIMIDADES DE UMA NASCENTE D'ÁGUA E CUJOS DEJETOS ERAM DEPOSITADOS DIRETAMENTE NO SOLO. DELITOS DE MERA CONDUTA QUE INDEPENDEM DE RESULTADO. MATERIALIDADE E AUTORIA PERFEITAMENTE DELINEADAS PELAS PROVAS DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL, ESPECIALMENTE A CONFISSÃO DO APELANTE. ALEGAÇÃO DE SE TRATAR DE PRÁTICA ANTIGA**

**NA REGIÃO QUE NÃO OBSTA A CONFIGURAÇÃO DO TIPO PENAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.** (Classe: Apelação Criminal, Processo: 2008.030117-1, Relator: Tulio Pinheiro, Data: 2009-05-04).

**CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE - POLUIÇÃO (ART. 54, § 2º, V, LEI N. 9.605/98)- RECURSO DEFENSIVO PRETENDENDO A ABSOLVIÇÃO - LANÇAMENTO DE EFLUENTES LÍQUIDOS, RICOS EM MICROORGANISMOS DE ORIGEM FECAL, QUE OFERECEM RISCOS DE TRANSMISSÃO DE DOENÇAS DE VEICULAÇÃO HÍDRICA, TANTO POR INGESTÃO QUANTO POR CONTATO - HIPÓTESE DE CRIME FORMAL E DE PERIGO - DESNECESSIDADE DA EFETIVA OCORRÊNCIA DO DANO À SAÚDE HUMANA, BASTANDO O RISCO POTENCIAL - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DOLO CONFIGURADO - CONDENAÇÃO MANTIDA.** (Classe: Apelação Criminal, Processo: 2006.002008-6, Relator: Torres Marques, Data: 2006-06-13).

PENAL. CRIME AMBIENTAL. CRIAÇÃO DE SUÍNOS. CAUSAR POLUIÇÃO COM LANÇAMENTO DE DEJETOS SUÍNOS EM CÓRREGO QUE PODE RESULTAR DANOS À SAÚDE HUMANA (ART. 54, CAPUT C/C ART. 15, II, 'a' AMBOS DA LEI 9.605/98). QUESTÕES PRELIMINARES AFASTADAS. MATERIALIDADE DELITIVA E AUTORIA DEMONSTRADAS. CULPABILIDADE E DOLO EVIDENCIADOS. INCABÍVEL DESCLASSIFICAÇÃO PARA POLUIÇÃO CULPOSA. APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DO ART. 15, II, 'A' DA LEI 9.605/98. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA QUANTO A PENA DE MULTA. REDUÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA DA PENA CORPORAL. AUSÊNCIA ELEMENTOS PARA MINORAR O QUANTUM. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. - A Polícia Militar Ambiental detém atribuição para fiscalizar e reprimir atividades potencialmente ofensivas ao meio ambiente e para lavrar Boletim de Ocorrência Ambiental e Relatório de Procedimento Ambiental, pois integra o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA - A materialidade está devidamente comprovada por prova documental. - Conjunto fático probatório consistente em prova testemunhal e confissão parcial do acusado que comprovam a autoria do delito. - Dolo evidenciado na medida em que um criador de suíno tem pleno conhecimento que lançar dejetos em córrego cau-

sa poluição colocando em risco a saúde humana. - Descabimento da desclassificação para o crime de poluição culposa (art. 54, § 1º da Lei 9.605/98) diante da configuração da conduta dolosa. - Incide a circunstância agravante prevista no art. 15, II, 'a' da Lei 9.605/98, pois há nexos entre o descumprimento da norma ambiental e sua atividade econômica, pois o agente percebe vantagem pecuniária ao deixar de efetuar gastos para adequar sua atividade às regras de proteção do patrimônio ambiental. - A pena de multa não pode ser majorada sem a indicação dos elementos que convenceram o julgador sobre a situação econômica do agente. - A minoração do valor fixado a título de prestação pecuniária só pode ser determinada se a parte trazer elementos que demonstrem a ausência de razoabilidade na sua fixação. Parecer da PGJ pelo conhecimento e não provimento. Recurso conhecido e improvido. (Classe: TJSC - Apelação Criminal: APR 469511 SC 2007.046951-1)

Esse tipo de atividade praticada sem qualquer licença ou fiscalização, seja ambiental, seja de natureza sanitária, incluindo as normas específicas sobre a comercialização e abate prescritas pelo Ministério da Agricultura e Ministério da Saúde, coloca em risco não apenas o meio ambiente, mas a saúde dos consumidores, afrontando diversos dispositivos legais criados com o fito de resguardar as gerações presentes e futuras.

Verifica-se, assim, que as premissas geradas nos casos em que a criação de suínos é praticada sem o devido processo de licenciamento ambiental junto ao órgão competente, levam o Ministério Público a agir quando ocorre a omissão do Município, o que se observa em diversas oportunidades em que o Promotor de Justiça toma conhecimento de criações clandestinas por meio de denúncias feitas por vizinhos incomodados com os transtornos causados pela atividade.

## 5. Conclusão

A legislação ambiental brasileira passou por uma significativa evolução, tendo em vista que foram criadas leis que resultaram em maior segurança na tutela do meio ambiente. Uma destas é a Lei Federal nº 6938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, inserindo vários instrumentos para a efetivação da defesa dos bens ambientais, como exemplo, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, necessário na instalação de atividades potencialmente degradadoras.

O reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental, trazido pela Constituição Federal de 1988, foi um grande passo na proteção e preservação do meio ambiente, já que a Lei Maior concedeu maior importância na proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

A adoção da regra de responsabilidade civil objetiva tornou mais célere a aplicação das sanções administrativas, civis e penais, necessárias à reparação dos danos ambientais, considerando as dificuldades em fazer a comprovação da culpa pelo dano. Ainda que doutrinariamente exista uma divergência em relação à responsabilidade civil ambiental, vigora a teoria do risco integral, segundo a qual o empreendedor assume os riscos por suas atividades.

Em relação à criação de suínos, um dos atuais desafios da atividade é a exigência de sustentabilidade ambiental, já que existe um consenso generalizado de que o setor suinícola deve adotar uma postura de respeito à qualidade de vida e do meio ambiente, especialmente no tocante aos recursos hídricos.

No tocante aos danos ambientais provocados pela suinocultura, verifica-se que o impacto ambiental advindo dessa atividade é resultante de uma ação que afeta o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e indistintamente assegurado a todos.

Uma das formas de atuação ministerial em casos que envolvem suinocultura é a formalização de acordos por meio de Termos de Ajustamento de Condutas, que podem incluir ações de reparação de danos materiais, imateriais, havendo ainda a possibilidade de propor a restauração natural por meio da reparação *in natura* ou por compensação ambiental, ou em última instância, sob a forma de reparação pecuniária.

Aliada à esfera da ação ministerial, a atuação dos órgãos fiscalizadores é de suma importância para detectar as propriedades que desenvolvem atividades de modo irregular, possibilitando a prevenção e repreensão da prática lesiva ao meio ambiente, também sendo importante a atuação da própria população local, que muitas vezes age como fiscal, levando informações que permitem a adequada atuação do promotor de justiça.

A atuação do Ministério Público em casos concretos ainda demonstra que existe uma fragmentação do direito ambiental, não como um conjunto de normas protetivas e repressivas, mas pela omissão do Poder Público em aplicá-las a esses casos concretos, evidenciando que falta a plena efetividade a essa legislação especial.

## Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CRIADORES DE SUÍNOS – ABCS. Dados gerais. Disponível em <<http://www.abcs.com.br>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2011.

BRASIL. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 . Institui o novo Código Florestal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4771compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4771compilado.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2011.

BRASIL. Lei nº 6938, 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/Leis/L6938.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2011.

BRASIL. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2011.

BRASIL. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm)>. Acesso em: 08 fev. 2011.

BRASIL. Resolução CONAMA nº 006/1986, de 24 de janeiro de 1986. Publicado do D.O.U., de 17/02/1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0686.html>>. Acesso em: 07 fev. 2011.

BRASIL. Resolução CONAMA nº 237/1997, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 07 fev. 2011.

BRASIL. Resolução CONAMA nº 369/2006, de 28 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res06/res36906.xml>>. Acesso em: 07 fev. 2011.

BRASIL. Resolução CSMP nº 003/2008, de 09 de setembro de 2008. Institui normas que regulamentam o inquérito civil, o procedimento preparatório, o compromisso de ajustamento de conduta, a recomendação, a audiência pública e a precatória no âmbito do Ministério Público do Estado do Tocantins. Disponível em: <<http://www.mp.to.gov.br/admsuperior/conselho/legislacao.php>>. Acesso em: 07 fev. 2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; MILARÉ, Édis. Direito penal ambiental: comentários à lei 9.605/98. Campinas: Millennium, 2002. p. 271.

EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA - EMBRAPA. Sistema Brasileiro de Classificação de Solos. Disponível em: <http://www.cnps.embrapa.br/search/novids/oqvai8/oqvai8.html>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

Gestão Ambiental de Propriedades Suinícolas: experiência do projeto suinocultura SC / PNMA II / Coord. [por] Paulo Armando Victória de Oliveira; Cinthya Mônica da Silva Zanuzzi; Darci Oliveira de Souza - Florianópolis : FATMA/Embrapa Suínos e Aves, 2006.

FILHO, Nei de Barros Belo et. al. Crimes e Infrações Administrativas Ambientais: Comentários à Lei nº 9605/98. 2ª ed., e rev., atual. Brasília: Jurídica. 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro . 10. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Vladimir de Passos. FREITAS, Gilberto Passos. Crimes Contra a Natureza: (de acordo com a Lei 9605/98), 6ª ed., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LINDNER, E.A. Diagnóstico da suinocultura e avicultura em Santa Catarina. Florianópolis: FIESC, 1999.

OLIVEIRA, Paulo Armando Victória de [coord.]. Gestão ambiental de propriedades suinícolas: experiências do projeto suinocultura SC/PNMA

II. Florianópolis: FATMA/Embrapa Suínos e Aves. 2006.

PERTILE, N. Marcas da “integração” na agricultura familiar de Quilombo, SC. 190 p. Dissertação (Mestrado em Geografia). Programa de Pós-Graduação em Geografia, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2001.

ZANUZZI, C. M. S. Avaliação do Termo de Ajustamento de Conduta da Suinocultura AMAUC/Consórcio Lambari. Anais. Concórdia: Embrapa Suínos e Aves, 2006. p.37-38.



# A execução de alimentos e a sistemática do cumprimento de sentença

Juan Rodrigo Carneiro Aguirre\*

## RESUMO

Análise das alterações promovidas pela lei 11.232-05 frente à sistemática da execução de dívidas alimentares. Não revogação dos artigos 732 e 733 do Código de Processo Civil. Aplicação da doutrina do diálogo das fontes. Execução fundada em título executivo judicial em que não se requer coerção pessoal: exigência de aplicação da sistemática do cumprimento de sentença. Havendo opção pela prisão civil do devedor, aplica-se o artigo 733 com exclusão de qualquer outra forma de execução; proibição de mesclar procedimentos em decorrência do artigo 620 do CPC.

---

\* Promotor de Justiça do Estado do Tocantins, pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL

# 1. Introdução

Nos últimos anos, o direito processual civil passou por grandes alterações buscando a celeridade e efetividade das decisões judiciais. Diuturnamente, o caráter de instrumentalidade ganha novos contornos restando, cada vez mais, a nítida necessidade de se encarar o processo como meio para a satisfação do bem da vida pleiteado pelas partes que, via de regra, não podem se valer de meios próprios para a solução dos conflitos surgidos em decorrência da vida em sociedade.

Sabe-se que tais alterações têm grande ligação com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, ao estabelecer nova ordem jurídica ao Estado Brasileiro, conferindo-o status de Estado Democrático de Direito, buscou dar prevalência à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da Lei Maior).

Para tanto, o texto constitucional consagrou o denominado Direito Constitucional Processual, explicitando em seu corpo os princípios gerais que devem nortear as relações em juízo, tudo no escopo de conferir segurança às decisões e aos demandantes.

Ocorre que a atual codificação processual civil, cujo texto original data do ano de 1973, foi formulada com base em outro paradigma constitucional, não possuindo as técnicas necessárias à concretização dos valores ora positivados na Lei Maior.

Assim, na esteira dos escopos constitucionais o legislador vem realizando reformas no Código de Processo Civil buscando meios céleres e eficazes de satisfação aos demandantes, bem como às relações envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Sobre esta temática (direitos coletivos) há, inclusive, quem defenda a criação de um novo ramo do direito que abarque o chamado direito processual coletivo. Nesse sentido, ensina o professor Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 16):

O direito processual coletivo envolve muito mais que isso. Na verdade, como se verá no decorrer deste trabalho, é um novo ramo do direito processual, com berço e natureza constitucionais. O que se verifica é que hoje já se tornou quase pacífico, na doutrina de vanguarda nacional e estrangeira, que é impossível tutelar os direitos coletivos por intermédio das regras do direito processual civil clássico, as quais foram concebidas por uma filosofia liberal-individualista arraigada, ainda no século XIX.

Não obstante referida doutrina, que demanda análise pormenorizada do chamado sistema processual do direito coletivo através, principalmente, das disposições da lei 7.347-85 e 8.078-90, foram realizadas diversas modificações no Código de Processo Civil, conforme já mencionado, ganhando destaque aquelas iniciadas ainda no ano de 1994 (antecipação da tutela final), sendo relevante, especificamente para o presente trabalho, a alteração promovida pela lei 11.232, de 23 de dezembro de 2005.

Tal legislação atendeu a antigas reivindicações doutrinárias no sentido de se possibilitar a interpenetração dos então estanques processos de conhecimento e processos de execução, passando a constituir, o segundo, apenas uma fase do primeiro. É certo, ainda, que referida mudança também foi impulsionada pelo princípio constitucional da razoável duração do processo introduzido na Carta de 88 pela EC 45 em 8-12-2004.

A finalidade do presente trabalho é analisar, especificamente, o alcance do chamado processo sincrético nas hipóteses em que a execução de quantia certa envolve inadimplemento de débitos alimentares, por natureza, urgentes e que mereceram especial tratamento no próprio texto constitucional.

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988, no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º LXVIII, proibiu expressamente a prisão civil por dívidas, ressaltando a do depositário infiel e aquela oriunda do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. Sobre o tema, Alexandre de Moraes assinala:

A Constituição Federal prevê no inciso LXVII do art. 5º a disciplina e a aplicabilidade da prisão civil em nosso ordenamento jurídico. Em regra, não haverá prisão civil por dívidas. Excepcionalmente, porém, em dois casos será permitida a prisão civil decretada pela autoridade judicial competente: inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e depositário infiel. Hipóteses estas taxativas, impossibilitando seu alargamento por determinação do legislador ordinário. (MORAES, 2005, p. 412).

Entretanto, ainda no ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que referida medida de exceção somente é válida na ordem constitucional brasileira no que tange à dívida alimentar e não mais em relação ao depositário infiel, revogando a súmula 619 da casa. Nesse sentido colaciona-se a seguinte ementa:

HC 94307 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS  
Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 19/02/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-03 PP-00520  
Parte(s) PACTE.(S): ADRIANA BONOTTO MACHADO IMPTE.(S): CLAYTON DE SOUZA MANHÃES COATOR(A/S)(ES): PRIMEIRA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EMENTA: PRISÃO CIVIL. Inadmissibilidade. Depósito judicial. Depositário infiel. Infidelidade. Ilicitude reconhecida pelo Plenário, que cancelou a súmula 619 (REs nº 349.703 e nº 466.343, e HCs nº 87.585 e nº 92.566). Constrangimento ilegal tipificado. HC concedido de ofício. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Decisão O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, não conheceu do pedido e, por unanimidade, concedeu habeas corpus de ofício, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 19.02.2009. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, acesso em 04/12/2009).

Em razão da reiterada apreciação da matéria, foi editada a súmula vinculante nº 25 (É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito), transformando a prisão em razão de dívida alimentar no único caso de prisão civil permitido pelo ordenamento jurídico pátrio.

Nasce então a indagação acerca da possibilidade de aplicação das regras do chamado cumprimento de sentença à execução de dívida alimentar, sendo o tema relevante face à exceção constitucional supracitada e à necessária urgência no adimplemento de verbas desta natureza.

Malgrado o tempo de vigência das modificações citadas no Código de Processo Civil o tema continua relevante, tendo em vista a ausência de sistematização na doutrina e na jurisprudência, mormente do Superior Tribunal de Justiça.

## 2. Da dívida alimentar

Preliminarmente, faz-se necessária rápida incursão acerca do direito material a alimentos.

Extrai-se da obra do professor Yussef Said Cahali (2002, p. 16) a seguinte assertiva:

Alimentos são, pois, as prestações devidas, feitas para que quem as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como a intelectual e moral (cultivo do espírito, do ser racional). [...]  
Nesse sentido diz Demolombe que a palavra compreende tudo o que é necessário às necessidades de existência: vestimenta, habitação, alimentação e remédios em caso de doença.

Nessa esteira, percebe-se a importância da dívida alimentar e a necessidade do sistema jurídico tutelar de maneira eficaz seu credor, garantindo de modo célere e efetivo o adimplemento da dívida.

Segundo Cahali, três podem ser as causas jurídicas da obrigação de prestar alimentos: a lei, a vontade e o delito, sendo nítida a diferenciação entre os fundamentos de cada uma.

A obrigação de alimentos ou resulta diretamente da lei, ou resulta de uma atividade do homem. [...] Tendo uma atividade humana como causa, a obrigação alimentícia ou resulta de atos voluntários ou de atos jurídicos. (Ibidem, p.22).

Sem adentrar no cerne da discussão, verifica-se de plano que, em que pese a característica “alimentar” das três espécies, a obrigação decorren-

te da lei e da vontade se afasta daquela decorrente de ato ilícito. No âmbito do estudo da responsabilidade civil, as primeiras são reservadas ao Direito de Família e a segunda ao Direito das Obrigações. Nessa linha, são as lições de Sílvio Rodrigues:

A prestação de alimentos pode advir de ato ilícito. É o que ocorre na hipótese em que o causador do dano fica obrigado a pensionar a vítima. Exemplo característico do artigo 948, II do Código Civil, que sujeita o autor do homicídio a prestar alimentos às pessoas a quem o defunto os devia. É obvio que não se trata de alimentos devidos por força da relação familiar. (RODRIGUES, 2004, pp. 376/377).

Nos dizeres do sempre citado professor Cahali:

Em realidade, embora haja consenso na doutrina e na jurisprudência no sentido de que “a pensão de alimentos”, mencionada no artigo 1.537, II do CC e no artigo 948, II do Novo Código Civil, serve apenas como referencial ou parâmetro na fixação do dano indenizatório decorrente do ato ilícito, não se confundindo com os alimentos do Direito de Família, é certo que alguns pontos de semelhança ou de divergência têm sido anotados pelos tribunais. [...].

**Mas há consenso no sentido de ser inadmissível a prisão civil por falta de pagamento de prestação alimentícia decorrente de ação de responsabilidade *ex delicto*; a prisão civil por dívida como meio coercitivo para o cumprimento da obrigação alimentar é cabível somente no caso dos alimentos previstos no direito de família.** (CAHALI, 2002, p. 26).

Não é diferente o entendimento que vem se consagrando no Egrégio Superior Tribunal Justiça: “HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. ALIMENTOS DEVIDOS EM RAZÃO DE ATO ILÍCITO. Quem deixa de pagar débito alimentar decorrente de ato ilícito não está sujeito à prisão civil. Ordem concedida”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa HC 92100 DF. Acesso em 04/12/2009).

Desta forma, apontam a doutrina e jurisprudência diferenças quanto à execução de dívidas com caráter alimentar, estando assentado que, naquelas decorrentes de ato ilícito, não é possível ao credor valer-se de coerção pessoal.

Insta salientar que, antes das transformações introduzidas pela lei 11.232/05, não havia outra forma colocada à disposição do credor de alimentos senão os artigos 732 a 735 do CPC, qualquer que fosse sua causa jurídica. Todavia, doravante, verifica-se a necessidade de nova sistemática sobre o tema.

Com os olhos voltados para a natureza da dívida e a necessidade de tutela eficaz do sistema processual, passa-se à análise da aplicabilidade da sistemática introduzida por referida legislação em defesa deste credor.

### 3. Da execução de alimentos fundada em ato ilícito

Atento à distinção supramencionada, já sedimentada na doutrina e jurisprudência quanto à causa jurídica do nascimento da obrigação alimentar, o legislador ordinário inseriu o artigo 475-Q ao Código de Processo Civil.

Prevê referido artigo: “Quando a indenização **por ato ilícito incluir prestação de alimentos**, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor a constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão. [...]”.(grifou-se).(BRASIL, 2007, p. 626).

Portanto, quanto às dívidas alimentares procedentes de ato ilícito, o legislador, de forma explícita, ao inserir no corpo da fase de cumprimento de sentença o modo de satisfação das referidas prestações, possibilitou a aplicabilidade do processo sincrético, rompendo com o antigo sistema.

Sem qualquer ressalva, afirma Athos Gusmão Carneiro (2006, p. 20):

O artigo 475-Q (que substitui o revogado art.602) cuida da ordem do juiz ao devedor para que proceda à **constituição de capital** capaz de garantir o pagamento, **geralmente mensal, de prestações alimentares decorrentes de indenização pela prática de ato ilícito**. (grifou-se).

Assim, o credor de dívida de caráter alimentar fundada em ato ilícito deverá buscar a satisfação da obrigação valendo-se da chamada fase de cumprimento de sentença, não necessitando ingressar com nova demanda para nova citação do devedor e somente a partir daí, buscar a expropriação de bens.

Há o necessário rompimento com o antigo paradigma de processos estanques. A opção legislativa é clara. Sendo a dívida oriunda de ato

ilícito, o procedimento a ser utilizado é o da nova sistemática, aliás, muito mais benéfico ao credor.

Contudo, Antônio Carlos Mathias Coltro (2007, p. 27) desenvolve outro raciocínio entendendo não haver compatibilidade entre a fase de cumprimento de sentença e os artigos 732 a 735 do CPC:

Sem que se ingresse no debate atinente à equiparação, ou não, da pensão resultante de ato ilícito àquela que tem por fundamento o direito de família, até por não concordar o autor destas linhas com o posicionamento referido [...] **tem-se como inadmissível a utilização do procedimento previsto em relação ao cumprimento de sentença, no tocante à execução de pensão alimentar, relativamente à qual já se ocupara o legislador de detalhar as maneiras pelas quais pode-se promover a cobrança, inclusive sob pena de coerção pessoal do devedor.** (grifou-se).

Cumpra-se que a prestação alimentar decorrente de ato ilícito presume o ajuizamento de ação de conhecimento para a fixação da responsabilidade do causador do dano, mesmo que esta seja de natureza objetiva, uma vez que devem ser demonstrados os requisitos da conduta, dano e nexos causal. Registre-se ainda, da mesma forma, a necessidade de ajuizamento de ação para liquidação da quantia quando a dívida alimentar for decorrente de sentença penal transitada em julgado.

Assim, via de regra, o credor sempre possuirá título executivo judicial reconhecendo a existência de obrigação de pagar quantia, no caso, obrigação alimentar. Sobre o tema, César Fiúza (1999, p. 432) discorre:

A indenização por **danos oriundos de ato ilícito é cobrada na chamada ação indenizatória, também chamada reparatória ou ressarcitória.** O sujeito ativo capaz para propô-la é, em primeiro lugar, o prejudicado. Se já for morto, poderão propor seus herdeiros. Também têm capacidade todos aqueles que eram por ele alimentados. Outrossim, podem propor a ação indenizatória seus representantes legais ou procurador com poderes para tanto. (grifou-se).

Sendo a dívida oriunda de sentença penal dispõe o artigo 475-P do CPC:

Art. 475-P. O cumprimento de sentença efetuar-se-á perante:  
[...]



III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira.  
[...] (BRASIL, 2007, p. 626).

Portanto, com a devida licença aos entendimentos contrários, conclui-se que o propósito da reforma foi de *impor* ao credor de alimentos *decorrentes de ato ilícito* o procedimento descrito na nova sistemática introduzida no Código de Processo Civil, não lhe sendo exigível o ajuizamento de nova ação com base no artigo 732 do CPC, face ao meio coercitivo já colocado à sua disposição, qual seja, a multa do artigo 475-J do diploma processual. Ressalte-se que a premissa utilizada é a impossibilidade de pedido de prisão civil, na esteira de abalizada doutrina e decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Aqui, deve-se ressaltar o escopo maior da alteração introduzida pela lei 11.232/2005, esclarecida pelo emérito Athos Gusmão Carneiro, a reforçar o entendimento ora defendido:

No direito brasileiro anterior à lei 11.232/2005, portanto, o credor insatisfeito (obrigações de pagar) era obrigado a bater duas vezes, como já foi dito, às portas da Justiça para cobrar um só mesmo crédito: [...].

No Brasil, a dicotomia é agravada pela excessiva judicialização do procedimento de execução da sentença: qualquer que seja o valor da condenação, qualquer que seja a natureza dos bens a serem expropriados para dar lugar à sanção executiva, a atividade procedimental é sempre procedida da instauração de novo e completo processo entre as partes, sob direção do juiz. Exatamente esta incongruência as leis de reforma do CPC vieram a resgatar: [...] (CARNEIRO, 2006, p. 05).

## 4. Da execução de alimentos fundada em dever legal e ato de vontade

Não obstante as dívidas oriundas de atos ilícitos, a obrigação alimentar também origina-se de dever legal ou ato de vontade, conforme já explicitado, tema tratado pelo direito civil no livro referente ao direito de família.

Sobreleva afirmar que referida obrigação pode nascer tanto em razão da formação de *título executivo extrajudicial* (v.g, o acordo de alimentos

referendado pelo Ministério Público ou Defensoria Pública), quanto de *título executivo judicial* (v.g. sentença em ação de alimentos).

Cumpra analisar, outrossim, de que modo a dívida existente pode ser satisfeita em face das alterações introduzidas pela lei 11.232/2005 na fase de cumprimento de sentença, assumindo relevo a obrigação oriunda de *títulos executivos judiciais*.

Quanto ao ponto, mais uma vez surgem controvérsias sobre a possibilidade do credor de alimentos valer-se do rito de cumprimento de sentença, quando pretender a satisfação de obrigação oriunda de *título executivo judicial* ou se estaria vinculado ao título II, capítulo V do CPC – Da execução de prestação alimentícia, artigos 732 a 735. Em outras palavras, há dúvidas se, também aqui, haverá rompimento com o sistema anterior.

Por um lado há aqueles que defendem a possibilidade e até mesmo a obrigatoriedade da aplicação da fase de cumprimento de sentença quando a execução fundar-se em *título executivo judicial*, agora tratado pelo artigo 475-N do CPC. Nesse sentido a professora Maria Berenice Dias:

A cobrança da quantia certa fundada em sentença não mais desafia processo de execução específico, só cabendo buscar o seu cumprimento. **A sentença que impõe o pagamento de alimentos dispõe de carga eficaz condenatória, ou seja, reconhece a existência de obrigação de pagar quantia certa (CPC, art. 475-J). O inadimplemento não pode desafiar execução por quantia certa contra devedor solvente, uma vez que essa forma de cobrança não mais existe.** Os embargos à execução fundados em sentença agora só podem ser opostos na execução contra a fazenda pública. Assim, não dá para emprestar sobrevida à execução por quantia certa de título executivo judicial para a cobrança de débito alimentar, sob pena de excluir do devedor qualquer meio impugnativo, pois não tem como fazer uso dos embargos à execução. (DIAS, 2007, p. 230).

Também é este o entendimento de Marcos Vinícius Rios Gonçalves:

A sentença de alimentos é título executivo judicial. Não há nenhuma peculiaridade na sua execução que justifique a adoção do procedimento da execução de títulos extrajudiciais, se a sentença é título judicial. Ao contrário, os alimentos são de ordem tal que exigem presteza e agilidade do procedimento. **Não há razão para**

**que a execução de sentenças condenatórias de dívidas comuns seja mais ágil do que a da pensão alimentícia, que não é em nada incompatível com o sistema da lei n. 11.232/05. (GONÇALVES, 2008, p. 230).**

Na outra vertente, é a doutrina do professor Humberto Theodoro Júnior, seguida por Antônio Carlos Mathias Coltro:

**Como a lei 11.232/05 não alterou o artigo 732 do CPC, continua prevalecendo nas ações de alimentos o primitivo sistema dual, em que acerto e execução forçada reclamam o sucessivo manejo de duas ações separadas e autônomas: uma para condenar o dever de prestar alimentos e outra para forçá-lo a cumprir a condenação. A segunda via executiva à disposição do credor de alimentos também não escapa ao sistema dual. A redação inalterada do artigo 733 determina expressamente, que na execução de sentença que fixa a pensão alimentícia 'o juiz mandará citar o devedor para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo'. Logo, tanto na via do artigo 732 como na do artigo 733, o credor de alimentos se vê sujeito a recorrer a uma nova ação para alcançar a satisfação forçada da prestação assegurada pela sentença. O procedimento executivo é, pois, o dos títulos extrajudiciais (Livro II) e não o de cumprimento de sentença instituído pelos atuais artigos 475-J a 475-Q. (THEODORO JÚNIOR, 2008).**

Embora Clito Fornaciari Jr. inteligentemente se pronuncie no sentido de a execução especial por alimentos (conforme originalmente prevista no Código de Processo Civil) não guardar incompatibilidade com o disposto na lei 11.232/2005, admitindo, inclusive, a submissão do devedor à multa do art. 475-J, entende-se, em razão dos motivos antes invocados e que se dirigem à permanência do rito anterior para tal execução, que a combinação de ambos os sistemas não seja adequada, pelas características próprias a cada um, permanecendo, assim e no tocante à execução da dívida alimentar, o sistema executivo tradicional.

Percebe-se, portanto, nítida divisão doutrinária sobre o tema, causada, sobretudo, pelo silêncio do legislador sobre a vigência dos artigos 732 a 735 do CPC.

Em princípio, poder-se-ia solucionar o conflito aparente de normas processuais mediante a utilização dos clássicos critérios de hierarquia,

cronologia e especialidade.

Tanto a lei 11.232/05 quanto a lei 5.869/73 (Código de Processo Civil) são leis ordinárias, o que afasta, de plano, os critérios de hierarquia e especialidade, sobrando, tão somente, o cronológico. Nessa linha, segundo o disposto na Lei de Introdução do Código Civil em seu artigo 2º, §1º, “lei posterior revoga a anterior (...)”, podendo a revogação ser expressa ou tácita.

Conforme se vê do texto da lei de 2005, não houve revogação expressa de qualquer dos dispositivos dos artigos 732 a 735 do CPC, o que ensejou o debate em torno da suposta ocorrência de revogação ou derrogação tácitas.

Entretanto, este entendimento (quanto à derrogação dos artigos citados) não merece prevalecer. Insta salientar, conforme já mencionado, que a dívida alimentar pode surgir tanto de obrigações oriundas de títulos executivos judiciais, quanto de títulos executivos extrajudiciais. Caso derrogados os artigos 732 a 735 do CPC, como seria realizada a execução de obrigação alimentar fundada em *título executivo extrajudicial*? O sistema não guardaria resposta segura, gerando incerteza. Seria possível “o desconto em folha” caso aplicável a execução comum prevista nos artigos 646 e seguintes do diploma processual? Continuará sendo possível a execução com pedido de prisão civil, prevista no artigo 733?

Levando-se em consideração as indagações supra, verifica-se que ambas as sistemáticas, tanto a do rito dos artigos 732 e 733 como a do “cumprimento de sentença” devem coexistir no sistema processual atual, sendo aplicáveis a diferentes situações incidindo, no ponto, a chamada doutrina do diálogo das fontes.

O “diálogo das fontes” possibilita a convivência no ordenamento jurídico de normas aparentemente contraditórias ou antagônicas, sendo aplicáveis a situações que melhor se amoldam à solução concreta do caso levado à juízo.

Sobre o tema, esclarece a professora Cláudia Lima Marques:

A doutrina atualizada, porém, está à procura hoje mais da harmonia e da cooperação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema), do que da exclusão. É a denominada ‘coerência derivada ou restaurada’, que em um momento posterior à decodificação, à tópica e à micro-recodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e com-

plexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a ‘antinomia’ a incompatibilidade ou a não-coerência’. (...) Na belíssima lição de Erik Jayme, é o atual e necessário “diálogo das fontes” a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. Diálogo porque há influências recíprocas, diálogo, porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementariamente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. (MARQUES, 2004, p. 71-99).

Ora, tal doutrina é perfeitamente aplicável à problemática trazida à discussão.

Para que não haja um vácuo normativo em relação à sistemática aplicável às execuções alimentares, bem como para manutenção dos benefícios descritos nos artigos do capítulo V, do Título II, do Livro II (desconto em folha e prisão civil), deve-se sustentar a convivência dos sistemas. Todavia, há que se estabelecer balizas, deixando claro o caminho processual a ser tomado pelo credor.

Nessa linha, portanto, salvo melhor juízo, não há falar em derrogação tácita dos dispositivos descritos no artigo 732 a 735 do CPC, sendo válidos e eficazes mesmo com a introdução dos dispositivos do cumprimento de sentença, sendo aplicáveis, contudo, em cada situação concreta de forma estanque.

## 4.1. Da execução sem requerimento de prisão

Há muito consolidou-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial que é **opção** do credor valer-se da chamada execução por expropriação **ou** por coerção pessoal, ou seja prisão. Nesse sentido, declara o professor Cahali:

Em princípio se reconhece (a matéria deverá ser examinada mais amplamente no capítulo 13, que cuida da prisão civil), caber ao credor, na abertura da execução por alimentos, optar por requerer a citação do devedor com a cominação de prisão (art. 733 do CPC) ou apenas a penhora (arts. 732 e 735 do CPC. Em princípio, portanto, a opção é do credor. (CAHALI, 2002, p. 981).

Na mesma linha, Humberto Theodoro Júnior (2000, p. 244):

Cabe ao credor, na abertura da execução de alimentos, optar entre requerer a citação com cominação de prisão (art. 733) ou apenas a penhora (arts. 732 e 735). Nem o Código, nem a lei nº 5.478-68, impõe princípio se reconhece (a matéria deverá ser examinada mais amplamente no capítulo 13, que cuida da prisão civil), caber ao credor, na abertura da execução por alimentos, optar por requerer a citação do devedor com a cominação de prisão (art. 733 do CPC) ou apenas a penhora (arts. 732 e 735 do CPC).

Em julgado recentíssimo, assentou o Superior Tribunal de Justiça:

Processo RHC 27936/ RJ RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2010/0054866-8 Relator(a) Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO (1144) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 16/09/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 28/09/2010 Ementa HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. **DÍVIDA DE ALIMENTOS. EXECUÇÃO FUNDADA NO ART. 733, CPC. OPÇÃO DO CREDOR. PENSÃO ALIMENTÍCIA. NECESSIDADE. QUITAÇÃO. INTEGRALIDADE. LEGALIDADE DA PRISÃO. ASPECTOS FÁTICOS ALEGADOS PELO PACIENTE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.** Acórdão A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso em habeas corpus, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Nancy Andrighi, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. (Grifei). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acesso em 03/12/2010.).

Antes da entrada em vigor da lei 11.232-05, a discussão cingia-se à utilização do rito descrito no artigo 732 ou 733 do CPC. Todavia, partindo-se da premissa de que o credor pretende fazer valer a execução **por expropriação**, qual rito deve utilizar, o do artigo 732 ou do cumprimento de sentença, uma vez sustentada sua coexistência no sistema processual?

Por óbvio que, em se tratando de execução alimentar fundada em *título executivo extrajudicial* (ex:acordo referendado pelo Ministério Público), a única opção disponibilizada ao credor é o rito do artigo 732, não havendo maiores problemas a serem enfrentados. O credor deverá ajuizar

zar demanda valendo-se do título extrajudicial requerendo a citação na forma dos artigos 646 e seguintes do CPC (Execução por quantia certa).

Quanto ao ponto cumpre ainda destacar o entendimento de José Miguel Garcia Medina, asseverando não ser possível ao credor de alimentos com título extrajudicial o requerimento de prisão civil:

O ordenamento jurídico processual brasileiro admite a prisão civil como medida executiva coercitiva em execução de alimentos (CF, art. 5º, LXVII), regulando-o no CPC, art. 733, e na Lei 5.478-1968 (Lei de Alimentos), arts. 18 e ss. Não se admite a incidência do disposto no artigo 733 do CPC, se a execução funda-se em título extrajudicial. Com efeito, refere-se esse dispositivo legal, textualmente, a obrigação alimentar veiculada em decisão judicial. (MEDINA, 2008, p. 261).

Assim, outra solução não há ao credor de dívida alimentar munido de título executivo **extrajudicial**, senão valer-se das disposições do artigo 732 do CPC, não trazendo, a introdução do processo sincrético, qualquer novidade neste sentido.

Percebe-se então que os problemas amontoam-se em torno do credor de alimentos munido de título executivo **judicial**.

Com efeito, seja em razão de título definitivo, seja em razão de antecipação dos efeitos da tutela (alimentos provisórios), o rito a ser aplicado é aquele previsto na nova sistemática do processo sincrético, até porque, mais favorável ao credor.

Sobre a possibilidade de execução das decisões interlocutórias, vale transcrever um trecho da obra do professor Cahali, ainda na sistemática anterior que, no ponto, em nada foi alterada:

E a jurisprudência, particularmente do STF, no que é acompanhada pelos tribunais ordinários, firmou-se definitivamente no sentido de que, da composição dos textos do estatuto processual e da lei especial, resulta manifesto que a prisão civil do devedor tanto se legitima em caso de não pagamento de alimentos provisionais (ou provisórios) como em caso de não pagamento de alimentos definitivos. (CAHALI, 2002, p. 1014).

Dessarte, sendo possível a execução de decisões interlocutórias ou títulos definitivos, ambos judiciais, não há falar em nova *citação* como

exigida pelo artigo 732 e 733, mas tão-somente em intimação para pagamento, ainda com a possibilidade de aplicação da multa do 475-J como meio coercitivo. Portanto, rompe-se, novamente, com o paradigma anterior.

Nesse sentido, também deve ser interpretado o parágrafo §3º do artigo 273 do CPC que, em que pese faça referência ao revogado ao artigo 588, deve ser direcionado ao artigo 475-O do CPC.

Em outras palavras, possuindo o credor *título executivo judicial* oriundo de decisão definitiva ou interlocutória, ***não optando pela prisão civil do devedor***, deverá valer-se das disposições da fase de cumprimento de sentença, formulando requerimento para intimação e pagamento do devedor sob pena de multa sancionatória.

Sustenta-se, aqui, **inexistir opção ao credor**, em razão da interpretação sistemática das normas processuais. Não faz qualquer sentido, havendo rito mais célere e com meios coercitivos mais eficazes, estando o devedor já cientificado da causa, permitir ao credor valer-se do rito descrito no artigo 732 do CPC, sendo-lhe, portanto, vedado o ajuizamento de nova demanda, sob pena de indeferimento da inicial (ausência da condição da ação interesse de agir – 267, IV), bem como a alteração ou combinação de ritos.

Nesse sentido, colacionam-se as seguintes ementas do TJRS:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RITO DO ART. 475-J DO CPC. INCLUSÃO DOS VALORES VINCENDOS. ADMISSIBILIDADE. **Processamento de execução de alimento pelo rito de cumprimento de sentença, do art. 475 J do CPC.** A Lei nº 11.232/05, ao extinguir do CPC o processo de execução de título judicial, não tratou da temática alimentos, **construindo-se o entendimento da jurisprudência no sentido de que possível o rito do cumprimento de sentença aos créditos alimentares, considerando a própria natureza da referida lei, que é trazer celeridade e efetividade à prestação jurisdicional.** Não existe óbice à inclusão no cumprimento de sentença, para execução de verba alimentar, a inclusão das parcelas vincendas no curso da ação, conforme regra do art. 290 do CPC. **Se o permissivo legal possui caráter protetivo em relação ao alimentado, já que assegura maior celeridade na cobrança da verba, seria contraditório exigir-se-lhe a propositura de outras execuções de alimentos para cobrar os valores que se vencessem no curso do feito.** DERAM



PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO (grifei). (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Acesso em 15.03.2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO PELO RITO EXPROPRIATÓRIO - ARTIGO 732 DO CPC. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.232/05. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 475-J E 475-L DO CPC. DECISÃO QUE DETERMINOU A GARANTIA DO JUÍZO QUE NÃO MERECE QUALQUER REPARO. **Com o advento da Lei nº 11.232/05, que acrescentou o art. 475-J ao Código Processo Civil, a execução de alimentos pelo rito da penhora deve-se dar pelo rito do cumprimento da sentença, cuja defesa está prevista no artigo 475-L do mesmo diploma legal.** AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO (grifou-se). (BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Acesso em 12.03.2011).

Não se desconhece, no entanto, o posicionamento diametralmente oposto ao ora sustentado, desenvolvido nos Egrégios Tribunais de Justiça de Minas Gerais e do Distrito Federal, afirmando a impossibilidade de aplicação do novo rito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - PRESTAÇÕES ALIMENTÍCIAS - RITO DO ARTIGO 732 DO CPC - INAPLICABILIDADE DA LEI 11.232/05 - PREVALÊNCIA DO SISTEMA DUAL - DECISÃO MANTIDA. Os arts. 732 e 733 do CPC, que versam sobre a execução de alimentos, não foram objeto de alteração pela Lei n. 11.232/05, devendo a execução continuar sendo realizada por meio de processo autônomo (sistema dual), tendo em vista possuir procedimento próprio e específico. (grifou-se).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE. DECISÃO MANTIDA. **A execução de sentença condenatória à prestação de alimentos está submetida ao procedimento específico, não sendo aplicável à hipótese a multa prevista no art. 475 - J do CPC, pois, a Lei nº 11.232/05, que instaurou a fase de cumprimento de sentença, não modificou ou revogou os artigos 732 e seguintes do CPC, tampouco, o disposto no art. 18 da Lei nº 5.478/68.**

Aggravado de Instrumento desprovido.” (grifou-se) (BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Acesso em 12.03.2011).

Ressalte-se que ainda não há definição sobre o tema nos Tribunais Superiores, continuando relevante a discussão ora enfrentada.

O professor Antônio Carlos Mathias Coltro afirma não haver possibilidade da aplicação da sistemática do cumprimento de sentença às decisões interlocutórias:

A respeito dos alimentos, afirma Alexander Beilner, a inaplicabilidade da lei 11.232/2005 aos **casos de execução dos provisionais**, porquanto ‘nessa modalidade de execução, por disposição especial do Código de Processo Civil, o procedimento executivo atende ao disposto no *caput* do artigo 732 do CPC, **no tocante a que, vale lembrar que a natureza da decisão que permite a decisão dos alimentos provisionais é de cunho interlocutório, cujo inconformismo enseja interposição de agravo. Sendo assim, antes da decisão terminativa de mérito não é dado ao requerente da prestação alimentícia executar as parcelas vencidas mediante a nova sistemática do cumprimento de sentença, [...] Adiante acrescenta: ‘muito embora a cobrança de parcelas de alimentos provisionais devidos apresente-se como ‘execução’ de uma decisão judicial, deve-se atentar que se trata da cobrança de um débito inserido numa condição cautelar especial, qual seja, a subsistência do alimentado. Entretanto, a decisão que permite a futura execução na hipótese de inadimplemento reiterado do devedor é uma decisão interlocutória, não encontrando guarida para aplicação da modalidade de cumprimento de sentença implementada pela lei 11.232/2005.** (grifou-se). (COLTRO, 2007, pp. 705-713).

Com o devido respeito à posição do ilustre processualista, não há qualquer óbice à aplicabilidade do rito da novel legislação, uma vez que o devedor será citado e intimado da decisão interlocutória em um único ato, já sendo devedor da quantia que, não paga, poderá ser provisoriamente executada, nos termos do 475-O do CPC.

Quanto à temática enfrentada neste tópico, registre-se ainda o entendimento do professor José Miguel Garcia Medina que, busca mesclar os ritos da antiga e novel legislação concluindo que:

Como se observou acima, pode o credor de obrigação alimentar optar pela execução **por expropriação, hipótese em que incidirá o disposto no artigo 732 do CPC, que deverá ser interpretado à luz da nova sistemática da execução, decorrente das alterações das leis 11.232/2005 e 11.382/2006.** Assim, embora o *caput* do artigo 732

do CPC estabeleça que a execução da sentença “far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste título” (arts. 646 e ss. do Código), incidem antes, as disposições referentes à execução de sentença (arts. 475-J e ss.) e depois, as regras relativas à execução fundada em título extrajudicial (arts. 646 e ss., ex vi do artigo 475-R do CPC. Incidem, no caso, portanto, as considerações que fizemos nos itens precedentes, neste capítulo. O mesmo se há de dizer em relação ao parágrafo único do artigo 732: na execução de sentença, não há, embargos à execução, mas, sim, impugnação à execução. O fato de o legislador não ter corrigido a referida disposição legal pode induzir a parte em erro, mas a despeito disso, deverá o órgão judicial, receber a manifestação oferecida pela parte como impugnação à execução, aplicando ao caso, disciplina disposta nos arts. 475-L e 475-M do CPC, ainda que equivocadamente, a mesma tenha sido denominada de ‘embargos’ (MEDINA, 2008, p. 264).

## 4.2. Da execução com pedido de prisão civil

Optando o credor de alimentos em buscar a satisfação de seu débito por meio de coerção pessoal, não há qualquer possibilidade de aplicação das regras instituídas pela chamada fase de “cumprimento de sentença”, devendo se valer do disposto no artigo 733 do CPC, ajuizando nova demanda.

Conforme antes explicitado o legislador constituinte previu a possibilidade, como exceção do sistema, de decretação de prisão civil em razão de descumprimento de dívidas alimentares. Sobre o tema dispõe o professor Nelson Nery assinala que “A decretação de prisão civil do devedor de alimentos, permitida pela CF 5º LXVII, é meio coercitivo que visa obrigá-lo a adimplir a obrigação. (NERY JÚNIOR, 2003, p. 1046).

Nessa linha, percebe-se que a existência de rito especial para a cobrança destes valores no bojo do Código de Processo Civil veio ao encontro das disposições constitucionais, sendo recepcionado.

Certamente, trata-se do meio mais gravoso colocado à disposição do credor no sentido de coagir o devedor ao pagamento de dívida civil, devendo, por esta mesma razão, ser cercado de maiores cautelas, exigindo-se nova ação, citação e ainda possibilidade de nova defesa (justificar o não pagamento). Daí se sustentar a ausência de qualquer modificação, quanto ao ponto, com a introdução da nova sistemática de cumprimento de sentença.

Não há possibilidade, portanto, com o devido respeito às opiniões divergentes, de se mesclar os procedimentos, ou ainda aplicá-los de forma

sucessiva, convertendo os ritos, não sendo possível ao credor iniciar a execução pelo rito do cumprimento de sentença e, não cumprida a obrigação, requerer a prisão civil do devedor nos mesmos autos.

Neste caso, em desobediência ao disposto no artigo 620 do CPC, far-se-ia interpenetração de regras processuais impingindo ao devedor meio muito mais gravoso de se cobrar o crédito, violando-se assim, o sistema. Isto porque, seria duplamente penalizado, com a incidência da multa e ainda, caso não satisfeita a obrigação com a prisão civil. Desta feita, afirma-se ser positiva a resposta à indagação realizada por Antônio Carlos Mathias Coltro:

De se ponderar, ainda, com o fato de que a teor do art. 733, §2º, o cumprimento da pena de prisão não exclui ao devedor a obrigação de pagar as prestações vencidas e vincendas, não se prestando a primeira, assim, a afastar a execução das últimas, **sendo de se indagar, assim e se admitida a aplicação do art. 475-J, se tal solução não implicaria excesso contrário à própria dignidade do alimentante, em que sua recalcitrância em pagar as pensões devidas.** (COLTRO, 2007, pp. 705-713).

Com a devida licença aos entendimentos contrários, permitir a cumulação de regras, neste caso, implicaria em desprezar a redação conferida ao artigo 620 do Código de Processo Civil, que não sofreu qualquer alteração com referidas modificações.

Em face do exposto, *pretendendo o credor utilizar-se do meio coercitivo de prisão*, seja para o cumprimento de decisão definitiva ou mesmo interlocutória, deverá ajuizar processo autônomo de execução, em que o devedor será **citado** para em 03 (três) dias pagar, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de pagamento sob pena de ter cerceada sua liberdade de ir e vir.

Portanto, remanesce no sistema processual civil, como regra, a necessidade de ajuizamento de processo de execução autônomo quando o credor pretender a satisfação de seu débito mediante coerção pessoal, devendo ser observadas as regras descritas no artigo 733 do CPC.

Em se tratando da única exceção constitucional válida de prisão civil por dívidas, é razoável a interpretação restritiva do artigo 733, exigindo-

---

<sup>2</sup> Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor. (BRASIL, 2007, p. 649).

se nova demanda para que fique claro ao devedor a possibilidade de vir a ser preso, caso descumpra a ordem anteriormente decretada.

## 5. Conclusão

Pretendeu-se com o presente trabalho realizar análise das alterações promovidas pela lei 11.232-05 frente à sistemática da execução de dívidas alimentares.

Demonstrou-se primeiramente que referidas mudanças foram impulsionadas pela nova ordem constitucional que alterou, sobremaneira, o paradigma anterior, exigindo novas técnicas para alcançar de maneira célere o bem da vida pleiteado junto ao poder judiciário.

Nesse sentido o legislador infraconstitucional, ao instituir o processo sincrético, permitindo a interpenetração do processo de execução no processo de conhecimento, confere maior celeridade à satisfação do credor.

Dada a relevância da dívida alimentar, com assento na própria Constituição Federal, buscou-se fazer análise sistemática de como tais alterações influenciaram na satisfação destes créditos.

Nessa linha, após rápida incursão sobre o direito material a alimentos separaram-se os oriundos de atos ilícitos daqueles oriundos de ato de vontade ou da lei.

Concluiu-se, com base em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, que a obrigação alimentar oriunda de ato ilícito não comporta execução por coerção pessoal. Tendo em vista que o *quantum debeatur* somente é explicitado por sentença - título executivo judicial, outra possibilidade não há ao credor senão valer-se do procedimento de cumprimento de sentença, não necessitando ingressar com outra demanda caso haja descumprimento da ordem judicial.

Basta ao credor valer-se da sistemática introduzida pela lei 11.232-05 que, em todos os aspectos lhe é mais benéfica, inclusive, instituindo a multa do 475-J como meio de coerção ao pagamento.

Sendo a dívida alimentar oriunda de ato de vontade ou decorrente do sistema legal, a satisfação da mesma torna-se um pouco mais complexa frente à novidade processual introduzida. Aqui, pode o credor buscar a satisfação do débito valendo-se também da coerção pessoal, sendo sua a opção por fazê-lo ou não.

Sustentou-se, então, a necessidade de separar as formas de execução:

de um lado aquelas em que o credor não pretende se valer da prisão como forma de coerção e, do outro quando se vale da citada exceção constitucional.

Quanto ao primeiro grupo realizou-se nova divisão: execuções fundadas em títulos extrajudiciais e fundadas em títulos judiciais. Se o credor possui título extrajudicial e pretende a execução por expropriação, não há outro caminho senão valer-se do rito descrito no artigo 732 e seguintes do CPC. Em outras palavras, deverá ajuizar demanda de execução por quantia certa, sendo aplicáveis as regras comuns do diploma processual (defesa via embargos e etc).

Sendo o credor portador de título judicial, igualmente outro caminho não há senão valer-se do rito do cumprimento de sentença. Fixada a quantia por decisão judicial e não paga, não lhe é exigível o ingresso de nova demanda, bastando requerimento de intimação para adimplemento sob pena de multa descrita no artigo 475-J. Aqui, sobreleva afirmar que, conforme exposto, não se trata de opção do credor, mas de imposição do sistema.

Em análise do segundo grupo, pretendendo o credor buscar o cumprimento da dívida mediante a exceção constitucional da prisão civil, somente lhe é colocado à disposição a opção pelo ajuizamento de nova ação, mantendo-se a sistemática anterior.

Seja a obrigação fundada em título executivo extrajudicial ou judicial, exatamente por tratar-se da única hipótese consagradora de prisão civil por dívida, deve-se exigir do credor maior esforço e conferir ao devedor maiores garantias.

Assim, considerando a impossibilidade de se mesclar os ritos processuais por força do artigo 620 do CPC, deve o credor ajuizar demanda com pedido específico de prisão, sendo o devedor, novamente, citado para pagar, provar que pagou ou apresentar justificativa.

Dessarte, sustentou-se a convivência no sistema processual atual de formas diversas da execução da dívida alimentar, seja através do cumprimento de sentença, seja através do disposto no rito do artigo 732, ou ainda do rito descrito no artigo 733 do CPC.

Para tanto, malgrado, aparente conflito de normas, demonstrou-se a viabilidade de aplicação do chamado diálogo das fontes. Nessa linha, o sistema do cumprimento de sentença e dos artigos 732 a 735 do CPC será aplicado da melhor forma ao caso concreto, sem que qualquer deles precise ser expurgado do ordenamento jurídico.

## Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito*. São Paulo: Saraiva 2003. BRASIL. Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial. Organizador Yussef Said Cahali. 6 ed. Rev. Ampl. e atual., - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 – RT Mini Códigos.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial. Organizador Yussef Said Cahali. 9 ed. Rev. Ampl. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 – RT Mini Códigos.

BRASIL. TJRS. AI nº 70035006212, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. em 26/05/2010. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>. Acesso em 15.03.2011.

BRASIL.TJRS. AI Nº 70033376310, Sétima Câmara Cível, TJRS, Rel. José Conrado de Souza Júnior, J. em 24/03/2010. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>. Acesso em 15.03.2011.

BRASIL.TJMG. Agravo de Instrumento n. 1.0433.04.128987-0/001, Rel. Des. Nepomuceno Silva, DJ 30.04.2009. Disponível em [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/). Acesso em 12.03.2011.

BRASIL. TJDF. 20100020100004AGI, Relator Ângelo Passarelli, 5ª Turma Cível, julgado em 01/12/2010, DJ 03/12/2010 p. 173. Disponível em <http://www.tjdft.jus.br/juris/juris3.asp>. Acesso em 12.03.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94307 / RS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 19/02/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009. disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudência>. Acesso em 04/12/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa. HC 92100 DF HABEAS CORPUS 20070236909-1. Relator Ministro Ari Pargendler. DF, 13/11/2007. disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 04/08/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa. RHC 27936 RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2010/0054866-8 Relator(a) Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO 16/09/2010. disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 03/12/2010.

CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Do 'cumprimento de sentença' conforme a lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? Material da 2ª aula da Disciplina Cumprimento das decisões e processo de execução, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP – REDE LFG.

\_\_\_\_\_. A Nova Execução dos Títulos extrajudiciais. Mudou Muito?. In: Teresa Celina Arruda Alvim Wambier coord.). Revista de Processo, v. 143. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Material da 1ª aula da Disciplina Cumprimento das decisões e processo de execução, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP – REDE LFG.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Algumas Notas sobre a Lei 11.232/05 e a execução de alimentos. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos et al (coord.). Execução Civil: Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 705-713. Material da 13ª aula da Disciplina cumprimento das decisões e processo de execução, ministrada no curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP – REDE LFG. p. 09.

DIAS, Maria Berenice. A reforma do CPC e a execução dos alimentos. Disponível em <http://www.advogado.adv.gov.br/artigos/2007/mariaberenicedias/reformacpc.htm>. Acesso em 14 de agosto de 2007.

FIUZA, César. Direito Civil: Curso Completo. 2 .ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. Execução e processo Cautelar. Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2008.



\_\_\_\_\_. *Processo Civil: Processo de Execução e Processo Cautelar*, volume 12. 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. Coleção Sinopses Jurídicas.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do 'diálogo das fontes' no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 45, p. 71-99.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo Civil Moderno. Execução* 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY; Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito de Família. De acordo com o novo Código Civil. Volume 6*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Volume I*. 41.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil. Volume II*. 42.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.



# Lei da Ficha Limpa e a Inelegibilidade em decorrência da rejeição de contas por irregularidade insanável quando fique configurada improbidade administrativa por ato doloso

Luiz Antônio Francisco Pinto\*

## RESUMO

Este trabalho analisa a Lei da Ficha Limpa e a Inelegibilidade em decorrência da rejeição de contas por irregularidade insanável quando fique configurada improbidade administrativa por ato doloso, tecendo críticas a respeito da piora legislativa e dos malefícios gerados para a sociedade.

---

\*Promotor de Justiça na Comarca de Taguatinga-TO, pós-graduando em Direito Público.

# 1. Introdução

A Lei Complementar n. 135/2010, também conhecida como Lei da Ficha Limpa, inseriu e alterou várias disposições da Lei Complementar n. 64/90 e regulamentou o art. 14, §9º, da Constituição Federal, gerando, mesmo antes de sua promulgação, e, atualmente, várias divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Dentre as várias polêmicas existentes, pretende-se, neste trabalho, trazer uma visão doutrinária sobre a inelegibilidade por prestação de contas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa por decisão irrecurável do órgão competente.

## 2. Conceito de inelegibilidade

Inelegibilidade é a impossibilidade de o cidadão ser votado e eleito, impedindo até mesmo o registro de sua candidatura (VELLOSO, 2010, p. 76) devido à ausência de capacidade eleitoral passiva (SEREJO, 2006, p. 42). Assim, o candidato tem de preencher as condições de elegibilidade e não lhe pode incidir nenhuma causa de inelegibilidade, conforme veremos abaixo.

Para Gomes (2010, p. 145):

Denomina-se inelegibilidade ou ilegibilidade o impedimento ao exercício da cidadania passiva, de maneira que o cidadão fica impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo político-eletivo. Em outros termos, trata-se de fator negativo cuja presença obstrui

ou subtrai a capacidade eleitoral passiva do nacional, tornando-o inapto para receber votos e, pois, exercer mandato representativo. Tal impedimento é provocado pela ocorrência de determinados fatos previstos na Constituição ou em lei complementar.(...).

### 3. Origem das inelegibilidades

As hipóteses de inelegibilidade estão previstas no art. 14, §4º ao §9º da Constituição Federal (MELO, 2010, p. 108), na Lei Complementar n. 64/90 e na Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que alterou e inseriu outras previsões na primeira lei.

A Constituição Federal, no artigo 14, §9º, prevê que Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade, dispondo da seguinte forma:

Art. 14. (...)

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

A Lei Complementar n. 64/90, alterada pela Lei Complementar n. 135/2010, regulamenta e prevê casos de inelegibilidade (SILVA, 2004, p. 388) do art. 14, §9º, da Constituição Federal.

#### 3.1. Lei da Ficha Limpa e a Inelegibilidade em decorrência da rejeição de contas por irregularidade insanável quando fique configurada improbidade administrativa por ato doloso

A Lei da Ficha Limpa, desde antes de sua promulgação, gerava polêmica e é discutida a todo momento na seara doutrinária. Discute-se muito acerca da sua aplicação retroativa para fatos ocorridos anteriormente à sua vigência e muito material doutrinário foi e está sendo produzido sobre o assunto.

Todavia, um assunto pouco tratado até o momento e com escassa

doutrina é sobre a inelegibilidade por rejeição da prestação de contas.

Antes da vigência da LC 135/2010, já havia previsão na LC 64/90 de inelegibilidade por 05 (cinco) anos do agente que tivesse suas contas rejeitadas, cumulativamente, por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, conforme a seguir:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão; (...).

Atualmente, a redação desta alínea mudou substancialmente, ficando da seguinte forma:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (...).

Talvez por uma leitura rápida e perfunctória não se constate o tamanho e quantidade de alterações. Todavia, analisando detidamente, conforme se fará agora, ver-se-á que são substanciais.

Verifica-se que, pela legislação antiga, para se ter a inelegibilidade, bastava as contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas fossem rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente (por exemplo, Tribunal de Contas), exceto se a questão tivesse sido ou estivesse sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Com a nova redação desta alínea, não basta mais somente isso como outrora. De agora em diante, mister que, além disso, as contas tenham sido rejeitadas por estar configurada improbidade administrativa por ato doloso.

Pois bem, aqui reside a grande novidade: o ato deve ser doloso de improbidade administrativa.

Sobre o tema, Bruno Barata Magalhães esclarece que:

O fato é que a Lei Complementar nº 135/2010 alterou completamente a regra da inelegibilidade por rejeição de contas. E, para os estreitos objetivos desta breve análise, vamos focar apenas um aspecto específico (já que, diga-se de passagem, outra relevante modificação foi promovida neste mesmo dispositivo, ao final de sua atual redação).

Anteriormente, seria apenas necessário que as contas fossem rejeitadas por irregularidade insanável para que o cidadão fosse considerado inelegível. Pois bem. Com o advento da nova regra, somente será inelegível aquele que tiver suas contas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa.

Condutas culposas, antes então suficientes para forjar uma situação de inelegibilidade, não mais se prestam para tal fim. Aqueles que tiverem suas contas rejeitadas por ato decorrente de negligência, imprudência ou imperícia estarão elegíveis, ainda que o vício daí decorrente seja insanável. Exige a lei, agora, um ato intencional (doloso) e, ainda mais, qualificado: que configure improbidade administrativa.

Em primeiro lugar, segue o conceito de improbidade administrativa (NEIVA, 2006, p. 10-11):

Em primeiro lugar, conforme leitura da alínea g, necessário esclarecer que não basta ser improbidade administrativa, ela deve ser dolosa, pois esta pode se dar também de forma culposa. Como se sabe, as improbidades administrativas podem ser as geradoras de enriquecimento ilícito (art. 9º, Lei n. 8.429/90), que causem prejuízo ao erário (art. 10, Lei n. 8.429/90) e que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11, Lei n. 8.429/90). A hipótese que permite a forma culposa está no art. 10, além, é claro, da forma dolosa. Assim, pode-se concluir que todos os dispositivos admitem a forma dolosa. Sobre a improbidade administrativa: A legislação infraconstitucional disciplinou os atos de improbidade como aqueles que ensejariam enriquecimento ilícito decorrente

da obtenção de qualquer vantagem patrimonial indevida pelo agente, em virtude do exercício de suas funções (art. 9º); os que viessem a causar lesão ao erário em razão de qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que ensejassem perda patrimonial, “desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres” das pessoas jurídicas mencionadas no art. 1º (art. 10) e as ações ou omissões que, atentando contra os princípios da Administração Pública, violassem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11).

Vista a conceituação de improbidade administrativa, observa-se que, conforme leitura da alínea g, necessário esclarecer que não basta ser improbidade administrativa, ela deve ser dolosa (não basta se dar de forma culposa). Como se sabe, as improbidades administrativas podem ser as geradoras de enriquecimento ilícito (art. 9º, Lei n. 8.429/90), que causem prejuízo ao erário (art. 10, Lei n. 8.429/90) e que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11, Lei n. 8.429/90), *verbis*:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...)

O art. 10 da Lei n. 8.429/90 permite a forma culposa e a dolosa, enquanto o art. 9º e 11 somente a admitem na forma dolosa.

Todavia, além disso tudo, para que seja caracterizada e comprovada a improbidade administrativa, não basta um juízo administrativo (da pessoa jurídica prejudicada) ou ministerial (do Ministério Público que propôs a devida ação, se já proposta), mas sim de uma decisão judicial julgando procedente uma ação civil pública de improbidade administrativa



reconhecendo a improbidade e que ela seja dolosa. Neste sentido, Bruno Barata Magalhães:

Vejamos, então, os casos que envolvam Chefes do Poder Executivo. Como se sabe, o Tribunal de Contas não julga suas contas, mas apenas emite parecer prévio de caráter opinativo, inclusive quanto à natureza do vício, se sanável ou não. Cabe à respectiva Casa Legislativa o julgamento das suas contas (CF, art. 71, inciso II), observado o devido processo legal.

Ora, absurdo dos absurdos seria imaginar que a Casa Legislativa – ou tampouco o Tribunal de Contas – pudesse, durante o julgamento das contas do Chefe do Executivo, qualificar sponte propria a conduta do gestor como sendo um “ato doloso de improbidade administrativa”. Só lhe caberia, na hipótese de identificar indícios, notificar o Ministério Público, que é o titular da ação; e só, já que também não lhe cabe julgar. Somente o Poder Judiciário pode definir, após o devido processo legal, se determinada conduta administrativa – que circunstancialmente tenha produzido um vício insanável e resultado em rejeição de contas – configura, ou não, ato doloso de improbidade administrativa; também para fins do que agora estabelece o art. 1.º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar n.º 64/90, com a redação dada pela Lei Complementar n.º 135/2010.

Dessa forma, o Chefe do Poder Executivo que tiver suas contas rejeitadas por irregularidade insanável, assim julgado pela Casa Legislativa competente, permanecerá a princípio elegível. Deixará de sê-lo, entretanto, se houver decisão judicial irrecurável, em processo ajuizado pelo Ministério Público, tipificando concreta e circunstancialmente o ato de gestão, que resultou na rejeição das contas por vício insanável, como sendo uma conduta dolosa de improbidade administrativa. E, frise-se, não basta mero ajuizamento: há que se ter a decisão judicial definitiva, a fim de encaixar o caso concreto à regra prevista na atual redação da Lei Complementar n.º 64/90.

Anteriormente, era necessário somente que as contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecurável do órgão competente, exceto se a questão tivesse sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão.

Atualmente, todavia, a rejeição de contas, para gerar a inelegibilidade, necessita de:

- a) contas rejeitadas;
- b) irregularidade insanável;
- c) configure ato doloso de improbidade administrativa; e
- d) por decisão irrecurável do órgão competente

O que se verifica neste ponto foi uma piora no que já existia. Anteriormente a sistemática da lei era ruim porque bastava a propositura de uma ação judicial para suspender os efeitos da decisão que julgou rejeitadas as contas. De agora em diante, não bastando o julgamento pela rejeição das contas, necessário será que haja o trânsito em julgado em decisão de improbidade administrativa por ato doloso no judiciário.

Pela leitura da alínea g, que por motivos didáticos se transcreve novamente, verifica-se que os requisitos são cumulativos, senão vejamos:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;(...) grifei.

Veja que a partícula *e* está indicando cumulação de requisitos.

Com esta análise, considera-se que a alteração legislativa foi ruim para o direito eleitoral, para a probidade administrativa e, em última análise, para a sociedade e para o cidadão que paga seus tributos.

## 4. Conclusão

Mediante estas ponderações, pode-se constatar que a novel legislação criou óbice à inelegibilidade por irregularidade da prestação de contas,

haja vista que criou requisitos antes inexistentes, dificultando a caracterização da irregularidade da prestação de contas.

Se antes a legislação era ruim nesta parte, agora ficou pior e não se vislumbra alteração legislativa próxima para mudar essa situação.

## Referências

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral, 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MELO, Henrique. Direito Eleitoral. São Paulo: Método, 2010.

NEIVA, José Antônio Lisboa. Improbidade Administrativa. Niterói: Impetus, 2006.

SEREJO, Lourival. Programa de Direito Eleitoral, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. Elementos de Direito Eleitoral, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAGALHÃES, Bruno Barata. A (in)elegibilidade de chefe do Poder Executivo por rejeição de contas, acesso em 24.03.2011, disponível em < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17104/a-in-elegibilidade-de-chefe-do-poder-executivo-por-rejeicao-de-contas>>



# Delação premiada – análise crítica entre ética e a efetividade do combate ao crime organizado

Marcelo Ulisses Sampaio\*

## RESUMO

Este artigo visa ampliar as discussões existentes em torno da utilização da delação premiada, com enfoque na Lei n.º 9613/98. Procedeu-se à revisão de literatura baseada em penalistas modernos, levantando-se elementos doutrinários, visando demonstrar qual o seu mecanismo, a forma de sua utilização, seus requisitos e efeitos relativos ao delator e à sociedade. Alguns doutrinadores a apontam como amoral e deturpada da finalidade do Direito Penal. Os resultados alcançados apontam a existência de inegável simpatia da maioria dos aplicadores do Direito pela sua utilização, vez que as particularidades apresentadas pelas organizações criminosas exigem uma reestruturação da dogmática penal com a criação de estratégias diferenciadas para a obtenção da prova, na busca da eficiência penal.

---

\*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Tocantins, titular da 13ª Promotoria de Justiça da Capital; Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL).

# 1. Introdução

Vem sendo profícua a discussão entre o que se denomina crime organizado e as estratégias para seu combate, notadamente a partir do advento da Lei n.º 9034/95. O crime organizado é um dos maiores desafios para as políticas de segurança pública da atualidade: há imprecisão de um conceito que englobe suas múltiplas feições; a perfeita caracterização dessa complexa forma de delinquência desafia os estudiosos que buscam alternativas para combatê-la com respeito aos direitos e garantias fundamentais. Dentro desta miríade de possibilidades, a delação premiada – inserida pela Lei n.º 9613/98 – vem se tornando a vedete entre os métodos para identificar os sujeitos do delito, desbaratando o sempre complexo sistema das organizações criminosas.

O presente artigo tem como objetivo realizar uma revisão de literatura sobre o tema, buscando apresentar alguns dos argumentos sustentados pelos modernos doutrinadores. Trata-se de enxergar o favor premial como o mais eficaz método de combate ao crime organizado, bem assim como uma estratégia que desvirtua os fins do Direito Penal, mas que a demanda da sociedade moderna passa a exigir.

A pesquisa norteou-se pela necessidade de dar resposta a dois questionamentos: Como se processa a delação premiada? Quais os prós e contras de sua utilização?

## 2. Origem e conceito

A origem da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro surgiu com as Ordenações Filipinas (1603), onde, em título próprio, se premiavam,

com o perdão, os criminosos delatores.

Devido sua inegável carga moral e ética, a delação premiada somente foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei dos Crimes Hediondos, que concedia redução de pena ao participante ou associado que colaborasse com o dismantelamento do bando ou quadrilha.

O instituto da delação premiada está previsto atualmente nas Lei 7.492/86, alterada pela Lei nº 9080/95 (Crimes contra o sistema Financeiro Nacional), 8072/90(Lei de Crimes Hediondos), 8.137/90(Leis de Crimes contra Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo), 9807/09 ( Lei de Proteção às Testemunhas), 10409/02 ( nova Lei de Entorpecentes), bem como no próprio Código Penal (crime de extorsão mediante sequestro – art.159, §4º).

Não obstante as inúmeras definições existentes de lavagem de dinheiro, todas, sem exceção, referem-se à intenção de ocultar a origem ilegal de recursos para que, em momento posterior, eles possam ser reintroduzidos na economia revestidos de legalidade.

A lavagem de dinheiro pode ser entendida como processo pelo qual o dinheiro proveniente de atividades ilícitas, em grande parte do crime organizado, consegue se desvincular de suas origens, passando a ser reconhecido como proveniente de alguma atividade legalmente estabelecida, podendo, assim, ser utilizado livremente sem constituir ilícito.

### **3. Processo dinâmico da lavagem de dinheiro**

Para que a ilicitude do dinheiro possa ser disfarçada sem que haja comprometimento dos envolvidos, é necessário que a lavagem de dinheiro se dê mediante um processo dinâmico assim observado: o distanciamento dos fundos de sua origem, impedindo o reconhecimento de um elo direto deles com o crime; o disfarce de suas diversas movimentações de modo a dificultar o rastreamento desses recursos e o retorno do dinheiro aos criminosos após ele ter sido satisfatoriamente movimentado no ciclo de lavagem a ponto de poder ser considerado “limpo”.

### **4. Lavagem de dinheiro como crime – lei n.º 9613/98**

Desde a ratificação da Convenção de Viena, em 1991, o Brasil assumiu uma série de compromissos de direito internacional no sentido de

tipificar como crime as práticas que visem à “lavagem de dinheiro” e à ocultação de bens, direitos ou valores oriundos de determinados crimes considerados de especial gravidade, além de estabelecer regras processuais especiais para o tratamento do assunto. A Lei 9.613, publicada em 4 de março de 1998, veio colocar isto em prática. Desde a sua promulgação, ela sofreu duas alterações: a primeira, através da Lei 10.467, de 11/06/2002, e a segunda, através da Lei 10.701, de 09/07/2003.

Trata-se de um crime comum (que pode ser praticado por qualquer pessoa), doloso (o sujeito tem consciência da ilicitude do ato praticado), específico (a prática da ocultação ou dissimulação envolvidas tem uma finalidade específica – viabilizar o processo de lavagem de dinheiro), de conduta mista (pode ser praticado mediante ação ou omissão), formal (não é exigida a obtenção do resultado, mas tão-somente a produção do comportamento ilícito).

A Lei, no seu art. 1º, tipifica o crime de lavagem.

Sob os aspectos processual e procedimental, pode-se destacar o seguinte: o procedimento a ser utilizado será o comum para os crimes punidos com reclusão, de competência do juiz singular, conforme artigo 394 e ss. do Código de Processo Penal. O juiz competente será o estadual, nos termos do artigo 2º, inc. III da Lei n. 9.613/98, não podendo descurar que serão da competência da Justiça Federal, por expressa disposição no inciso III da mesma norma, os crimes que afetem interesse da União, na hipótese do crime precedente ser da competência da mesma Justiça, ou mesmo caso afete o sistema financeiro ou a ordem econômico-financeira.

Nos termos do artigo 2º, inciso II da lei, o processo pelo crime de lavagem de bens, direitos e valores independe do processo e julgamento do crime antecedente, do qual deriva o dinheiro sujo, mesmo que praticado em outro país. Na hipótese de apuração da autoria desses crimes precedentes, além da configuração de um concurso material de crimes, teremos o instituto da conexão, tendo *vis atrativa* juízo da infração mais grave.

A denúncia pelo crime de lavagem deve ser instruída com indícios suficientes do crime antecedente, sendo necessária a comprovação de “justa causa” da ação, que se revela em tais indícios (art. 2º, § 1). Nada mais razoável, portanto, que exigir a origem ilícita de tais bens. Vale di-



zer, o que a lei requer para o início da ação penal é unicamente a demonstração, ao menos indiciária, de que houve um crime precedente, especificamente aqueles elencados no artigo 1º.

Em caso de colaboração espontânea por parte dos agentes do delito, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

## 5. Considerações iniciais

No que diz respeito à criminalidade, o maior desafio atualmente concentra-se em alcançar maneiras eficazes de reprimir o crime organizado.

Tais crimes caracterizam-se pelo elevado grau de ofensividade à paz pública, merecendo, pois, um tratamento penal e processual penal diferenciado do dispensado à criminalidade comum, de modo que seria ilógico tentar combater coisas distintas valendo-se de um único método.

Neste contexto é que emergem as manifestações favoráveis à utilização da delação premiada como meio hábil à repressão do crime organizado. Caso seja aplicada com a devida cautela que reclama, constitui uma forma poderosa para desestabilizar a estrutura do crime organizado e dar efetividade ao sistema penal na medida em que minimiza a transgressão aos dispositivos penais e impede que a impunidade se alastre.

As organizações criminosas ostentam elevado poder de corrupção. Os agentes públicos corrompidos pelo crime, ou participam efetivamente das atividades criminosas, ou viabilizam sua execução, acobertando os demais criminosos para que não sejam desmascarados pela lei penal.

Pois bem, diante dos atributos ínsitos ao crime organizado aqui tratados que o diferenciam da criminalidade de massa, urge a adoção de estratégias diferenciadas para que ele possa ser satisfatoriamente combatido.

Nesse sentido, a delação premiada surge como mecanismo jurídico eficaz na repressão da criminalidade organizada, já que não se pode reprimir crimes notadamente diversos com os mesmos instrumentos jurídicos.

## 6. Conceito, natureza jurídica e a classificação da delação premiada

Pretende-se viabilizar o combate ao crime organizado, dando efetividade ao sistema penal para capacitá-lo à manutenção da ordem e da segurança pública. Uma maneira louvável de se alcançar essa pretensão é justamente por meio da delação premiada. Em abono a essa assertiva apresenta-se o secular ensinamento de Rudolf Von Ihering, que, pressentindo a força do crime organizado e a debilidade dos Estados Nacionais em contê-lo nos séculos vindouros, apontou o direito premial como solução:

Um dia, os juristas vão se ocupar do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade ou arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade. (apud CERQUEIRA, 2005, p. 25).

O termo delação advém do latim *delatione* significa “denunciar, revelar (crime ou delito); acusar como autor de crime ou delito; deixar perceber; denunciar como culpado; denunciar-se como culpado; acusar-se”. (FERREIRA, 1999, p. 617). Premiar, por seu turno, é “dar prêmio ou galardão a; laurear; galardoar; pagar; recompensar; remunerar”. (FERREIRA, 1999, p. 629). Daí se apura que a delação premiada é a “incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato).” (JESUS, 2006, p. 9) Diz-se premiada por ser “incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios (redução da pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando, etc.)”. (JESUS, 2006, p. 9).

Em relação a sua natureza jurídica, a doutrina dominante sustenta a ausência de semelhança com qualquer prova nominada. Não é confissão, haja vista que esse tipo de prova traduz-se numa declaração voluntária do envolvido em um delito, sendo indispensável que a afirmação incriminadora atinja o próprio confidente, e no caso da delação premiada dirige-se também contra um terceiro.

Da mesma forma, não pode ser considerado um testemunho, pois um

dos pressupostos para a validade do mesmo é que a pessoa a prestá-lo seja estranha ao feito, o que não ocorre na delação premiada, já que o delator é parte e tem interesse na solução da demanda, pois está na situação de beneficiário processual. Além do que, o delator não deve ser compromissado a falar a verdade.

Assim, a delação premiada é considerada pela maioria dos doutrinadores como verdadeira prova anômala, por não se identificar com nenhuma outra prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, não há como negar a sua qualidade de prova, eis ser instrumento por meio do qual o magistrado forma a sua convicção a respeito da ocorrência ou não dos fatos controvertidos no processo. Assim a delação premiada é uma espécie de prova, apesar de não estar enumerada entre as demais previstas no Código de Processo Penal brasileiro, nos artigos 158 a 250. Daí ser denominada de prova inominada.

Sendo considerada como prova, cumpre analisar o seu valor dentro do processo, haja vista que esta matéria mostra polêmica na doutrina e na jurisprudência brasileiras, de modo que alguns atribuem força incriminatória à delação, ao passo que outros a renegam, aceitando a valoração da delação como meio de prova apenas se ela estiver em sintonia com todo o conjunto probatório.

Enrico Altavilla somente admite sua força incriminadora caso esteja compatível com o núcleo central acusatório. E assim argumenta:

A acusação do co-réu não deve ser uma simples afirmação, antes precisa ser enquadrada numa narração completa. Efetivamente, não basta dizer que alguém tomou parte do crime, mas é necessário descrever a modalidade dessa participação, pois o pormenor pode revelar a veracidade ou a falsidade do que se narra. (apud ARANHA, 2006, p. 133).

Mittermayer, de forma diversa, adepto da doutrina que relega a força condenatória da delação premiada, expõe que:

O depoimento do cúmplice apresenta também graves dificuldades. Tem-se visto criminosos que, desesperados por conhecerem que não podem escapar à pena, se esforçam em arrastar outros cidadãos para o abismo em que caem; outros denunciam cúmplices, aliás inocentes, só para afastar a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito, ou para tornar o processo mais complica-

do, ou porque esperam obter tratamento menos gravoso, comprometendo pessoas em altas posições. (MITTERMAYER, 1996, p. 195).

Observa-se, portanto, que a valoração da declaração do co-réu delator é uma das questões mais controversas do procedimento probatório da criminalidade organizada. Segundo Eduardo Araujo da Silva:

Tal controvérsia decorre de dois aspectos que devem ser considerados pelo juiz quando da análise desse meio de prova: (a) o acusado não presta o compromisso de falar a verdade em seu interrogatório; (b) está na situação de beneficiário processual e poderá figurar como beneficiário penal. A combinação desses fatores conduz à conclusão de que o co-réu pode colaborar falsamente com a Justiça, incriminando indevidamente os demais acusados em troca de benefícios previstos em lei (manutenção do sistema de proteção, cumprimento de pena em regime especial, concessão de perdão judicial, diminuição de pena). (SILVA, 2003, p. 145).

Dentro desta realidade, a delação suscita certo cuidado ao ser coligida como prova de força condenatória. O mais sensato é admiti-la como elemento essencial para a formação do livre convencimento do juiz, se analisada em conjunto com todos os demais meios de prova.

## **7. Requisitos para a admissão da delação premiada**

No ordenamento jurídico brasileiro não há padronização no tratamento do direito premial, o qual é objeto de considerações dispersas em partes desencadeadas, como a Lei dos Crimes Hediondos, a Lei de Repressão ao Crime Organizado, a Lei contra o Sistema Financeiro e Nacional, a Lei dos Crimes'contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo, a Lei de Lavagem de Capitais e a Lei de Proteção às Vítimas e às Testemunhas.

Diante desta realidade, ao se fixar os requisitos para a admissão da delação premiada, deve-se observar as normas contidas em cada lei que a invoca.

No entanto, os requisitos que dispensam atenção neste artigo serão os da Lei 9.807/1999 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas), em razão da aplicação da delação premiada estar centrada nela, dado o seu caráter

genérico e mais benéfico em relação às demais legislações. Contudo, repita-se, as peculiaridades de cada lei que dispõe sobre o instituto deverão ser respeitadas.

São elas:

- voluntariedade da colaboração com o processo criminal ou investigação;
- identificação dos demais co-autores ou partícipes;
- localização da vítima;
- recuperação total ou parcial do produto do crime.

Além dos requisitos comuns, também existem outros para a concessão do perdão judicial. Esse benefício, por ser acentuadamente mais favorável, reclama além dos requisitos já analisados, as seguintes exigências: primariedade do acusado, efetividade da colaboração, circunstâncias pessoais e do fato criminoso inteiramente favoráveis e a localização da vítima com a sua integridade física preservada.

Cabe ponderar, por oportuno, que, além dos requisitos alinhavados pela Lei para a admissão da delação premiada e a conseqüente diminuição de pena ou perdão judicial, deve-se ter em mente que a delação só deve ser aplicada em caráter excepcional, quando a extrema necessidade a demandar, diante da falta de outras provas aptas à apuração do crime e a posterior punição de seus autores e partícipes.

## **8. Conseqüências possíveis advindas da aplicação da delação premiada**

Ao réu delator cabem duas benesses, quais sejam, o perdão judicial ou a diminuição de sua pena. Preenchidos os requisitos legais, o delator fará jus ao benefício.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a concessão de tais benesses dependerá do exame do caso concreto, cabendo a decisão da aplicação de um benefício ou outro, ou de nenhum deles, ao juiz competente, por ocasião da sentença, ao reconhecer que a colaboração foi eficiente ou não. O perdão judicial, bem como a diminuição da pena, são atribuições do magistrado, sendo que o Ministério Público e o órgão policial somente podem requerer ao juiz a aplicação do mesmo.

Observa-se, porém, que ambos poderão reagir contra a decisão denegatória do benefício quando a delação foi concretamente efetivada,

interpondo, para tanto, recurso de apelação, haja vista tratar-se de um direito subjetivo do acusado delator. Vale dizer, tal decisão não se subjugla ao capricho ou arbítrio do juiz, haja vista que, havendo o atendimento aos requisitos do texto da lei, não há como afastar sua concessão.

## 9. Críticas ao instituto

A delação premiada acirra os debates quanto aos limites éticos de sua utilização, notadamente por ser criação legislativa que faz com que o Estado ateste publicamente sua notória falência, ao criar esta espécie de recompensa, passando a qualificar o sujeito não mais como criminoso/bandido, mas como colaborador, o que é repugnante.

Percebe-se que a delação não significa uma mera confissão, já que força o delator a fornecer informações sobre a organização da qual o mesmo pertencia ou de cuja existência tinha conhecimento, em troca de um abatimento ou perdão de pena.

Delata-se para isentar-se de sua responsabilidade, transferindo esta para outro. Por isso, tem-se que a delação vale mais que a confissão.

Destaca-se, ainda, que uma pessoa pertencente a uma organização criminosa, a qual deveria figurar como ré numa relação processual para ao final ter declarada sua culpabilidade, mediante acordo como o representante do Ministério Público, passa a ser o braço direito da acusação. Sem que haja processo com o esgotamento de todas as instâncias (devido processo legal e duplo grau de jurisdição), renuncia a um direito que é irrenunciável, qual seja, a presunção de inocência.

É evidente que quem delata não está querendo colaborar com a justiça, mas se beneficiar. Se no plano pessoal o ato de delatar não traduz significado ético, no plano processual, esquecem-se as regras previamente estabelecidas no processo em busca de um resultado totalmente inaceitável.

Se a pessoa está delatando justamente para não ser condenada ou para evitar lhe seja aplicada pena maior ainda, resta claro que tem interesse no deslinde do feito. Dessa forma, lamentável a postura do Estado em validar totalmente uma declaração interessada, ignorando provas legítimas que tenham o condão de elidir totalmente a hipótese acusatória, trazidas pela defesa dos delatados.

A finalidade do Direito Penal, no escorreito ensinamento do Procura-

dor de Justiça Rogério Grecco, consiste em “proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade”. (GRECCO, 2006, p. 4).

Desta sorte, a preocupação primordial das Ciências Criminais deve estar voltada para a promoção dos valores mais caros à sociedade, sendo a sanção um meio que o Estado utiliza para salvaguardar tais valores.

A pena, justamente por ser um mero acessório para o resguardo de bens jurídicos mais valiosos, não pode se valer de qualquer pretexto para impor ao infrator restrição que extrapole os limites definidos implicitamente pela Constituição por conta de sua natureza democrática e ao que consta expressamente em seu artigo 5º. Isso porque, se a função do Direito Penal é proteger aqueles bens jurídicos que, de tão valiosos, merecem uma reprimenda de natureza criminal, não poderá o Estado, em nome de alguns bens juridicamente protegidos, violar frontalmente valores tão importantes quanto os que se põe a garantir.

Desse modo, tem-se que a delação premiada, mais do que ofender simples bens jurídicos, contribui para o esfacelamento moral da Sociedade, que se põe como condição necessária para a existência de Direito.

No entanto, já se identificou na delação premiada característica favorável, posto que o instituto ressalta o arrependimento do cidadão, como se, milagrosamente, o ato de delação promovesse uma conversão moral no indivíduo. Vejamos.

(...) Porém, uma análise mais detalhada sobre o tema permite identificar que se trata de instituto embasado concretamente na mais pura ética e moral e, ainda, é de essência puramente pedagógica, pois ensina que não há nada de mal em se arrepender de erros passados, bem como em tentar reparar ofensas feitas à sociedade, colaborando com a justiça na devida persecução penal. (GUIDI, 2006, p. 22).

Posição diametralmente oposta encontra-se no magistério de doutrinadores de renome, como Luiz Flávio Gomes e Damásio de Jesus, que vêem a delação premiada como algo anti-pedagógico que vai de encontro a preceitos morais irrenunciáveis.

(...) O direito para ser duradouro tem que se assentar em vigas éticas firmes. O Direito é um conjunto normativo eminentemente ético e é por isso que é acatado e respeitado. (...). Em determinadas

circunstâncias até se compreende o prevailecimento de um valor sobre o outro, mas o que não dá para entender é a transformação do Direito em instrumento de antivalores. Colocar em lei que o traidor merece prêmio é difundir uma cultura antivalorativa. É um equívoco pedagógico enorme. Ainda que o valor perseguido seja o de combater o crime, ainda assim, constitui um preço muito alto tentar alcançar esse fim com um meio tão questionado. O fim, em última instância, está justificando os meios. (GOMES apud , 2006, p. 141).

Finalmente, assevera Damásio de Jesus que: “A lei não é didática e não apresenta princípio cívico decente: ensina que trair é bom porque reduz a consequência do pecado penal”. (JESUS apud GUIDI, 2006, p. 139).

## 10. Ofensa à indivisibilidade da ação penal

Segundo o magistério de Paulo Rangel, o princípio da indivisibilidade da ação penal pública é uma consequência lógica da obrigatoriedade da ação, pois se ela deve ser proposta sempre que houver a ocorrência de fato típico, ilícito e culpável, óbvio nos parece que deve ser proposta em face de todos os autores da infração, formando, assim, um litisconsórcio passivo necessário. Desse modo, a indivisibilidade exige que a ação penal deve ser proposta em desfavor de todos os participantes do fato criminoso, sendo vedado ao representante do Ministério Público optar por denunciar apenas um dos comparsas.

Assim, todos os autores de uma infração devem responder no mesmo processo. Dessa forma, as penas impostas corresponderão eqüitativamente à conduta de cada autor, sendo que o próprio Código Penal prevê a isonomia entre os agentes quando enuncia: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (art. 29, *caput*, do CP).

Cabe lembrar que os benefícios que resultam do emprego da delação premiada (redução da pena e perdão judicial), vulneram o princípio da indivisibilidade, haja vista que esta impõe ao órgão de acusação o dever de imparcialidade na acusação, pois não lhe é dado exercer juízo de conveniência para excluir do rol de acusados apenas um agente do crime. Tem o Promotor de Justiça o dever legal de promover a isonomia entre aqueles que cometeram um delito.



Assim, o dever de igualdade entre os agentes de um mesmo fato criminoso é vulnerado com a delação premiada, pois mesmo havendo regular processamento de todos os comparsas, há um evidente desajuste entre as penas impostas aos mesmos. Ou seja, rompe-se com o princípio da proporcionalidade da pena, demonstrando sua impropriedade quanto a essa feição, visto que se punirá com penas diferentes pessoas envolvidas no mesmo fato e com idênticos graus de culpabilidade.

## 11. Conclusão

Este artigo objetivou incrementar a reflexão acerca da utilização da delação premiada como forma de subsidiar a resolução dos crimes de lavagem de dinheiro, dada sua complexidade.

Inúmeras técnicas de investigação e produção de provas têm sido propostas e acolhidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, levantando questionamentos de ordem ética e jurídica diante de possíveis ofensas aos direitos fundamentais dos envolvidos.

Busca-se uma forma de obter um eficiente sistema de combate ao crime organizado, deixando-se de lado tratar-se de um “mal necessário”, na medida em que nenhum direito mostra-se como absoluto.

Resta evidenciado que a delação é um dos mais eficazes meios probatórios, desempenhando um papel de extrema importância no combate às organizações criminosas, onde no cotejo entre suas vantagens e desvantagens, a primeira prevalece diante dos resultados satisfatórios obtidos.

Assim, podemos concluir que:

1) O tradicional processo de coleta de provas tornou-se inoperante para tutelar o complexo e variado número de condutas criminosas que compõem nosso ordenamento jurídico.

2) A delação premiada, não obstante as críticas de doutrinadores de renome, vem se mostrando na prática como efetiva arma de combate ao crime organizado, deixando clara a necessidade de se passar por cima de elementos éticos em favor da efetividade da justiça penal. Vale dizer, entre o fazer justiça e a afronta a elementos éticos, os princípios devem ceder seu lugar à justiça, uma vez que o fim maior do direito é o alcance desta, de forma que a delação premiada deve ser utilizada como estraté-

gia à consecução do processo penal, posto nenhum outro meio de prova mostrar-se tão eficiente quanto ela, no deslinde das organizações criminosas.

3) Em uma visão mais restritiva, não obstante o teor eticamente reprovável da delação premiada, expondo o reconhecimento da incapacidade do Estado frente as mais variadas formas de ações criminosas, acreditamos que a aplicação do instituto deve ser relativizada e restringida sempre que possível.

## Referências

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2006

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

CASTELLAR, João Carlos. Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico. Rio de Janeiro, Revan, 2004. 210p. Tese de mestrado.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes de Pádua. Delação Premiada. Revista Jurídica Consulex. 15 de setembro de 2005, Ano IX, nº 208, p. 25.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Crime Organizado: enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECCO, Rogério. Curso de Direito Penal. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GUIDI, José Alexandre Marson. Delação premiada no combate ao crime organizado. 1. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. Estágio atual da delação premiada no direito penal brasileiro. Revista *Bonjuris*. Janeiro de 2006, Ano XVIII, nº. 506. p. 9.

\_\_\_\_\_. O fracasso da delação premiada. São Paulo: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, de 1994, nº 21, v. 2, p. 5.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Tradução de Hebert Wüntzel Heinrich. 3 ed., Campinas: Bookseller, 1996.

MONTE, Vanise Röhrig. A necessária interpretação do instituto da delação premiada, previsto na Lei 9.807/99, à luz dos princípios constitucionais. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, 2001, v. 16, nº 82, p. 237.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RANGEL Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

ROBINSON, Jeffrey. *A globalização do crime*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime Organizado: Procedimento Probatório*. São Paulo: Atlas. 2003.



# Corrupção de menores: um crime formal

Octahydes Ballan Junior\*

## RESUMO

O objetivo deste estudo é analisar o crime de corrupção de menores, hoje previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto ao seu resultado. Busca-se compreender o intuito do legislador para, com segurança, definir que se trata de delito formal, a não exigir a demonstração da efetiva corrupção.

---

\*Promotor de Justiça no Estado do Tocantins. Pós-Graduado em Ciências Criminais (UNAMA) e em Processo Civil (PUC-Minas).

# 1. Introdução

Até pouco tempo atrás, a legislação penal esparsa definia o crime de corrupção de menores no artigo 1º da Lei nº 2.252/54, com a seguinte redação: “Constitui crime, punido com a pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de Cr\$ 1.000,00 (mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la”.

A Lei nº 12.015/2009, porém, revogou este dispositivo e, inserindo o tipo no Estatuto da Criança e do Adolescente, dispôs:

Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º. Incorre nas penas previstas no *caput* deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da *internet*.

§ 2º. As penas previstas no *caput* deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

Desde a anterior redação, discutia-se na doutrina e na jurisprudência acerca da classificação do crime de corrupção de menores quanto ao seu resultado, se formal ou material.

A mudança legislativa manteve a pena corporal, suprimiu a pecuniária, adaptou o fato à realidade atual, com a informática presente, e criou uma

causa de aumento de pena. Apesar disso, não trouxe parâmetros claros ao intérprete para a definição do crime quanto ao seu resultado, embora a mudança não tenha sido simplesmente topográfica ao passá-lo da Lei nº 2.252/54 para o Estatuto da Criança e do Adolescente.

## 2. O crime quanto ao resultado

Não é nova a classificação dos crimes quanto ao resultado. Ainda assim, para os fins deste artigo, merece recordação.

Sobre o assunto, Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 213-214) leciona:

O crime *material* ou de resultado descreve a conduta cujo resultado integra o próprio tipo penal, isto é, para a sua consumação é indispensável a produção de um dano efetivo. O fato se compõe da conduta humana e da modificação do mundo exterior por ela operada. A não-ocorrência do resultado caracteriza a tentativa. Nos crimes

materiais, a ação e o resultado são cronologicamente distintos (homicídio, furto).

O crime *formal* também descreve um resultado, que, contudo, não precisa verificar-se para ocorrer a consumação. Basta a ação do agente e a vontade de concretizá-lo, configuradoras do dano potencial, isto é, do *eventus periculi* (ameaça, a injúria verbal). Afirma-se que no crime formal o legislador antecipa a consumação, satisfazendo-se com a simples ação do agente, ou, como dizia Hungria, “a consumação antecede ou alheia-se do *eventus damni*”. Seguindo orientação de Grispigni, Damásio distingue do crime formal o *crime de mera conduta*, no qual o legislador descreve somente o comportamento do agente, sem se preocupar com o resultado (desobediência, invasão de domicílio). Os crimes formais distinguem-se dos de mera conduta – afirma Damásio – porque “estes são sem resultado; aqueles possuem resultado, mas o legislador antecipa a consumação à sua produção”. A lei penal se satisfaz com a simples atividade do agente. Na verdade, temos dificuldade de constatar com precisão a diferença entre crime formal e de mera conduta.

Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2010, p. 119-120) dizem:

No *crime material* há necessidade de um resultado externo à ação, descrito na lei, e que se destaca lógica e cronologicamente da conduta. Esse resultado deve ser considerado de acordo com o sentido

naturalístico da palavra, e não com relação a seu conteúdo jurídico, pois todos os crimes provocam lesão ou perigo para o bem jurídico (item 3.2.9). Exemplos são o homicídio (morte), furto e roubo (subtração), dano (destruição, inutilização) etc.

No *crime formal* não há necessidade de realização daquilo que é pretendido pelo agente, e o resultado jurídico previsto no tipo ocorre ao mesmo tempo em que se desenrola a conduta, “havendo separação lógica e não cronológica entre a conduta e o resultado”. No delito de ameaça (art. 147), a consumação dá-se com a prática do fato, não se exigindo que a vítima realmente fique intimidada; no de injúria (art. 140) é suficiente que ela exista, independentemente da reação psicológica do ofendido etc. A lei antecipa o resultado no tipo; por isso, são chamados crimes de *consumação antecipada*. Nos *crimes de mera conduta* (ou de simples atividade) a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentando-se com a ação ou omissão do agente. Não sendo relevante o resultado material, há uma ofensa (de dano ou de perigo) presumida pela lei diante da prática da conduta. Exemplos são a violação de domicílio (art. 150), o ato obsceno (art. 233), a omissão de notificação de doença (art. 269), a condescendência criminosa (art. 320) e a maioria das contravenções.

Há que se investigar, doravante, a classificação do crime de corrupção de menores.

### **3. A inserção do crime de corrupção de menores no estatuto da criança e do adolescente**

Como visto acima, o delito de corrupção de menores migrou, saindo da Lei nº 2.252/54 e inserindo-se no artigo 244-B do ECA.

Essa alteração, como alertado, não foi meramente topográfica, afinal, não faria qualquer sentido o legislador revogar um diploma legal para inserir o mesmo crime, basicamente com a mesma redação e pena corporal (suprimida a pena de multa, atualizado para a nova realidade e com uma causa de aumento), noutra texto.

Logo, é lícito concluir que houve uma intenção nessa mudança, qual seja, a de deixar claro que, estando o tipo penal inserido no ECA, a ele são aplicáveis todos os princípios que norteiam o Direito da Criança e do Adolescente.

Não há como negar, agora, que o crime de corrupção de menores deve



ser interpretado sob as luzes do princípio da proteção integral.

Com efeito, o ECA é aberto com a seguinte redação: “Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”

Ao dispor logo no artigo 1º sobre a proteção integral, o ECA deixa absolutamente evidente a incidência do princípio sobre todas as suas outras normas, vale dizer, inclusive, sobre sua parte criminal, onde está inserido o artigo 244-B.

Wilson Donizeti Liberati (2010, p. 15-16) afirma:

A Lei 8.069/90 revolucionou o Direito Infanto-Juvenil, inovando e adotando a doutrina da proteção integral. Essa nova visão é baseada nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes, que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral (TJSP, AC 19.688-0, Rel. Lair Loureiro).

É integral, primeiro, porque assim diz a CF em seu art. 227, quando determina e assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo; segundo, porque se contrapõe à teoria do “Direito tutelar do menor”, adotada pelo Código de Menores revogado (Lei 6.697/1979), que considerava as crianças e os adolescentes como objetos de medidas judiciais, quando evidenciada a situação irregular, disciplinada no art. 2º da antiga lei.

O Código revogado não passava de um Código Penal do “Menor”, disfarçado em sistema tutelar; suas medidas não passavam de verdadeiras sanções, ou seja, penas, disfarçadas em medidas de proteção. Não relacionava nenhum direito, a não ser aquele sobre a assistência religiosa; não trazia nenhuma medida de apoio à família; tratava da situação irregular da criança e do jovem, que, na realidade, eram seres privados de seus direitos.

Na verdade, em situação irregular estão a família, que não tem estrutura e que abandona a criança; os pais, que descumprem os deveres do poder familiar; o Estado, que não cumpre as suas políticas sociais básicas; nunca a criança ou o jovem.

A nova teoria, baseada na total proteção dos direitos infanto-juvenis, tem seu alicerce jurídico e social na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, no dia 20.11.1989. O Brasil adotou o texto, em sua totalidade, pelo Dec. 99.710, de 21.11.1990, após ser ratificado pelo Congresso Nacional (Dec. Legislativo 28, de 14.9.1990).

Dessa forma, o novo instrumento legal volta-se para o desenvolvimento da população jovem do País, garantindo proteção especial àquele segmento considerado pessoal e socialmente mais sensível.

Ainda sobre o tema, Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépure e Rogério Sanches Cunha (2010, p. 75) assinalam:

O art. 1º do Estatuto adota expressamente a doutrina da proteção integral. Essa opção do legislador fundou-se na interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais que elevaram ao nível máximo de validade e eficácia as normas

referentes às crianças e aos adolescentes, e que, por sua vez, foram inspirados nas normas internacionais de direitos humanos, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Declaração Universal dos Direitos da Criança. Assim, pode-se apontar que o reconhecimento jurídico dos direitos da criança e do adolescente se deu no Brasil já em um novo patamar, mais ligado aos processos emancipatórios e constituído por uma concepção de positivação dos direitos humanos, tornando-os *fundamentais*. Nesse sentido, é necessário que se faça uma análise pontual dos dispositivos que formam o sistema constitucional de proteção à criança e ao adolescente.

A proteção à infância, em sentido amplo, é direito social amparado pelo art. 6º da Constituição Federal, que somente enuncia a sua existência e natureza, não trazendo qualquer tipo de detalhamento. Outrossim, a tutela às pessoas em desenvolvimento desdobra-se em outras prescrições constitucionais específicas, notadamente, no art. 6º, que positiva a proteção à infância como direito social, e o art. 227, que atribui à infância e à juventude um momento especial na vida do ser humano e, por isso, assegura a crianças e adolescentes o status de *peças em situação peculiar de desenvolvimento*, além de conferir-lhes a titularidade de direitos fundamentais, e determinar que o Estado os promova por meio de políticas públicas.

Como se vê, a criança e o adolescente passaram a ser sujeitos de direitos. Têm eles, agora, o direito de ver assegurado, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de *toda forma* de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, deveres esses da família, da sociedade e do Estado, conforme artigo 227, CF.

Ora, ao exigir que o Estado mantenha a criança e o adolescente a salvo de toda forma de negligência, exploração e violência, evidentemente a Carta da República quis ali inserir a proteção penal, afinal, não há como negar que crianças e adolescentes têm sido explorados para a prática cri-

minosa, de modo que o cometimento de infração penal em suas companhias faz com que eles se insiram ou se mantenham na criminalidade.

#### **4. Anterior corrupção do agente e a não demonstração de sua efetiva corrupção**

É comum que se argumente haver necessidade de demonstração de efetivo prejuízo para a criança ou o adolescente, comprovando-se concretamente sua corrupção, ou mesmo que se diga que a prática de anteriores atos infracionais afasta o delito do artigo 244-B, ECA, que não se compatibilizaria com a pessoa já corrompida.

Ocorre que o fato de a criança ou adolescente já haver cometido atos infracionais não tem o condão de afastar a tipicidade.

É que, embora o tipo penal preveja um resultado (a corrupção ou a facilitação dela) logicamente distinto da conduta, não há qualquer separação cronológica. É dizer, a lei penal considera como corrupção ou sua facilitação a própria prática da infração penal em companhia do menor de 18 anos, o que se verifica num só tempo.

Daí a conclusão de que o artigo 244-B realmente se trata de crime formal, pouco importando, ademais, o anterior envolvimento na prática de atos infracionais.

É evidente que a cada novo ato infracional praticado por menor de 18 anos em concurso com um imputável, sua degradação moral é acentuada, afastando-o da socioeducação pretendida pela legislação e afundando-o no mundo do crime, distanciando-o, também, da educação, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária, que pelo ECA deveriam a ele ser asseguradas com absoluta prioridade (artigo 4º), razão pela qual é irrelevante que tenha cometido anteriores atos previstos em lei como crime ou contravenção, presumindo o tipo penal a deformação da conduta do infrator ou mesmo a acentuação dessa deformação.

Assim, a conduta do imputável, de praticar infração penal em companhia de uma criança ou adolescente, é de extrema reprovabilidade, exigindo do Estado resposta penal adequada, inclusive para que exerça o seu dever de garantir proteção integral aos menores de 18 anos, deixando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, tal como determina a Constituição Federal (artigo 227, *caput*).

Que Estado Democrático de Direito é este que nega a tutela penal a uma criança ou adolescente, ainda que tenha praticado atos infracionais anteriores,

como se fosse irrecuperável quando, ao contrário, ainda é pessoa em formação?

Essa negativa atenta contra a própria dignidade da pessoa humana. Destarte, é sim dever do Estado impedir que a criança ou adolescente permaneça na criminalidade, sendo este um dos objetivos do tipo penal de corrupção de menores. **A norma incriminadora, assim, quer impedir não só que o agente ingresse no mundo do crime, mas também que ele ali continue.**

Tanto isso é verdade que o tipo prevê, como núcleos, os verbos “corromper” (que tende a impedir o ingresso na criminalidade) e “facilitar a corrupção” (que a nosso ver objetiva impedir que o menor de idade permaneça no mundo do crime).

Por várias vezes o Tribunal de Justiça do Tocantins já reconheceu se tratar de delito formal. Exemplificativamente:

APELAÇÃO Nº 10516 (10/0080785-9) - RELATOR: DESEMBARGADOR DANIEL NEGRY - EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CORRUPÇÃO DE MENOR - CONDUTA DELITIVA PREVISTA NO ECA - CRIME FORMAL - PROVA CONFIRMANDO A PRÁTICA DO FURTO NA COMPANHIA DE MENOR - CONDENAÇÃO IMPERIOSA - SENTENÇA REFORMADA. 1. Embora a Lei 2.252/54, que dispunha sobre o crime de corrupção de menores, tenha sido revogada pelo artigo 7º da Lei 12.015/09, não houve *abolitio criminis*, permanecendo a conduta delitiva inscrita no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Segundo o posicionamento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, a corrupção de menor é delito formal, ou seja, para que se configure basta que o agente pratique o crime na companhia de menor, como resta fora de dúvida no caso em análise, **tornando-se desnecessária a prova efetiva de sua corrupção, sendo, portanto, imperiosa a condenação do agente.** 3. Apelo provido.

É esse, inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que já asseveraram:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO DE MENORES. ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVA DA CHAMADA IDONEIDADE MORAL ANTERIOR DA VÍTIMA MENOR. DESNECESSIDADE. ORDEM DENEGADA. Para a configu-

ração do crime de corrupção de menores (art. 1º da Lei 2.252/1954), **é desnecessária a prova da chamada “idoneidade moral anterior da vítima menor”, exigida pela impetrante. Ordem denegada.**

(STF – HC 97197 / PR – Rel. Min. Joaquim Barbosa – Julgamento: 27/10/2009 – Órgão Julgador: Segunda Turma)

EMENTA: *Habeas corpus*. Penal. **Paciente condenado pelos crimes de roubo (art. 157 do Código Penal) e corrupção de menor (art. 1º da Lei nº 2.252/54).** Menoridade assentada nas instâncias ordinárias. **Crime formal. Simples participação do menor. Configuração.**

1. As instâncias ordinárias assentaram a participação de um menor no roubo praticado pelo paciente. Portanto, não cabe a esta Suprema Corte discutir sobre a menoridade já afirmada.

2. **Para a configuração do crime de corrupção de menor, previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54, é desnecessária a comprovação da efetiva corrupção da vítima por se tratar de crime formal que tem como objeto jurídico a ser protegido a moralidade dos menores.**

3. *Habeas corpus* denegado.

(STF – HC 92.014/SP – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – Rel. para o acórdão Min. Menezes Direito – julgamento 02/09/2008 – órgão julgador 1ª Turma – publicação DJe 222, divulg. 20/11/2008, public. 21/11/2008).

**HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES (ARTS. 155, § 4º, I E IV DO CPB E ART. 1º DA LEI 2.252/54). CRIME FORMAL. INDIFERENÇA DO COMETIMENTO ANTERIOR DE ATO INFRACIONAL. IMPOSSIBILIDADE DA ABSOLVIÇÃO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.**

1. **O crime tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.**

2. **Caracterizado está o crime de corrupção de menores, ainda que o menor possua antecedentes infracionais, tendo em vista que a norma do art. 1º da Lei 2.252/54 visa também impedir a permanência do menor no mundo do crime.**

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada.

(STJ – HC 137.397/DF – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – 5ª Turma – data do julgamento 03/11/2009 – data da publicação DJe 15/12/2009)

PENAL. HABEAS CORPUS. **CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DA VÍTIMA.** AUSÊNCIA DE PROVAS DA MENORIDADE. INIMPUTABILIDADE ATESTADA POR DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS. ANÁLISE INVIÁVEL NA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

I. **O objeto jurídico tutelado pelo tipo que prevê o delito de corrupção de menores é a proteção da moralidade do menor e visa coibir a prática de delitos em que existe sua exploração. Assim, cuida-se de crime formal, o qual prescinde de prova da efetiva corrupção do menor.**

II. Hipótese em que os autos foram instruídos com vários documentos que comprovam a menoridade da vítima, todos firmados por agentes públicos, sendo desnecessária a juntada de certidão de nascimento se a inimputabilidade é comprovada por outros elementos.

III. Análise dos argumentos apresentados que se mostra inviável na via eleita, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório.

IV. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

(STJ - HC 160039/DF – Rel. Min. Gilson Dipp – 5ª T. - Data do Julgamento 05/10/2010 - Data da Publicação/Fonte DJe 18/10/2010)

PENAL. HABEAS CORPUS. **CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. PRÉVIA CORRUPÇÃO DO ADOLESCENTE. IRRELEVÂNCIA À TIPIFICAÇÃO. CRIAÇÃO DE NOVO RISCO AO BEM JURÍDICO TUTELADO.** INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA E TELEOLÓGICA DA NORMA PENAL INCRIMINADORA. **TIPICIDADE DA CONDUTA RECONHECIDA.** ORDEM DENEGADA.

1. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento (REsp 1.031.617/DF, de minha relatoria, DJ de 4/8/08), ratificou o entendimento de que **o crime tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.**

2. Além disso, na mesma ocasião **o Colegiado manifestou o entendimento de que a citada norma penal incriminadora objetiva impedir tanto o ingresso como a permanência do menor no uni-**

**verso criminoso, sendo, portanto, irrelevante à tipificação do delito a participação anterior da criança ou do adolescente em ato infracional, porquanto do comportamento do maior de 18 anos advém a criação de novo risco ao bem jurídico tutelado.**

3. Ordem denegada.

(STJ – HC 113.341/DF – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – 5ª Turma – data do julgamento 11/11/2008 – data da publicação DJe 01/12/2008, RT 882/580).

O reconhecimento do crime formal tende a se tornar ainda mais consolidado, pois, como já dito, a inclusão da corrupção de menores no artigo 244-B, ECA, faz incidir em sua interpretação todos os princípios previstos na Lei nº 8.069/90, sobretudo a proteção integral.

Caso a criança ou o adolescente já conte com anterior envolvimento em atos infracionais, poderá o julgador considerar tal fato no momento da dosagem da pena, quando for analisar as circunstâncias do crime ou o comportamento da vítima, mas não será motivo suficiente para a absolvição.

## 5. Conclusão

Feitas todas essas considerações, conclui-se que:

1) a migração do crime de corrupção de menores da Lei nº 2.252/54 para o artigo 244-B, ECA, não foi meramente topográfica;

2) a consequência mais importante da inclusão do crime de corrupção de menores no ECA foi trazer para o tipo penal todos os princípios que norteiam o Direito da Criança e do Adolescente;

3) o princípio da proteção integral exige que o Estado tutele, inclusive penalmente, crianças e adolescentes contra qualquer forma de negligência, violência, crueldade ou opressão;

4) o crime de corrupção de menores visa não só impedir que o menor de 18 anos ingresse no mundo do crime, como também que ele ali permaneça, de modo que nenhuma importância tem o cometimento anterior de atos infracionais, pois a cada nova infração, maior será a degradação moral da criança ou adolescente;

5) negar a tutela penal a criança ou adolescente que já tenha cometido

atos infracionais contradiz o Estado Democrático de Direito, que reconhece no menor de 18 anos uma pessoa em formação, devendo garantir-lhe dignidade e confiar na sua recuperação;

6) o cometimento de anteriores atos infracionais pode servir na dosimetria da pena-base, quando valoradas as circunstâncias do crime ou o comportamento da vítima, mas não poderá afastar a tipicidade penal.

## Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

CURY, Munir (coord.). Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GOMES, Luiz Flávio, CUNHA, Rogério Sanches (coord.). Legislação criminal especial. São Paulo: RT, 2009.

ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1.

ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. São Paulo: RT, 2010.

SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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



# Pontos críticos do sistema recursal no processo para apuração de ato infracional

Sidney Fiori Junior\*

## RESUMO

Infelizmente, mesmo após o transcurso de mais de 20 anos de vigência da Lei Federal 8.069/90, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda se vêem muitas arbitrariedades cometidas pelo sistema de justiça contra os adolescentes envolvidos em ato infracional.

As faculdades de direito insistem em se omitir na exigência desta matéria (da mais alta relevância) em seus currículos. Há evidente necessidade de a matéria “direito da criança e do adolescente” passar a ser tratada com “prioridade absoluta” desde a graduação, o que demandaria carga horária suficiente, professores capacitados, material de apoio e tratamento isonômico em relação às demais matérias exigidas pela faculdade de direito. Os concursos públicos para promotores de justiça, juízes, delegados e defensores públicos não podem se olvidar de exigir nos res-

---

\* Membro do Ministério Público do Estado do Tocantins desde o ano de 2004, atuante na Promotoria da Infância e Juventude da Comarca de Araguaína/TO. Pós-graduado em processo civil pela Unisul/LFG. Associado da ABMP. E-mail: sidneympto@hotmail.com. Telefones: (63) 3414-4641 e 3414-8509.

pectivos editais o conhecimento profundo desta matéria, bem como nos exames da Ordem dos Advogados do Brasil.

Sem a quantidade ideal de varas especializadas em direito da criança e do adolescente, o que se vê nos dias atuais são profissionais literalmente “perdidos” no que tange ao direito da criança e do adolescente, tomando decisões baseadas unicamente no “achismo”, mesmo que, no mais das vezes, bem intencionados.

Em resumo, apenas para impactar os leitores, citamos três exemplos de que este autor tomou conhecimento *recentemente* durante o exercício profissional: (1) juiz decretou a internação provisória do adolescente de ofício, violando o sistema acusatório; (2) juiz decretou a internação provisória do adolescente após pedido do “Conselho Tutelar”, desprovido de qualquer prova acerca dos supostos atos infracionais, apenas por se tratar, segundo os conselheiros, de “adolescente envolvido em diversos atos ilícitos”, confundindo medida de proteção com socioeducativa; (3) juiz “regrediu” a “medida socioeducativa” de *acolhimento institucional* (veja que se trata de medida de proteção prevista no art. 101 da Lei 8.069/90 e não medida socioeducativa) para *internação*, após um acolhido se envolver em brigas e desentendimentos na casa de acolhimento.

Parece claro, após este breve resumo, que os operadores jurídicos não podem se descurar do estudo da matéria, envolvendo-se com mais ênfase na dogmática estatutista, no afã de se livrar a cada dia mais da “velha guarda” do *menorismo*.

## 1. Introdução

No presente trabalho, as atenções serão concentradas em alguns pontos críticos do sistema recursal do Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente no tocante ao adolescente submetido ao devido processo legal infracional. Após tomar contato (na rotina de uma Vara da Infância e Juventude) com alguns recursos típicos do sistema processual

penal, tal qual o recurso em sentido estrito, utilizado por operadores do direito, para questionar decisões na seara da justiça juvenil, chamou a atenção a necessidade de se discutir estes pontos, mantendo o foco crítico nas posições adotadas pela doutrina e jurisprudência. Outros pontos críticos serão abordados em outro artigo, para respeitar o espaço limitado da revista.

Após a publicação da nova Lei 12.010/09, que impôs diversas modificações na Lei 8.069/90, em especial no tocante ao direito à convivência familiar, há que se ponderar sobre o grande equívoco cometido pelo legislador ao suprimir incisos do art. 198 do Estatuto.

O primeiro ponto a ser abordado diz respeito a um possível estranhamento dos neófitos na seara estatutária ao perceberem que se valeram das regras básicas do sistema processual penal durante a instrução da ação socioeducativa<sup>1</sup>, mas que deverão abrir o Código de Processo Civil para discutir e questionar a sentença em grau de recurso, trazendo embutida toda a carga e valores privatistas deste *codex*.

Para Galdino Augusto Coelho Bordallo (apud MACIEL, 2006, p. 741), o legislador acertou ao unificar o sistema recursal do Estatuto, trazendo extrema simplificação. Para ele, “*não há que se perquirir os motivos que levaram o legislador à escolha pelo sistema recursal civil, pois trata-se de política legislativa*”. Este mesmo autor prossegue sustentando que deve ser afastada por completo a aplicação das regras dos recursos constantes do Código de Processo Penal e lembra que posição divergente é apresentada por José e Farias Tavares.

É fato que o operador do direito que não estiver familiarizado com os procedimentos destinados à apuração da prática de ato infracional poderá incidir em erro ao pretender apelar de decisão que julga procedente a representação oferecida pelo Ministério Público, sem apresentar, desde logo, as razões que o levam a pedir reforma da decisão, requerendo, ao contrário, a concessão de prazo para fazê-lo, podendo ver seu recurso não ser conhecido por vício formal.

Isso porque o sistema recursal do Código de Processo Civil exige que o recorrente apresente, com a petição de interposição recursal, as suas razões. Em face do que dispõe o art. 515 do Código de Processo Civil, “*a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada*”: nem

---

<sup>1</sup>A teor do que dispõe o art. 111 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

mais e nem menos, salvo as matérias passíveis de conhecimento de ofício. É a consagração do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, válido para o processo civil em geral e, por força do citado art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicável aos procedimentos afetos à Justiça da Infância e Juventude.

A jurisprudência, entretanto, ao mesmo tempo em que vem consolidando esse entendimento, também vem admitindo a juntada das razões em momento posterior, desde que ainda dentro do decêndio legal, lembrando que essa concessão de prazo é dada à revelia da lei <sup>2</sup>.

No entanto, parece bem nítida a opção dos Tribunais, inclusive dos superiores, de não abrir esta possibilidade para o apelante, ou seja, de julgar inadmitida a apelação que subir sem as razões recursais. Foi o que ocorreu no HC 63.792/SE, cujo relator foi o Ministro FELIX FISCHER, da 5ª turma do STJ, julgado em 01/03/2007.

Esse entendimento, frise-se, vale tanto para recursos de apelação interpostos contra sentença proferida em procedimentos destinados à apuração da prática de atos infracionais como para os demais processos ligados ao direito da criança, como guarda, tutela e adoção.

Como se vê, a proposta deste trabalho é, portanto, analisar se o sistema recursal delineado no Estatuto da Criança e do Adolescente tutela efetivamente o direito deste segmento da população, propiciando aos adolescentes autores de ato infracional o devido processo legal garantista, tal qual outorgado no Código de Processo Penal aos acusados maiores de 18 anos. Pretende-se, com isso, demonstrar que não se afigura justo conceber um sistema recursal menos protetivo aos jovens infratores do que o posto à disposição dos imputáveis. Também se pretende aclarar se é possível, com os instrumentos jurídicos existentes, efetivar uma crescente inclusão e proteção destes direitos em questão. Assim, será analisada uma possível linha de racionalidade que aborde a criança e o adolescente como novos sujeitos de direito. É evidente que o Estatuto como um todo representa a quebra de paradigma. Ele foi um marco legislativo de extrema importância, mas se percebe que alguns ajustes práticos devem ser

---

<sup>2</sup>Nesse sentido: STJ - 4ª Turma, REsp. 21.895-4 SP, rel. min. Athos Carneiro, j.14.9.92, DJU 05.10.92 e TJSP-Apelação Cível nº 53.587-0/0, julgada em 06 de abril de 2000, relator o Des. José Luiz Fonseca. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponíveis respectivamente em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br) e [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). Acesso em 10 de fevereiro de 2011.

feitos pelo Poder Judiciário, ajustes estes que independem de modificações legislativas, mas apenas da postura e da interpretação da lei, que deve ser vista sob a ótica da Constituição e não ao contrário.

## 2. A responsabilidade socioeducativa

A natureza jurídica da medida socioeducativa é tema de destaque nos debates entre os pensadores do Direito da Criança e do Adolescente. De um lado se encontram os adeptos da “*escola penal juvenil*” e de outro se apresentam os defensores do “*direito puro da criança e do adolescente*”.

A “responsabilidade penal juvenil” dos adolescentes, assim defendida por João Batista da Costa Saraiva (2002, p. 38), como instrumento apto a responsabilizar o adolescente pela prática dos seus atos, encontra seus fundamentos jurídicos na Carta Republicana e na Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Juventude, caracterizando-se pela diferenciação das medidas socioeducativas relativamente às penas criminais, quanto ao aspecto pedagógico e a sua duração.

Menciona o citado autor que essa “imputabilidade” frente à legislação especial vem prevista na própria Constituição Federal, quando dispõe, na segunda parte do artigo 228 – que remete à legislação especial casos excepcionais como é o do adolescente infrator – que as medidas previstas como aplicáveis a esses infratores, muito embora possuam características nitidamente retributivas e socioeducativas, traduzem-se em respostas justas, adequadas e indispensáveis à repressão da delinquência.

Para os partidários do “direito puro da criança e do adolescente”, embora o Estatuto da Criança e do Adolescente esteja em vigor há duas décadas, sua interpretação e aplicação são, muitas vezes, desarrazoadas e até mesmo deturpadas por uma visão penalista, esquecendo-se dos principais conceitos traçados pelo legislador, ferindo os princípios e regras inerentes ao Direito da Criança e do Adolescente.

As duas correntes de pensamento são, na verdade, harmônicas em defender que no sistema de responsabilidade do adolescente em conflito com a lei, no qual a medida socioeducativa tem natureza sancionatória, mas com caráter pedagógico, aplicam-se todas as garantias asseguradas aos maiores de idade que infringem a lei penal, dentre as quais podemos destacar as seguintes: (1) devido processo legal; (2) princípio da tipicidade; (3) necessidade de que o fato, além de típico, seja antijurídico e culpável;

(4) predomínio dos princípios do Direito Penal Mínimo, optando a lei juvenil pelas penas restritivas de direitos como alternativas à privação de liberdade; (5) prevalência da máxima de que ninguém deverá ser privado de liberdade se a lei admitir liberdade provisória; (6) gratuidade judiciária; (7) prescrição dos atos infracionais; (8) separação entre ação incondicionada e condicionada à representação, não se podendo aceitar prejuízos para os adolescentes em face dos adultos; (9) insignificância ou ato infracional bagatelar; (10) direito do adolescente de ser ouvido pela autoridade competente e direito à celeridade do processo, ao qual deverá ser dada prioridade absoluta. Somam-se a estas garantias aquelas inerentes às execuções das medidas, dentre as quais se destacam os princípios da progressividade das medidas (11), da excepcionalidade (12), da brevidade (13) e a aplicação dos direitos constitucionais de ampla defesa e contraditório. Por fim, cabe dizer que os procedimentos para apuração de ato infracional tramitam em segredo de justiça, visando assegurar a inviolabilidade física e moral do adolescente.

Parece-nos possível conciliar as duas correntes de pensamento. Frise-se que ambas são, em sua essência, extremamente protetivas. As duas vertentes entendem que os jovens em conflito com a lei não podem ser submetidos nem ao processo nem às sanções dos adultos e, sobretudo, jamais e por nenhum motivo devem estar nas mesmas instituições prisionais que os adultos. No entanto, os adolescentes são e devem seguir sendo responsáveis por seus atos (típicos, antijurídicos e culpáveis). Ambas concordam que sem responsabilidade não há cidadania plena.

Verdade seja dita, a linha divisória entre estas correntes se dá mais no plano sintático/semântico do que no jurídico. Os defensores do chamado direito “puro” da criança e do adolescente defendem a desnecessidade de se usar a expressão “responsabilidade penal” ou “responsabilidade penal juvenil”, pretendendo exigir dos operadores que se limitem a orbitar no microcosmo estatutário, deixando de lado conceitos ligados a outros ramos do direito.

Ambas as vertentes são concêntricas sobre a responsabilidade dos adolescentes, a qual é um componente central de seu direito a uma plena cidadania. Sem sofrer as devidas penalidades, o adolescente não se torna responsável e maduro para encarar a fase adulta.

Neste trabalho foi adotada a linha do “direito puro da criança e do adolescente”, pois, de fato, parece ser prejudicial traçar paralelos com

outros ramos do Direito, que foram instituídos num sentido completamente diverso do estatutário. O resultado pode, muitas vezes, ser uma interpretação completamente distorcida da normativa da Lei 8.069/90.

O receio de evitar a expressão “direito penal juvenil” merece atenção. Não é de hoje que os incansáveis membros da ABMP<sup>3</sup> defendem a necessidade do direito da criança e do adolescente ser matéria obrigatória na grade curricular das faculdades de direito, além de cobrar a implantação de novas varas da infância e juventude em todo o Brasil, bem como a exigência da matéria infancista ser demandada nos concursos públicos de juizes, promotores, defensores e na prova de aptidão da OAB. Ou seja, infelizmente a matéria especializada não é foco de muito estudo por parte de milhares de operadores jurídicos, que se valem de puro “achismos” em suas manifestações e decisões. Por este motivo, quanto mais “fechada” a interpretação, menores as chances de equívocos judiciais serem vistos por aí.

Importante frisar e destacar que os partidários do direito penal juvenil se valem desta terminologia exatamente numa visão garantista, tal qual exige a normativa internacional, evitando que adolescentes sejam internados à título de medida protetiva; sejam presos em cadeias destinadas a adultos; representados sem justa causa; mantidos em medida de internação por fatos praticados antes do início da execução, mesmo com relatórios favoráveis da equipe técnica, entre tantas outras irregularidades vistas na rotina judicial. Porém, parece desnecessário usar esta terminologia, quando se pode empregar a doutrina da proteção integral, o princípio da prioridade absoluta, da dignidade da pessoa humana, entre outros, próprios do direito da criança e do adolescente, que merece possuir uma identidade própria. O Direito da Criança e do Adolescente já abrange, natural e inexoravelmente, todo garantismo penal/processual penal, afinal, decorre da Constituição Federal.

Não se pode, por exemplo, comparar medidas socioeducativas com penas, pois, à luz do Direito da Criança e do Adolescente, aquelas não têm um fim nelas próprias, sendo apenas o meio por intermédio do qual a referida proteção integral do adolescente acusado da prática de ato infracional poderá ser alcançada. Esta particularidade, por sinal, explica, dentre outras, a possibilidade

---

<sup>3</sup>Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude. Disponível em: [www.abmp.org.br/institucional.php](http://www.abmp.org.br/institucional.php). Acesso em 13 de fevereiro de 2011.

de revisão das medidas socioeducativas a qualquer tempo (artigos 99 e 113, ambos do Estatuto), de modo que sejam sempre adequadas às necessidades pedagógicas do adolescente e às suas condições de efetivo cumprimento, algo que não encontra paralelo no Direito Penal.

Alguns podem entender que se trata de mero capricho a discussão aqui proposta, mas é importante registrar que o direito do consumidor, o direito ambiental, o direito trabalhista, entre outros, possuem identidades próprias. Daí a necessidade, passados mais de vinte anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, de se postular um espaço distinto para uma matéria digna de “prioridade absoluta”.

Como se vê, são linhas de pensamentos bastante diferentes, mas independentemente de se adotar a linha do direito penal juvenil ou do direito puro da criança e do adolescente, cumpre afastar, de plano, dúvidas interpretações do sistema adotado quanto à prática de atos infracionais, esclarecendo-se, por vez, que o Estatuto da Criança e do Adolescente constitui uma resposta adequada, eficiente e consonante com os mais altos padrões internacionais de respeito aos direitos humanos. O que impera é a necessidade de leis reguladoras da execução das medidas socioeducativas, a área mais obscura da administração da justiça juvenil, para legitimar-se a atuação dos operadores jurídicos, bem como para tutelar de modo eficaz e justo a todos os adolescentes em conflito com o ordenamento, de modo a enfrentar os aspectos subjetivos das decisões judiciais.

### 3. O sistema recursal

Neste capítulo, enfim, faremos uma comparação do sistema recursal adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente com as garantias postas à disposição dos adultos. A intenção deste estudo é, pois, traçar um paralelo entre os recursos processuais penais e o sistema estatutário, que está conectado ao capítulo dos recursos processuais civis.

Para firmar posição desde logo, o ideal teria sido a criação, pelo legislador, de um microsistema próprio disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que, baseado nos princípios autônomos deste ramo do direito, disciplinasse com mais amplitude o regramento recursal, incrementando os únicos dois artigos (artigos 198 e 199, do Estatuto) que tratam da matéria. Conforme já esposado, tratando-se de um ramo próprio do direito, regido por diversos princípios especiais, nada mais



justo e merecido do que o legislador ter se dedicado com mais ênfase à implantação de um sistema recursal autônomo.

Há que se registrar que existem bons estudos argumentando que, bem diferente do âmago do direito processual civil, que é a composição da lide, o ato infracional praticado por adolescente tem nítido caráter penal (art. 103, Estatuto) e sua apuração, conforme dispõe o Estatuto, obedece aos pressupostos processuais penais básicos, tanto que a lei em comento reprisa os dispositivos do Código de Processo Penal no tocante ao procedimento a ser observado e, ainda, na caracterização de um direito penal de garantias autorizador de um sistema processual acusatório (art. 111, Estatuto da Criança e do Adolescente). Nestes estudos, fica clara a sugestão ao legislador de se dividir o sistema recursal estatutário em duas vertentes: uma para os atos infracionais e outra para as demais hipóteses (guarda, tutela e adoção, por exemplo).

No entanto, a jurisprudência atual é clara no sentido de entender incabível a utilização de recursos previstos no Código de Processo Penal, posto que o Estatuto da Criança e do Adolescente adotou o sistema recursal do Código de Processo Civil<sup>4</sup>.

Na contramão da esmagadora maioria da doutrina e jurisprudência, a Procuradora de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Maria Cristina Cardoso Moreira de Oliveira é uma grande entusiasta do uso dos recursos previstos no Código de Processo Penal para os atos infracionais (OLIVEIRA, 2011).

Cumpre-nos, neste trabalho, mostrar e exibir as correntes de ideias existentes em nossa doutrina e jurisprudência. Por isso, calha lembrar que entre outras vozes dissonantes deste sistema recursal em vigor, está a de Valter Kenji Ishida (2006, p. 256), que defende a utilização subsidiária da legislação processual penal, pois, segundo ele, realmente se adequa melhor a atos infracionais e às decisões a eles relacionadas. Na linha sustentada pelo citado autor, encontramos, em sua obra, alguns julgados nesse sentido por ele defendido (*TJSP – C. Esp. – Ap. 18.385-0 – Rel. Yussef Cahali – j. 23-6-94*).

Entretanto, analisando detidamente os aspectos favoráveis e desfavo-

---

<sup>4</sup>TJSP-C. Esp.- Rec. Sent. Estrito-18.344-0-Rel. Ney Almada-j. 11-8-94. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em [www.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consulta](http://www.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consulta). Acesso em 10 de fevereiro de 2011.

ráveis do uso do sistema processual penal como paradigma nos atos infracionais, não chegamos a um bom termo. Vejamos os motivos.

Basicamente, a ação socioeducativa tem pelo menos três momentos cruciais passíveis de recursos: (a) exame da legalidade da apreensão em flagrante; (b) decisão que decreta ou indefere pedido de internação provisória e; (c) sentença.

No primeiro caso, a decisão do Promotor de Justiça de manter a apreensão em flagrante do adolescente que lhe foi apresentado pela autoridade policial, baseada no art. 174 do Estatuto da Criança e do Adolescente (oitiva informal) é desafiada por *habeas corpus*. Ora, neste caso, como a decisão acerca da manutenção da apreensão em flagrante emana de um Promotor de Justiça, por ocasião da oitiva informal, e não do Poder Judiciário, o Código de Processo Civil não prevê recurso cabível. Doutra banda, por se tratar do direito mais caro de qualquer cidadão, que é o direito de ir e vir, não resta alternativa para o adolescente senão o remédio constitucional acima citado.

Quanto à decisão judicial que decreta ou que indefere o pedido ministerial de manutenção da internação provisória, o recurso cabível é o agravo. Trata-se de decisão interlocutória. Por fim, contra a sentença, seja procedente ou improcedente ou de homologação de remissão, cabe apelação.

### 3.1. Análise comparativa entre o recurso em sentido estrito e o agravo.

Traçando um paralelo entre os recursos processuais penais e o sistema estatutário, de plano, um dos pontos negativos que saltam à vista e que prejudicam o manejo do recurso em sentido estrito é sua fórmula casuística, em *numerus clausus*, concebida pelo legislador no artigo 581 do Código de Processo Penal. Os vários incisos ali descritos são utilizados tanto contra despachos, como contra decisões ou sentenças, sem haver um critério preciso (o novo CPP suplantarão estes equívocos mediante a adoção do recurso de agravo).

Como é cediço, o legislador cometeu alguns lapsos na redação dos incisos, pois se esqueceu de criar um contraponto para cada situação taxativamente prevista. Prevê, por exemplo, recurso contra a decisão que concluir pela incompetência, mas não a que concluir pela competência; prevê a concessão de liberdade provisória ou a denegação do pedido de

custódia cautelar, mas não o inverso, ou seja, a denegação da liberdade provisória ou decretação da prisão preventiva. Todos estes equívocos tiveram de ser supridos pela jurisprudência, seja pela analogia ou pela utilização do *habeas corpus*.

Logo de plano, já se percebe que a fórmula prevista no Código de Processo Civil, ou seja, o agravo contra decisões interlocutórias e apelação contra as sentenças é mais simples e direta, evitando muitas discussões desnecessárias acerca da natureza jurídica de cada situação.

Ainda na tentativa de traçar paralelos entre os recursos disciplinados no Código de Processo Penal com os recursos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (e, por consequência no Código de Processo Civil), temos que registrar a problemática do regime de processamento do recurso em sentido estrito. O primeiro deles reside na formação do instrumento e na tramitação no primeiro grau.

### 3.2. Do processamento e competência

A necessidade de indicação das peças que formarão o instrumento do recurso em sentido estrito consome longo tempo para que sejam trasladadas as cópias indicadas. Em seguida, ainda temos a vista para contrarrazões e a indicação de peças da parte adversa, para posterior conclusão ao juiz. Neste ínterim, correm semanas ou mesmo meses, totalmente adversárias da celeridade que se espera dos processos e recursos afetos ao direito da criança e do adolescente.

De outro lado, em relação ao agravo, a conduta é diferente. Preocupado com esta delonga excessiva, que violaria o princípio da brevidade, o legislador estatutista exige a juntada, pelo agravante, das peças que formarão o instrumento a ser encaminhado para o Tribunal, exigindo-se o mesmo do agravado, que deve indicar as peças a serem trasladadas de forma simultânea ao oferecimento de contraminuta recursal. A medida é salutar e agiliza o procedimento do agravo, diferentemente do que ocorre com o recurso em sentido estrito, em que não se exige a simultaneidade, ocasionando, por vezes, atrasos de dias ou até de meses, como apontado retro.

No entanto, mesmo com esta agilidade, ainda há quem discorde deste processamento, argumentando que o encaminhamento do agravo diretamente para o tribunal, inviabilizaria o juízo imediato de retratação pelo

juízo singular. Porém, cabe frisar que o agravante, na forma do art. 526, do Código de Processo Civil deve informar o juízo da interposição do agravo no tribunal no prazo de três dias, juntando cópia da petição, do comprovante de interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso. Em seguida, em poder de cópia do agravo, poderá o juiz emitir seu juízo de retratação, previsto no art. 198, VII do Estatuto.

Ainda em relação ao agravo de instrumento, importante tecer alguns comentários a respeito de seu processamento, em face de conflito existente no art. 198, inciso VII (*antes de determinar a remessa dos autos à superior instância, no caso de apelação, ou do instrumento, no caso de agravo, a autoridade judiciária proferirá despacho fundamentado, mantendo ou reformando a decisão, no prazo de cinco dias*) e art. 524 do Código de Processo Civil (*o agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos (nova redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995)*).

Veja que esta Lei que alterou o Código de Processo Civil é de 1995 e o Estatuto da Criança e do Adolescente é de 1990. O Código de Processo Civil é lei geral e o Estatuto da Criança e do Adolescente é lei especial. Ou seja, segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, pelo critério da especialidade, haveria de preponderar o processamento disciplinado pela Lei 8.069/90, ou seja, dirigindo-se o agravo de instrumento para o juízo de primeiro grau.

Entretanto, a jurisprudência amplamente majoritária<sup>5</sup> se inclinou pela adoção do critério cronológico ou da sucessividade, ou seja, lei posterior revoga a anterior. Também levaram em consideração que o art. 198 do Estatuto foi expresso ao afirmar que nos procedimentos afetos à justiça da infância, fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil.

A doutrina esclarece que: “Com a nova sistemática do agravo, adotada pela Lei 9.139/95 (Código de Processo Civil, art. 532), o prazo para interposição deste recurso também é de dez dias. (CURY, 2002, p. 181). E, no mesmo sentido: “o Estatuto trouxe disposições específicas sobre a interposição do agravo de instrumento, que já foram revogadas tacitamente pela legislação processual atual. (...) O inciso II apresenta a regra

---

<sup>5</sup>AResp 226.349/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Julgado em 12/04/2005, DJ 13/06/2005 p. 222. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 10 de fevereiro de 2011.

do prazo de 10 dias para interposição de recursos, mas faz uma ressalva em relação ao agravo de instrumento e aos embargos de declaração. No Código de Processo Civil, antes das reformas, o prazo de interposição do agravo era de 5 dias. Atualmente, esse prazo já é de 10 dias (art. 522), de modo que a exceção trazida pelo Estatuto acerca desse recurso não existe (MELO BARROS, 2009, p. 259).

A Lei 12.010/2009 alterou o art. 198 do Estatuto, revogando os incisos IV, V e VI, mas não alterou o inciso VII que trata exatamente do processamento da apelação e do agravo. Logo, mesmo diante desta oportunidade ímpar de adequar o Estatuto às alterações do Código de Processo Civil e à tendência da jurisprudência, o legislador manteve o texto original.

Melhor interpretação há de ser aquela que combina os avanços do Código de Processo Civil, capazes de assegurar celeridade na tramitação do expediente de impugnação, com os aspectos particulares previstos no Estatuto da Criança e Adolescente que não podem ser olvidados, por força do *princípio da especialidade*, tais como, por exemplo, a possibilidade de que, querendo, seja oportunizado juízo de retratação positivo ao magistrado singular consoante prevê o artigo 198, VII, do Estatuto, sem prejuízo de que o recurso, no prazo peremptório e improrrogável de 24 (vinte e quatro) horas, seja derradeiramente dirigido ao seu Juiz Natural e revisor que, no caso, consiste no Tribunal de Justiça. A nova Lei 12.010/2009 em nada modificou este entendimento, de sorte que o agravo continuará sendo protocolado diretamente no Tribunal.

Portanto, parece claro que o agravo de instrumento, sendo protocolado diretamente na segunda instância<sup>6</sup>, tem maior possibilidade de ser julgado em menor tempo, se comparado com o recurso em sentido estrito.

---

<sup>6</sup>RECURSO. MENOR. AGRAVO. NOVA SISTEMÁTICA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, ART. 198, IV, V, VII E VIII, DERROGAÇÃO. LEI Nº 9.139/95. Dispondo o caput do art. 198 da Lei nº 8.069/90 aplicar-se o sistema recursal do Código de Processo Civil e suas alterações posteriores, deve ser aplicada a nova sistemática do agravo, instituída pela Lei nº 9.135/95, que prevê a interposição do recurso contra decisão monocrática diretamente no Tribunal de Justiça estadual, sendo pois adequada à instância o recurso de agravo de tema afeto ao tratamento do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim observa, visto que restaram derogados os incisos IV, V, VII e VIII do art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, **não havendo mais procedimento para indicação e traslado de peças**. (TJMG - Ag. de Inst. 150.775 - BELO HORIZONTE - Rel.: Des. ORLANDO CARVALHO - J. em 05/10/1999 - DJ de 03/02/2000). BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em [www.tj.mg.gov.br](http://www.tj.mg.gov.br). Acesso em 10 de fevereiro de 2011.

### 3.3. Dos efeitos dos recursos

Passando às comparações quanto aos efeitos em que os recursos de agravo e recurso em sentido estrito são recebidos, temos que o efeito suspensivo para este último é exceção, conforme se verifica do artigo 584 do Código de Processo Penal. Já o Estatuto Juvenil, depois do equívoco legislativo provocado pela Lei 12.010/09, prevê o efeito suspensivo de todos os recursos como regra. Na prática processual penal, para as hipóteses não contempladas no art. 584, resta a saída do manejo do mandado de segurança, com pedido de liminar, para conferir efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito ou agravo em execução. Conforme veremos, com a reforma legislativa de novembro de 2009, advinda com a Lei 12.010/2009, o que já não era bom, piorou ainda mais.

O maior desastre se deu na revogação do inciso VI do art. 198 que assim rezava: *“a apelação será recebida em seu efeito devolutivo. Será também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação”*.

Do modo como estava redigido, não havia dúvida de que o adolescente responsabilizado pelo ato infracional poderia desde logo iniciar o cumprimento de sua medida, exatamente como sinaliza o princípio da brevidade, previsto no art. 121, *“caput”*, do Estatuto, afinal, a regra era a incidência única do efeito devolutivo.

No mesmo sentido, a própria Lei 12.010/2009 dispôs em seu par. único do art. 100 que: *“São também princípios que regem a aplicação das medidas: I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal; (...) VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida”*.

Da forma como foi suprimido o inciso VI, que tratava da regra recursal no Estatuto, ficou clara a opção legislativa no sentido de se enaltecer o efeito suspensivo do recurso. O que antes era a exceção, agora virou a regra. Antes o adolescente poderia iniciar a execução provisória da medida socioeducativa e, agora, sob o efeito suspensivo, esta execução poderá demorar demais para ser iniciada, gerando perda da carga pedagógica.

Como é cediço, todo o segmento da sociedade civil e os operadores

do direito discutem há um bom tempo formas claras de acelerar a resolução das demandas e evitar manobras jurídicas para atrasar a marcha processual. O Estatuto sempre foi elogiado por romper o paradigma do processo civil arcaico e implantar regras novas e modernas, que os outros ramos do direito pretendiam copiar. No entanto, no fim do ano passado, quase no apagar das luzes do Congresso, eis que nossos representantes, inclinados sobre um Projeto de Lei de Convivência Familiar, se esqueceram de que o sistema recursal vigente regula tanto a colocação em família substituta, quanto os atos infracionais.

Parece que o intuito era apenas privilegiar o direito à convivência familiar, concedendo efeito suspensivo para os recursos que tratassem do tema, de modo a evitar decisões precipitadas, evitando o rompimento abrupto de vínculos familiares. No entanto, esquecendo-se de que o sistema recursal era apenas um, acabaram por prejudicar o início do cumprimento das medidas socioeducativas. É um contrassenso. Privilegiar a imediata execução da medida é a única forma de torná-la útil, numa concepção terapêutica e socioeducativa.

Registre-se que era despienda a criação dos novos artigos 199-A e art. 199-B, pois o revogado inciso VI do art. 198, já era claro ao imprimir o efeito suspensivo nas adoções por estrangeiros e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houvesse perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Agora, dispõe o art. 199-A que *“a sentença que deferir a adoção produz efeito desde logo, embora sujeita a apelação, que será recebida exclusivamente no efeito devolutivo, salvo se se tratar de adoção internacional ou se houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao adotando”*. E o art. 199-B diz que *“a sentença que destituir ambos ou qualquer dos genitores do poder familiar fica sujeita a apelação, que deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo”*.

A proposta que aqui se faz para vencer este equívoco do legislador quanto ao segmento dos atos infracionais é a utilização do art. 520 do Código de Processo Civil.

Ora, as internações provisórias ou a semiliberdade provisória nada mais são do que antecipações de tutela, previstas no Código de Processo Civil. Logo, a sentença que converte uma medida socioeducativa provisória em definitiva, exatamente por se tratar de confirmação dos efeitos da tutela antecipada, não autoriza a concessão do efeito suspensivo ao recurso de apelação, por força do art. 520, Código de Processo Civil, de acordo com a Lei 10.352/01.

Se os juízes e promotores da área da infância e juventude atentarem para esta possibilidade, poderão dar aos adolescentes envolvidos em atos infracionais graves, a possibilidade de iniciarem, desde logo, a execução de suas medidas, em respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, evitando-se delongas desnecessárias na execução da medida, a qual deve ser breve e imediata, sob pena de perda do interesse socioeducativo.

### 3.4. Do juízo de retratação

Merece destaque o entendimento de Nelson Nery Junior (2011), segundo o qual “o Estatuto trouxe sensível inovação ao sistema recursal ao permitir que o juiz possa retratar-se da sentença, ao examinar as **razões de apelação**”. Vale lembrar que no regime do Código de Processo Civil, o *juízo de retratação* existe apenas para o recurso de agravo, podendo o juiz reformar a decisão agravada. Cumpre gizar que

não obstante a norma falar em “despacho” fundamentado, o ato do juiz que mantém ou reforma a decisão interlocutória ou a sentença não é despacho. Pode caracterizar-se como nova decisão interlocutória ou nova sentença, caso resolva questão incidente ou extinga o processo, respectivamente. Isto porque sempre haverá conteúdo decisório nesse novo ato Judicial, ainda que simplesmente mantenha a decisão anterior, pois, nesse caso, o magistrado, após apreciar as razões e contra-razões do recurso de relação ou agravo, convenceu-se do acerto da decisão recorrida e, decidindo o mérito do recurso (provisoriamente e de forma diferida), proferiu nova decisão, mantendo a recorrida (*Op. cit.*).

Sendo o juízo de retratação negativo, os autos principais ou o instrumento deverão ser remetidos em 24 horas à superior instância, frisando que essa providência independe de pedido do recorrente, devendo ser realizada de ofício pelo escrivão ou diretor de secretaria.

De outra banda, se for positivo o juízo de retratação, com a reforma da decisão ou sentença recorrida, há necessidade de pedido expresso pelas partes, no prazo de cinco dias contados da data da intimação da nova decisão, para que os autos principais ou o instrumento sejam remetidos ao órgão *ad quem*.

Nem é preciso sublinhar que o recurso de apelação previsto no Cód-



go de Processo Penal não contempla esta hipótese. Portanto, o juízo de retratação se mostra muito mais consentâneo com os princípios norteadores do Estatuto. Além de aproximar o juiz da entrega jurisdicional mais justa, evita a remessa de mais um recurso para a segunda instância, tão entulhada de reexames.

Estes foram apenas alguns exemplos que demonstram a fragilidade dos argumentos daqueles que sustentam ser o sistema processual penal mais protetivo do que o sistema civilista.

Oportuno lembrar que os recursos atinentes ao direito da criança e do adolescente são isentos de custas (art. 198, inciso I, da Lei 8.069/90), exceto às outras pessoas que eventualmente litigam na Justiça Infanto-Juvenil em situações diversas<sup>7</sup>.

### 3.5. Das turmas e câmaras julgadoras dos recursos atinentes aos atos infracionais

Outra discussão que merece abordagem, mesmo que sucinta, neste artigo, diz respeito às Turmas e Câmaras dos Tribunais de Justiça, competentes para a apreciação dos recursos ligados à área infancista.

Infelizmente, nem mesmo nos Estados mais populosos e vanguardistas existem turmas ou câmaras especializadas para julgamentos sobre Direito da Criança e do Adolescente. O que se vê nos maiores tribunais brasileiros é uma simples divisão entre matéria pública/privada e cível/criminal.

Pode parecer, a princípio, que, em se tratando de atos infracionais, deveriam julgar os recursos as turmas criminais, por conhecerem à fundo a teoria do fato punível. Quanto aos demais processos relacionados à área do direito da criança, caberiam aos civilistas.

Ora, conforme explicitado no primeiro capítulo, não há que se confundir direito penal com o ramo especializado tratado neste estudo. Com frequência absurda são vistas decisões de segunda instância que ferem direitos dos adolescentes envolvidos em atos infracionais. Como pequenos exemplos, podemos citar a desconsideração da necessidade de repre-

---

<sup>7</sup>AgRg no REsp 996.558/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 10 de fevereiro de 2011.

sentação na ação socioeducativa, relativa aos crimes que dependem da iniciativa da vítima, de modo a equacionar os mesmos direitos previstos para os imputáveis. Outro equívoco comum é ver adolescentes mantidos em medida de internação por fatos praticados antes do início da execução, mesmo com relatórios favoráveis da equipe técnica, entre tantas outras irregularidades vistas na rotina judicial. Convém frisar que a pena possui um fim nela mesma, diferentemente da medida socioeducativa.

Por estes motivos é que não deve um penalista julgar os recursos infracionais, nem tampouco uma turma ou câmara criminal julgar uma adoção ou qualquer outra modalidade de colocação de pessoa em família substituta, mas sim uma Turma Especializada na matéria, capaz de empregar a doutrina da proteção integral, o princípio da prioridade absoluta, da dignidade da pessoa humana, entre outros, próprios do direito da criança e do adolescente, que merece possuir uma identidade própria.

## 4. Conclusão

Diante das críticas tecidas ao recurso em sentido estrito, não parece vantajosa para o adolescente sua utilização, diferentemente do sustentado e defendido por José de Farias Tavares, Valter Kenji Ishida, Maria Cristina Cardoso Moreira de Oliveira, entre outros.

Ademais, vale lembrar que o prazo do recurso em sentido estrito e da apelação dispostos no Código de Processo Penal é de cinco dias, enquanto que o prazo dos recursos em geral previstos no Estatuto é de dez dias, salvo o agravo e os embargos de declaração (art. 198, II). Por sua vez, calha registrar que o art. 188 do Código de Processo Civil, que confere prazo em dobro para o Ministério Público<sup>8</sup> e a Fazenda Pública recorrerem, é aplicável aos procedimentos do Estatuto, porque integram o sistema recursal do Código de Processo Civil. Isto porque expressamente se referem à interposição de recurso por aquelas entidades com a prerrogativa do prazo em dobro. Como o *caput* do artigo ora comentado fala na aplicação do sistema recursal do Código de Processo Civil, entendemos incidir essa regra.

---

<sup>8</sup>AgRg no REsp 841.274/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 11/09/2006 p. 236. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 10 de fevereiro de 2011.

Conclui-se, ante o exposto, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, valendo-se de seu sistema unificado, trouxe vantagens práticas ao operador do direito, pela simplicidade incorporada ao texto.

No entanto, conforme já demonstrado neste tópico, a Lei 12.010/2009, ao invés de avançar na defesa do sistema de garantias, trouxe um estranho retrocesso no capítulo dos recursos, o que deverá ser corrigido pela jurisprudência, de modo a respeitar o princípio da brevidade na execução das medidas socioeducativas.

As garantias tão evidenciadas no Estatuto da Criança e do Adolescente são severamente afrontadas à medida que os julgadores não dão conta de interpretar a sistemática processual civil à luz do art. 6º do aludido Estatuto, da Constituição Federal e da normativa internacional, dando margem a interpretações jurisprudenciais desviadas, com certeza, dos interesses buscados quando de sua edição, distanciando-se de sua finalidade primeira, que é a busca incessante da proteção integral.

Desse modo, é recomendável aos estudiosos do tema que se questionem quanto ao real direcionamento do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente no tocante à garantia dos direitos individuais e fundamentais do adolescente autor de ato infracional, de modo a incrementar a observância dos princípios estatutários, que não podem ser menos garantistas do que os princípios processuais penais.

Necessário se faz, portanto, uma atenção especial quanto aos recursos que digam respeito ao procedimento de apuração do ato infracional, devendo os juízes e os demais operadores do direito se atentar que os adolescentes gozam de direitos e garantias que devem ser priorizados, mesmo que à custa da *instrumentalização das formas*, frisando-se que o foco é a doutrina da proteção integral, disposta no art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Após realizar algumas comparações bastante práticas entre os recursos de agravo (previstos no Código de Processo Civil) e o recurso sem sentido estrito (previsto no Código de Processo Penal) também se pode concluir o acerto do legislador estatutário na adoção do primeiro, que em última análise, favorece a celeridade e a brevidade tanto aclamada e ansiada pelos operadores do estatuto da criança e do adolescente.

Percebe-se que a adoção do Código de Processo Civil como sistema recursal no processo de apuração de ato infracional deve ser, em alguns

casos, revisto e adaptado, de modo a salvaguardar, de maneira mais efetiva, aos adolescentes, no mínimo, os mesmos bônus processuais concedidos aos réus maiores, sem se esquecer, no entanto, que estamos lidando com um novo ramo do Direito, que não guarda qualquer correlação com o Direito Penal, e que é regido por regras e princípios próprios, sob pena de continuarmos a tratar nossos adolescentes como meros objetos da intervenção repressiva e punitiva do Estado, e não como sujeitos de direitos, destinatários da proteção integral preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, fundamentado na Constituição Federal e normativa internacional, dentre os quais avultam, como dos mais relevantes, os direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade, diuturnamente vilipendiados por aqueles que, em última instância, deveriam assegurar seu pleno exercício e assumir, inclusive em cumprimento ao disposto no art. 221, da Lei nº 8.069/90, a condição de protagonistas dessa transformação.

Em que pese a eventual boa-fé do legislador em sintetizar o capítulo dos recursos do Estatuto em apenas dois artigos (198 e 199), economizando regras e cuidando apenas das que divergiam das regras do sistema recursal adotado, o fato é que ainda se vê nos processos infracionais a interposição de recursos previstos do Código de Processo Penal, tal qual o recurso em sentido estrito. E o pior, em razão de “erros” dos operadores do direito, os adolescentes são impedidos de terem acesso à segunda instância do poder judiciário. Este é um desafio a ser encarado de modo simples e objetivo, ou seja, valendo-se das regras da instrumentalização das formas, pois em última instância, o que o adolescente quer é ver seu recurso apreciado pelo tribunal e não deve arcar com erros procedimentais.

Estamos certos de que já é hora de uma mudança de cultura, embora seja um processo difícil e penoso, dada a resistência apresentada por muitos a essa nova forma de ver, entender e atender a criança e o adolescente, no entanto, os adolescentes não podem ser prejudicados por equívocos legislativos ou operacionais dos procuradores de seus direitos, devendo os magistrados, no exercício do princípio da fungibilidade, amenizar o prejuízo para as partes, realizando, positivamente, o juízo de prelibação.

Atuando os juízes em prol do princípio da jurisdicionalidade e da fungibilidade, não mais estarão servindo como um instrumento de repressão, mas sim como garantidor de proteção, integral e prioritária, de todos os direitos infanto-juvenis, para o benefício de nossa sociedade.

Então, e apenas então, estaremos no caminho certo a permitir o cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil relacionados no art. 3º de nossa Constituição Federal, com a construção de uma sociedade mais livre, justa, solidária e igualitária, em que todos - inclusive crianças e adolescentes - munidos de uma exata consciência de cidadania, trabalhem unidos em prol do bem comum e do desenvolvimento nacional.

## Referências

DIGIÁCOMO, Murillo José. Internação provisória não é prisão. Disponível em [http://www.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca\\_doutrina\\_ato\\_infracional\\_1.html](http://www.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_doutrina_ato_infracional_1.html). Acesso em 07 de julho de 2010.

SILVA, Antonio Fernando do Amaral. Mandar jovens de 16 anos para o sistema carcerário vai resolver a questão da violência e da criminalidade? Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/10402/9967>. Acesso em 07 de julho de 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente. Teoria e Prática. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

CURY, Munir et. al (coords). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CURY, Munir et. al. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.

ELIAS, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 2ª ed. atualizada de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. atualizada de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MELO BARROS, Guilherme Freire de. Estatuto da Criança e do Adolescente. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Editora Podium, 2009.

MENDEZ, Emilio Garcia. Adolescentes e responsabilidade penal: um debate latino americano. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id114.htm>. Acesso em 07 de julho de 2010.

NÉRY JUNIOR, Nelson. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Disponível em <http://www.promenino.org.br>. Acesso em 07 de julho de 2010.

OLIVEIRA, Maria Cristina Cardoso Moreira de. Procuradora de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Sistema Recursal no Processo para Apuração de Infração Penal: um processo garantista? Disponível em <http://www.abmp.org.br/acervo.php?a=texto&&t=7>. Acesso em 07 de julho de 2010.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SARAIVA, João Batista da Costa. Adolescente e Ato Infracional – Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

# Aspectos da intervenção do Estado nos contratos de consumo: o controle das cláusulas gerais dos contratos pelo Ministério Público

Weruska Rezende Fuso\*

## RESUMO

O presente artigo busca analisar a intervenção do Estado no contrato, em especial no contrato de consumo, partindo de sua evolução histórica, e discorrendo sobre suas características. A par disto, enfatizam-se as atribuições do Ministério Público no controle administrativo e judicial das cláusulas abusivas nos contratos de adesão, e seu papel no sentido de garantir o justo equilíbrio entre as partes contratantes, evitando a multiplicação de demandas judiciais individuais e garantindo a defesa coletiva dos interesses sociais, representados pelo efetivo cumprimento das normas de proteção e defesa do consumidor.

---

\*Promotora de Justiça Titular da 3ª Promotoria de Justiça de Porto Nacional, Pós-Graduada em Direito Civil, Processo Civil e em Direito do Consumidor.

# 1. Introdução

A vida econômica desdobra-se através da imensa rede de contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulem seus interesses. Podemos afirmar que todo contrato possui uma função econômica, que segundo entendimento doutrinário recente, é a sua causa.

A função econômico-social do contrato foi reconhecida como a razão determinante de sua proteção jurídica. Desta forma, o Estado, por meio do dirigismo contratual, tutela determinados contratos devido à sua função econômico-social.

Com o crescimento exagerado do consumo, e a necessidade de fomentar a economia, foi preciso o Estado intervir nas relações contratuais de consumo, por se tratarem, na maioria das vezes, de relações de massa. Garantiu-se, então, a paridade entre os contratantes, pela instituição de um sistema de defesa do consumidor.

A nova teoria contratual volta-se para uma visão social e garantidora do equilíbrio contratual. O esquema contratual clássico não se aplica na maioria das novas categorias contratuais, as quais desconsideram noções de consentimento, intangibilidade e observância do pactuado (*pacta sunt servanda*), princípios consagrados que não conseguem mais ter aplicação generalizada.

O sistema de proteção ao consumidor instituído compõe-se de um complexo especial de normas, definindo-se regime próprio para a defesa do consumidor, com a fixação de princípios básicos e a estruturação de entidades próprias de controle.

Destarte, são vedadas condutas e disposições contratuais consideradas abusivas; são limitadas certas práticas, inclusive contratuais, lesivas a



interesses dos consumidores; são sancionadas, em nível administrativo, penal e civil, as condutas condenáveis; e são instituídos mecanismos próprios, no campo processual, para a satisfação dos direitos do consumidor.

O presente trabalho tem como objetivo a análise das formas de controle, tanto administrativas quanto judiciais, das cláusulas abusivas nos contratos de adesão, com enfoque especial no papel do Ministério Público, de forma a evitar a lesão ao consumidor, e o excesso de demandas individuais que sobrecarregam o judiciário.

## 2. O processo evolutivo da Teoria Contratual

Na medida em que a sociedade evolui, os institutos jurídicos também sofrem modificações. O contrato como instrumento pelo qual se constituem, modificam-se ou se extinguem obrigações, possui sua gênese na antiguidade, como forma de propulsão a circulação de riquezas.

O esquema contratual clássico está baseado no acordo de vontades entre as partes, ou seja, na autonomia da vontade. Essa estrutura do contrato encontrou seu ambiente propício no século XIX, com o advento do liberalismo, que primava pelo individualismo, pautado na mínima intervenção do Estado nas relações sociais e na livre concorrência.

Nesse contexto, prevaleciam três princípios básicos: o da autonomia da vontade ou liberdade contratual; o da relatividade dos efeitos contratuais, pelo qual o contrato fazia lei entre as partes (*lex inter partes*) e o da força vinculante ou força obrigatória do pactuado (*pacta sunt servanda*), o que tornava o conteúdo dos contratos intangível, imodificável.

Este era o contexto do século XIX, bastante influenciado pela Revolução Francesa, onde se imaginava que os homens eram livres e iguais, capazes, portanto, de cuidar de seus próprios interesses.

A respeito do tema, Cláudia Lima Marques (2006, p.11) assim se manifesta:

Na ciência jurídica do século XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do direito. A concepção de vínculo contratual desse período está centrada na ideia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundas da relação contratual (...)

Entretanto, neste sistema de ampla liberdade, não havia espaço para a análise do equilíbrio da relação. O contrato era reputado justo simplesmente pelo fato de originar-se da autonomia da vontade, da conjunção de vontades dos contraentes, pessoas livres e iguais.

Com a passagem do Estado liberal para o social, o poder público passou a interferir nos contratos, através de uma série de leis que impuseram limites à liberdade contratual, era o chamado *dirigismo contratual*, ora definindo regras mínimas, ora vedando expressamente determinadas cláusulas.

Podemos destacar que a atenção do legislador se desloca para a função social que os institutos privados devem cumprir, procurando proteger e atingir objetivos sociais definidos, concernentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais.

Nesse aspecto, o contrato foi um dos institutos de maior atenção do legislador, passando a doutrina a referir-se a uma *nova teoria contratual*, em *novos paradigmas*, numa *concepção social do contrato*.

A nova teoria contratual emerge com o crescimento exacerbado do consumo, com a consolidação do mundo polarizado e o surgimento das grandes potências mundiais, onde o capitalismo alcançou seu apogeu. A paridade nas relações de consumo não pode mais ser presumida, passando a requerer uma regulamentação específica.

O Estado se insere na relação contratual, na condição de titular do dever de assegurar a ordem jurídico-social, passando o contrato a ser visto sob uma nova perspectiva, não apenas como uma conjunção de vontades para um fim econômico de interesse das mesmas, mas sob o prisma do interesse social.

Nessa linha de desenvolvimento é que Paulo Luiz Neto Lobo ressalta seu caráter de instrumento de política econômica:

O contrato deixa de ser apenas instrumento de exercício de direitos para ser também instrumento de política econômica. E se estabelece uma situação aparentemente paradoxal: um recrudescimento de sua importância na medida de seu declínio, quando a autonomia da vontade vai perdendo seu predomínio. (LOBO, 1986, p. 19).

A Constituição Federal de 1988 é um importante marco desta nova concepção, pois abandona os valores que até então marcavam o direito privado, inserindo valores reputados supremos como o direito à vida, à

liberdade, à segurança e à propriedade, impondo-lhes limites de cunho político, social e econômico.

O Estado de Direito transforma-se em Estado Social de Direito, passando a intervir no domínio privado em prol do interesse coletivo, interferindo nas relações contratuais, o que caracterizou o fenômeno da publicização do direito privado.

### 3. Cláusulas contratuais gerais e os contratos de adesão

Diante do crescimento da sociedade de consumo, no início do século XX, impactada pela Revolução Industrial, o contrato de adesão passou a ser o instrumento necessário para atender à gama de relações jurídicas de massa que passaram a se formar.

A figura jurídica nominada *contrato de adesão* apresenta-se sob um duplo aspecto. Considerada na perspectiva da formulação de cláusulas por uma das partes, de modo uniforme e abstrato, recebe a denominação de *condições gerais dos contratos*. Encarada no plano da efetividade, quando toma eficácia jurídica, é denominada de *contrato de adesão*.

O contrato de adesão, portanto, trata-se de negócio jurídico bilateral que se forma pelo concurso de vontades a partir de cláusulas gerais preestabelecidas pelo fornecedor. Neste tipo de contrato o aderente aceita, em bloco, uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato.

As condições gerais dos contratos surgem impulsionadas por vários fatores interligados, a exemplo da explosão demográfica, do fenômeno da urbanização e da conseqüente demanda de bens e serviços em grande escala, da concentração de capital, do consumo de massa e da impossibilidade de tratamento individual entre o grande fornecedor e o consumidor final, além da consciência jurídica no processo de tutela do consumidor.

Configurado o contrato de adesão, tem-se um instrumento fundamental da nova economia de mercado, que será necessário para a maioria das relações de consumo, uma vez que fornecedores e consumidores não dispõem de tempo suficiente para discutir as cláusulas contratuais que envolvem suas inúmeras atividades no dia-

a-dia, enquanto o fornecedor tem a seu dispor um contrato padrão, que é utilizado para todos os consumidores.

A determinação do conteúdo desses contratos é prévia e unilateral, pois um dos sujeitos redige-as antecipadamente e submete-as à gama de consumidores que desejam adquirir seus produtos ou serviços.

Diante da verdadeira inundação da sociedade pelos contratos de adesão e condições gerais do contrato, houve a necessidade do Estado impor restrições de ordem pública, tanto em relação ao conteúdo quanto às técnicas de contratação em massa, que buscavam, em última análise, estabelecer um certo equilíbrio de forças entre as partes, já reconhecidamente desiguais.

O contrato de adesão, por ser elaborado unilateralmente pelo fornecedor, é reflexo inevitável da necessidade de se resguardar interesses econômicos do empresário. O CDC impõe inúmeros limites normativos quanto à apresentação do documento (arts. 46 e 54, § § 3º e 4º), e também quanto ao seu conteúdo (art. 51).

## 4. O princípio da boa-fé objetiva e o equilíbrio econômico

O princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, III, e art. 51, IV, do CDC) constitui-se em um importante atributo para a proteção do consumidor, oriundo da nova teoria contratual, este princípio foi instituído pelo Código de Defesa do Consumidor e repetido de forma inovadora no Código Civil de 2002 (art. 113, 187 e 422), oxigenando as relações privadas.

Sobre a origem da história do instituto, doutrina Leonardo Roscoe Bessa (2008, p. 283):

A boa-fé objetiva é princípio norteador do direito e não apenas do direito contratual, embora seja neste campo seu maior desenvolvimento e aplicação. Modernamente, a boa-fé foi desenvolvida pela doutrina e tribunais alemães a partir do disposto no § 242 do Código Civil alemão de 1896: “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico”. Na verdade, somente após a Primeira Guerra Mundial o dispositivo do Código alemão foi desenvolvido como fundamento para a boa-fé objetiva. No Brasil, embora com pouca ou nenhuma efetividade, cabe registrar que o princípio da boa-fé objetiva já estava expresso no art. 131, I, do Código Comercial de

1850 e, pontualmente, no art. 1.443 do Código Civil de 1916, relativo ao contrato de seguro, com a seguinte redação: “O segurando e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.” Todavia, salvo raras exceções, até o início da década de 90, quando entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor, a doutrina e a jurisprudência, ainda influenciadas pela visão clássica do contrato, não deram maior importância ao princípio.

Objetiva este princípio que as partes criem em suas relações contratuais um ambiente de solidariedade, lealdade, transparência e cooperação. O contrato, sem perder seu objetivo de satisfação de interesses individuais e de circulação de riquezas, não deve mais ser visto somente sob a ótica individualista, sendo necessária sua função econômica e social.

O Código de Defesa do Consumidor, sem contentar-se em estabelecer genericamente o princípio da boa-fé objetiva, detalha em algumas passagens deveres decorrentes da boa-fé, como o dever de informar (art. 6º, III, e art. 31; art. 52, *caput*), ou para preservar a segurança do consumidor nos casos de *recall* de produtos (art. 10, § 1º).

Ao lado da boa-fé objetiva, o CDC adota o princípio do equilíbrio econômico do contrato, cuja previsão inicial está no art. 4º, III, o qual alude à “boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.” Pretende-se com este princípio que se atinja relativa proporção entre prestação e contraprestação, através de uma relação contratual justa.

## 5. Das cláusulas abusivas e suas modalidades

Cláusulas abusivas são aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual, no caso o consumidor. São também as chamadas de cláusulas opressivas, vexatórias, onerosas ou excessivas.

Segundo conceito de Fernando Noronha:

Abusivas são cláusulas que, em contratos entre partes de desigual força, reduzem unilateralmente as obrigações do contratante mais forte ou agravam as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio entre elas (...) são cláusulas que destroem a relação

de equivalência entre prestação e contraprestação (NORONHA, 1994, p. 3).

Na sistemática do Código de Defesa do Consumidor optou-se por adotar um sistema aberto, onde o art. 51 traz um elenco exemplificativo, o que não exclui a possibilidade de existência de outras cláusulas reputadas abusivas. Os incisos IV e XV do art. 51 reforçam o caráter exemplificativo, ao indicar, de modo genérico, critérios para aferição de abusividade.

De qualquer forma, resta claro que o Juiz está autorizado a declarar a nulidade de cláusula abusiva pelo *caput* do art. 51 do CDC, que diz serem nulas, entre outras, as cláusulas que menciona. Neste sentido, destaca Nelson Nery Júnior. (2007, p. 573):

(...) sempre que verificar a existência de desequilíbrio na posição das partes no contrato de consumo, o juiz poderá reconhecer e declarar abusiva determinada cláusula, atendidos os princípios da boa-fé e da compatibilidade com o sistema de proteção ao consumidor.

Conforme se depreende em MARQUES (1994, p. 13-32), o que se tem no CDC é uma lista exemplificativa e duas cláusulas gerais para identificar as situações de abusividade: a cláusula geral da lesão enorme e a cláusula geral da boa-fé, segundo bem leciona o ex-ministro do STJ Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

Para a caracterização da lesão enorme, o CDC, em seu § 1º, fornece os seguintes critérios: há vantagem exagerada quando a cláusula ameaça o equilíbrio contratual ou impõe onerosidade excessiva.

Quanto à boa-fé, é importante salientar que as relações de consumo são informadas por este princípio (art. 4º, *caput* e inc. III, CDC), de sorte que toda cláusula que infringi-lo é considerada, *ex lege*, como abusiva. Isto porque o art. 51, XV, do CDC diz serem abusivas as cláusulas que “*estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor*”, sistema no qual se insere o princípio da boa-fé por expressa disposição do já referido art. 4º, *caput* e inc. III, do CDC.

A rigor, estabeleceu-se que as cláusulas gerais, como a da boa-fé e da lesão enorme, deveriam ser objeto de uma norma autônoma. Esta não foi a técnica utilizada pelo CDC, que, talvez por receio de um possível veto, optou por inseri-las no meio do elenco das cláusulas abusivas, onde se especificam situações características de abuso.

Conforme já explicitado, as hipóteses elencadas no CDC são em *numerus apertus*, ou seja, apenas exemplificativas, dada a impossibilidade de se prever a exaustão de cláusulas abusivas nas relações de consumo.

A par disto, no campo administrativo, a Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, em atendimento ao comando dos arts. 22, IV e 56, do Regulamento do Código de Defesa do Consumidor (Decreto nº 2.181/97), divulga, por meio de portarias, elenco de cláusulas abusivas.

Por certo, não se trata de inovação do rol estabelecido pelo art. 51 do CDC. A Secretaria de Direito Econômico não produz normas jurídicas. O intuito, como resta claro no art. 56 do Decreto 2.187/97, é basicamente orientar os integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, principalmente para fins administrativos.

Referidas portarias são editadas com base em decisões judiciais e administrativas recorrentes, estas últimas de diversos órgãos do PROCON e entendimentos dos Ministérios Públicos, que pacificaram como abusivas as cláusulas enumeradas.

Embora não vinculem necessariamente o intérprete ou o juiz, estas portarias oferecem importantes parâmetros para análise da validade de inúmeras disposições contratuais.

## 5.1. Cláusula abusiva: caracterização e sanção

Preliminarmente, é importante que se esclareça que a caracterização de qualquer cláusula como abusiva, na atual sistemática do CDC, independe da análise subjetiva do comportamento do fornecedor, ou seja, se houve malícia ou o intuito de obter vantagem indevida ou exagerada.

Segundo ensina Cláudia Lima Marques (2006, p. 697):

A tendência hoje no direito comparado e na exegese do CDC é conectar a abusividade das cláusulas a um paradigma objetivo, em especial, ao princípio da boa-fé objetiva; observar mais seu efeito, seu resultado, e não tanto reprimir uma atuação maliciosa ou subjetiva.

---

<sup>1</sup>Portarias nºs 4/98; 3/99 e 5/01 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/dpdc/download.htm#PORTARIAS> >

Quanto à sanção, o Código de Defesa do Consumidor é bastante claro ao definir as consequências da inclusão de cláusulas abusivas: a nulidade de pleno direito, ou nulidade absoluta, na terminologia do Código Civil, o que significa negar qualquer efeito jurídico à disposição contratual.

Ao explicitar sobre o tema, o art. 51, § 2º, do CDC, ressalta que “a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”

O objetivo da sanção, portanto, é negar efeito unicamente para a cláusula abusiva, preservando-se, a princípio, o contrato. Cuida-se do princípio da conservação do contrato. O magistrado, após excluir o efeito da cláusula abusiva, deve verificar se o contrato mantém condições, sem a cláusula abusiva, de cumprir sua função socioeconômica ou, ao contrário, se a nulidade da cláusula irá contaminar e invalidar todo o negócio jurídico.

## **6. A Atuação do Ministério Público no controle das cláusulas gerais dos contratos**

### **6.1. Controle administrativo e judicial**

A proteção contra cláusulas abusivas é um dos mais importantes instrumentos de defesa do consumidor, a importância é destacada pela multiplicação dos contratos de adesão, concluídos com base em cláusulas contratuais gerais.

O controle das cláusulas gerais dos contratos pode ser efetivado administrativamente ou pela via judicial, sendo que em ambos os casos, o controle pode ser abstrato ou concreto.

O Controle administrativo pelo órgão do Ministério Público pode ocorrer pela instauração do inquérito civil, com base no art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/85, aplicável às ações fundadas no CDC por incidência do art. 90, do CDC.

A instauração do inquérito civil é atribuição institucional exclusiva do Ministério Público, conforme disposto no art. 129, nº III, CF, e serve como veículo para a coleta de provas que poderão fundamentar uma eventual ação civil pública.

Neste procedimento informativo, o Ministério Público pode arremeter documentos, informações, ouvir os interessados e as



testemunhas, tudo para formar sua opinião sobre a existência ou não de cláusula abusiva em determinado contrato de consumo.

Nada impede que nesta fase os interessados possam chegar à composição extrajudicial, sempre com o objetivo de preservar o interesse social coletivo, que é de ordem pública por expressa disposição do art. 1º, do CDC.

Lamentavelmente, os § 3º do art. 51 e § 5º do art. 54 do CDC, que previam expressamente o controle administrativo e abstrato, pelo Ministério Público, das cláusulas contratuais gerais nos contratos de consumo, foram vetados pelo presidente da República.

Porém, o veto não demonstrou qualquer efeito na prática, pois o Ministério Público continua a dispor do inquérito civil, o qual se constitui em poderoso instrumento de prevenção e de composição de conflitos de consumo, que continuara sendo utilizado com sucesso.

Nesse sentido, a doutrina não deixa dúvidas quanto à possibilidade de controle administrativo das cláusulas gerais de contratos de consumo pelo Ministério Público. No entendimento da Professora Cláudia Lima Marques (2002, p. 954):

O Projeto original do Código de Defesa do Consumidor apresentado pelo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor/MJ à sociedade brasileira em 1989 previa uma atuação decisiva do Ministério Público como verdadeiro Ombudsman do mercado a assegurar que as normas de equidade e boa-fé do CDC tivessem repercussão prática no mercado de consumo, especialmente no controle prévio dos contratos de massa a serem oferecidos aos consumidores (...) O papel do Ministério Público continua, porém, decisivo na proteção do consumidor, seja como órgão de conciliação, seja como legitimado para ação civil pública, seja como órgão legitimado para propor a ação de controle em abstrato das cláusulas abusivas, segundo o § 4º do art. 51.

Destaca-se, por oportuno, que o inquérito civil tanto poderá ser utilizado como forma de controle das cláusulas gerais no aspecto abstrato quanto no concreto. O controle abstrato ocorrerá sempre que chegar ao conhecimento do Ministério Público a existência de cláusula potencialmente abusiva em formulários padrão, que poderão vir em um contrato a ser firmado com qualquer empresa pública ou que preste serviço público ou empresa privada, independentemente deste contrato ter sido firmado ou não pelo consumidor.

Caso constatada a existência de uma cláusula abusiva no contrato, o fornecedor será convidado a discuti-la com o órgão do Ministério Público no bojo do inquérito civil, objetivando uma possível alteração, exclusão ou inclusão, de modo a perder a abusividade. Caso o fornecedor aceite a orientação do Ministério Público, poderá ser firmado um Termo de Ajustamento de Conduta. Se infrutífera a tentativa em ajustar a conduta, não restará outra opção ao Ministério Público senão o ajuizamento de uma Ação Civil Pública, com pedido de declaração de nulidade da cláusula abusiva.

Já o controle concreto ocorre quando algum consumidor ou entidade que o represente, requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto no CDC, ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes (art. 51, § 4º, CDC).

Neste caso, é importante lembrar que o Ministério Público tem legitimidade para defender os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, a teor do art. 129, III e IX, da CF, c.c. arts. 82, I, 90, 110 e 117, todos do CDC e, ainda, com os arts. 1º, IV, 5º, caput e 21 da LACP.

Cumpre asseverar, com escopo no magistério de Nelson Nery Júnior (2001, p. 570), que:

(...) o *parquet* tem atribuição funcional e legitimidade para agir, tanto para efetuar o controle administrativo das cláusulas contratuais gerais do contrato de adesão, quanto para pleitear judicialmente a exclusão, modificação ou declaração de nulidade de cláusula que entenda ser abusiva.

Por fim, destaca-se que o controle administrativo das cláusulas gerais dos contratos de consumo ainda é um instrumento utilizado com timidez pelo Ministério Público, dada a sua importância para a prevenção de abusos nos contratos de massa, o que evitaria uma série de demandas judiciais individuais, além dos danos concretos aos consumidores.

## 7. Conclusão

O legislador deu poderes institucionais e instrumentos legais para o Ministério Público efetivar o controle sobre a abusividade nas cláusulas gerais dos contratos de consumo, buscando, em última análise, possibilitar

a proteção e defesa do consumidor, cujas normas de tutela são de ordem pública por expressa disposição do art. 1º do CDC.

Busca-se, por meio destas medidas protetivas, resguardar o interesse social coletivo, representado pela gama de consumidores que contratam diuturnamente, através de contratos de adesão.

A garantia do equilíbrio contratual, centrada na boa-fé e na equidade entre as partes, deve ser preservada pelo Ministério Público através de suas ações legítimas, previstas pelo legislador do CDC, em razão de sua preocupação com o controle dos contratos que diariamente são lançados no mercado, recheados de cláusulas questionáveis.

Os fundamentos para o controle das cláusulas abusivas pelo Ministério Público encontram-se no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal, que estabelece o dever do Estado na defesa do consumidor.

Destarte, é preciso que também o Judiciário deixe de ser um mero expectador diante das relações contratuais abusivas e assuma sua função de controlador, mediante a constatação, de forma incidental nos procedimentos, das cláusulas abusivas, visto tratar-se de questão de ordem pública, o que já lhe dá respaldo para a declaração de nulidade de pleno direito, nos termos do art. 51, do CDC.

## Referências

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In Estudos sobre a proteção do consumidor. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, 1994.

BRASIL. PORTARIAS nºs 4/98; 3/99 e 5/01 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/dpdc/download.htm#PORTARIAS>>

BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antônio Herman e MARQUES, Claudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GARMS, Ana Maria Zauhy. Cláusulas abusivas nos contratos de adesão à luz do Código do Consumidor. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n.18, ago.1997. Disponível em: <<http://jus2.uuol.com.br/doutrina/texto.asp?id=707>>. Acesso em: 08 abr. 2008.

LISBOA, Roberto Senise. Contratos Difusos e Coletivos, 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Contratos: exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

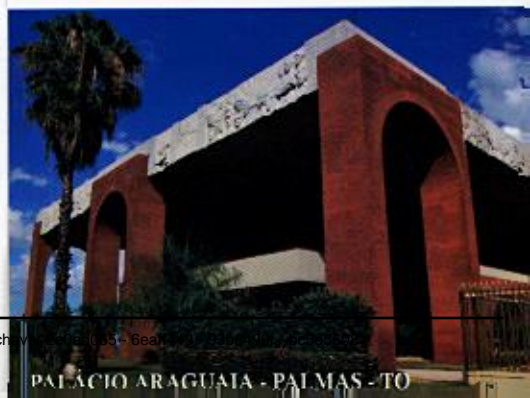
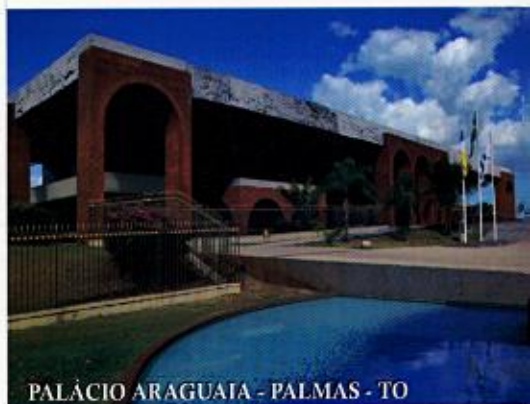
----- (Coord.) Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor, Estudos sobre a proteção do consumidor. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, 1994.

BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: art. 1º a 74 – aspectos materiais. São Paulo: RT, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigri. A defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 573.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.



## Realização:



Centro de Estudos e  
Aperfeiçoamento Funcional  
- CESAF -

Apoio:

