

PROCURADORES DA REPÚBLICA

ANO II - Nº 16 - AGOSTO - 1999



DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS

E JURISDIÇÃO SUPRA-NACIONAL: A EXIGÊNCIA DA FEDERALIZAÇÃO

▶ A INDEPENDÊNCIA DA MAGISTRATURA

▶ A RELAÇÃO ENTRE O ORDENAMENTO
INTERNACIONAL E O ORDENAMENTO
INTERNO EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

▶ CRIMES CONTRA A FAUNA: BREVES
QUESTÕES SOBRE A COMPETÊNCIA

▶ O ARTIGO 83 DA LEI Nº 9430/96:
SUA COMPREENSÃO

▶ CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE
APOSENTADO, EX-SERVIDOR
PÚBLICO - INCONSTITUCIONALIDADE

▶ ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE
EMENDAS CONSTITUCIONAIS
RELATIVAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO

▶ SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA E A
EXCLUSÃO DE ALUNO INADIMPLENTE
DE UNIVERSIDADE PARTICULAR

▶ DESAPROPRIAÇÃO

▶ ÁREA INDÍGENA: IMPOSSIBILIDADE DE
ALIENAÇÃO DE MADEIRA
A ELA PERTENCENTE
(ART. 25 DA LEI 9.605/98)

A INDEPENDÊNCIA DA MAGISTRATURA

Américo Luz - Ministro aposentado do STJ

Antonio Fonseca - PRR/1ª Região 3

A RELAÇÃO ENTRE O ORDENAMENTO INTERNACIONAL E O ORDENAMENTO INTERNO EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

Carla Abrantkoski Rister - Auditora Fiscal da Receita Federal/SP 5

CRIMES CONTRA A FAUNA: BREVES QUESTÕES SOBRE A COMPETÊNCIA

Carlos Fernando dos Santos Lima - PR/PR 9

O ARTIGO 83 DA LEI Nº 9430/96: SUA COMPREENSÃO

Claudio Lemos Fonteles - Subprocurador Geral da República 13

DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS E JURISDIÇÃO SUPRA-NACIONAL: A EXIGÊNCIA DA FEDERALIZAÇÃO

Flávia Piovesan - Procuradora do Estado de São Paulo 16

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE APOSENTADO, EX-SERVIDOR

PÚBLICO - INCONSTITUCIONALIDADE - *Francisco Dias Teixeira* - PRR/3ª Região 18

ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS RELATIVAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO

Maria Iraneide Olinda S. Fachinni - PRR/3ª Região 22

SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA E A EXCLUSÃO DE ALUNO INADIMPLENTE DE UNIVERSIDADE PARTICULAR

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa - PR/SP 25

DESAPROPRIAÇÃO

Sidney Pessoa Madruga - PRM/Imperatriz/MA 28

ÁREA INDÍGENA: IMPOSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO DE MADEIRA A ELA PERTENCENTE (ART. 25 DA LEI 9.605/98)

Ubiratan Cazetta - PR/PA 30

ERRATA ERRATA ERRATA ERRATA ERRATA ERRATA ERRATA ERRATA ERRATA

Erramos. No Boletim dos Procuradores N. 15 deixamos de publicar parte do último parágrafo do texto da Dra. Maria Iraneide Olinda Santoro Faccini, com o título: VISITA ÍNTIMA: DIREITO DO PRESO? - parágrafo este que reproduzimos a seguir: "De qualquer forma e em contrapartida, não nos esqueçamos que estes benefícios auferidos pelos presos, podem redundar, o mais das vezes, em desvalias extra-muros: v.g. o incremento das doenças sexualmente transmissíveis, especialmente da terrível AIDS, ainda sem possibilidade de cura; o aumento da geração de filhos sem pais, quer dizer, de genitores ausentes, porque reclusos, contrariando o princípio da paternidade responsável, ou de filhos sem mãe, - visualizemos aquelas que têm longa pena a cumprir, por vezes sem qualquer direito à progressão de regime, gerando crianças e adolescentes desajustados, engrossando a já absurda fileira existente, de milhares de menores infratores, tudo a exigir do Poder Público, providências no sentido da plena e eficaz orientação e prevenção dos presos e parceiros."

EXPEDIENTE EXPEDIENTE EXPEDIENTE EXPEDIENTE EXPEDIENTE EXPEDIENTE EXPEDIENTE

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA - ANO II - Nº 16 - AGOSTO 99

Conselho Editorial: Aloísio Firmo, Elizabeth Kablukow Bonora Peinado, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Maria Helena Nogueira de Paula, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, Odím Brandão Ferreira e Rosângela Pofahl Batista.

Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva:

Conselho Curador: Domingos Sávio Dresch da Silveira, Januário Paludo, Mário Lúcio Avelar, Raquel Elias Ferreira Dodge, Rita de Fátima Fonseca, Samantha Chantal Dobrowolski e Walter Claudius Rothenburg.

Diretoria Executiva: José Roberto Figueiredo Santoro, Eugênio José Guilherme de Aragão e Felício Pontes Júnior.

Associação Nacional dos Procuradores da República:

Presidente: Carlos Frederico Santos

Vice-Presidente: Gilda Pereira de Carvalho Berger

Diretores: Adonis Callou de Araújo Sá, Carlos Augusto da Silva Cazarré, Elton Venturi, Ieda Maria Andrade Lima, José Adércio Leite Sampaio, Mário Luiz Bonsaglia, Nicolao Dino de C. e Costa Neto, Nívio de Freitas Silva Filho, Mário Luiz Bonsaglia, Robério Nunes dos Anjos Filho e Valquíria Oliveira Quixadá Nunes.

Revisão: Luiza Cristina Fonseca Frischeisen e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Diagramação, Impressão e Distribuição: Artchip Editora Ltda.: (011) 240-7679 - www.artchip.com.br

Tiragem: 1.700 - Distribuição gratuita

Capa: Fábio Giacomelli Lyrio

Os artigos são de inteira responsabilidade de seus autores.

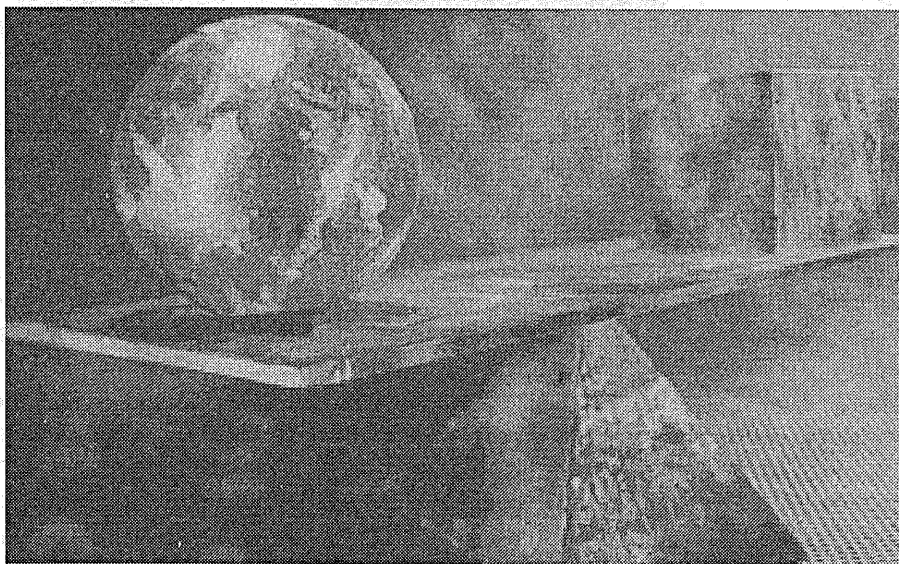
A INDEPENDÊNCIA DA MAGISTRATURA

Américo Luz

Ministro aposentado do STJ

Antonio Fonseca

PRR/1ª Região



Independência: privilégio *pro societatis*

A noção de poder judiciário independente não era conhecida na antiguidade. Na Grécia, as assembleias legislativas governavam e distribuíam justiça. Em Roma, essa atividade era realizada pelos pretores, mas o senado julgava certos casos. Distribuir justiça era compartilhada com o parlamento e o monarca. O juiz era um delegado deste, que detinha o direito de advocação régia. Mas a experiência secular revelou a grande inconveniência do acúmulo de funções.

Após a Revolução Francesa, mola propulsora do estado de direito, a organização da magistratura tomou nova feição, dando lugar a um poder judiciário autônomo. É conhecida a passagem de Montesquieu (*De l'esprit des lois*, 1748), segundo a qual "Não há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do poder executivo." Em face do grande volume de interesses do poder político, personificado no parlamento e no executivo, somente um poder autônomo em relação a sua própria administração e independente em relação ao livre julgar, seria capaz de garantir as liberdades individuais.

A independência é uma relação do juiz consigo mesmo. Esse fenômeno, que não significa isolamento do juiz da sociedade na qual ele exerce o seu ofício, mereceu fina observação do festejado jurista italiano, Piero Calamandrei: "Não conheço qualquer ofício em

que, mais do que no juiz, se exija tão grande noção de viril dignidade, esse sentimento que manda procurar na própria consciência, mais do que nas ordens alheias, a justificação do modo de proceder, assumindo as respectivas responsabilidades."

"A independência dos juizes, — continua Calamandrei — isto é, aquele princípio institucional por força do qual, ao julgarem, se devem sentir desligados de qualquer subordinação hierárquica, é um privilégio duro, que impõe, a quem dele goza, a coragem de ficar só consigo mesmo, sem que se possa comodamente arranjar um esconderijo por detrás da ordem superior."

O julgamento colegiado de segundo grau não nega essa assertiva, mas a aperfeiçoa, pois "o juízo coletivo, que se considera como uma garantia de justiça para as partes, foi inventada a favor dos juizes, a fim de lhes permitir uma certa companhia na solicitude da sua independência." ("Eles, os Juizes, Vistos por Nós, os Advogados", pp. 167/168).

Os juizes provêm de todos os segmentos sociais. Grande número deles teve princípio de vida difícil. Isso assegura à magistratura, como um todo, a sensibilidade do desnível social, desde os dissabores da pobreza aos sabores da opulência. A posição respeitosa que ocupam na sociedade decorre da expectativa do povo de poder contar com as suas ordens, contra ou a favor, sem injunções indevidas. O cidadão espera que uma sentença

seja uma imposição resultante do livre convencimento ditado pela lei e pelo direito, ainda que seja impossível descartar os reflexos da consciência do juiz e da fé no seu Deus.

Alguns predicados dão objetividade à independência, tais como, vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e juízo natural. O escopo é a defesa da isenção dos juízes contra os poderosos. Tais garantias, não há dúvida, não representam vantagens devidas ao juiz, mas pertencem à sociedade a quem interessa a eficácia da administração da justiça e a tranqüilidade do cidadão. Um elemento extremamente caro à independência, todavia, é a forma de investidura.

Independência e procedimentos de investidura

A judicatura está sujeita às condições da investidura dos juizes. A delegação do monarca, no antigo regime, fazia dos operadores prepostos do rei. A delegação era pressuposto de um exercício da judicatura por consenso do governante. A coroa poderia confiar aos seus juizes a satisfação dos seus caprichos. Isso levou o Parlamento inglês a adotar, em 1640, a cláusula do *good behaviour* que conservava os cargos-beneplácitos dos juízes enquanto eles bem servissem à função.

Na França, inaugurada a magistratura eleita e periódica, a primeira eleição em Paris fez julgadores de primeiro grau dois gravadores, um escultor, um pintor, dois caixeiros e um jardineiro. O exemplo mostra que a eleição popular não garante o recrutamento de pessoas com condições técnicas e morais para o cargo. Por isso, nos Estados Unidos como no resto do mundo, o sistema de eleição não predomina e tende a ser abandonado e substituído pelo sistema do mérito e da designação.

O sistema do mérito para a magistratura singular, mediante concurso de provas e títulos, é democrático e competitivo. O sistema de designação para a magistratura superior, que não pode ser confundido com o antigo regime da delegação monárquica, tem a natureza de mandato constitucional bem definido. Esses sistemas podem ser aperfeiçoados.

Eleição de juízes e maturidade política

O procedimento de investidura deve evitar que se chegue de salto às dignidades supremas. A investidura não deve resultar de ação de padrinhos, mas de um reconhecimento após um curso de honras (*cursus honorum*), como acontecia na antiga Roma com respeito ao múnus de cônsul.

A magistratura superior e suprema devem ser reservadas àqueles que efetivamente passaram, por período

do mínimo razoável, pela experiência da magistratura, do debate acadêmico ou magistério, da advocacia privada ou pública e pelo planejamento administrativo da justiça enquanto política pública.

A revisão do sistema do mérito para a magistratura singular deve discutir a idade mínima e o curso de formação eliminatório. Este deve incluir a ética e os problemas da administração da justiça como disciplinas aprovadas por órgão superior da magistratura.

Os critérios de designação devem ser também revistos. É preciso evitar a prática do apadrinhamento e o desgaste indigno do pleito para o candidato. Essa revisão é mais complicada porque a falha do sistema é compartilhada pelos três poderes. O procedimento de motivação objetiva da escolha talvez deva ser considerado. Não seria demais instituir a atribuição de notas justificadas, em procedimento reservado, na avaliação dos critérios do notável saber e da reputação ilibada. Tais requisitos devem ser traduzidos em qualificação mínima avaliada por um poder e revisada por outro.

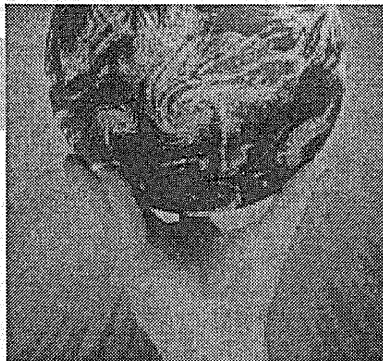
O critério eletivo não contribuirá para o aperfeiçoamento do sistema judicial. Se adotado, conforme a praxe de jurisdições alienígenas, somente seria endereçado à magistratura singular. Além das inconveniências já citadas, o regime seria particularmente impróprio no Brasil que, sabidamente, não conta com um sistema eleitoral maduro. É voz corrente que o país precisa urgentemente de uma reforma eleitoral. Problemas existem nesse setor. Transportá-los para o poder judiciário seria uma falta de sensatez, diante da perspectiva de que nenhuma contribuição traria para o melhoramento da distribuição de justiça.

Não se deve negligenciar o fato de que os problemas do judiciário são em parte reflexos dos problemas dos outros poderes. Desempregos, desigualdades social e regional e mal encaminhamento do poder político e econômico são responsáveis pelo nível de insatisfação entre os cidadãos, a qual atua como fator de litigiosidade. Enquanto não se reduzir a desigualdade social, e as leis pouco informadas não deixarem de refletir uma política pouco compreendida do poder, a sociedade brasileira não terá um judiciário razoavelmente eficaz. O desempenho dos tribunais, todavia, não deve ficar fora do escopo da discussão política. É fundamental que essa discussão seja entretida por procedimentos e órgãos próprios. O sentido dessa discussão não é afrontar a magistratura, mas assegurar que os seus membros não se transformem em déspotas incontroláveis.

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA

ENVIE SEUS ARTIGOS E PARTICIPE DESSA IDÉIA

A RELAÇÃO ENTRE O ORDENAMENTO INTERNACIONAL E O ORDENAMENTO INTERNO EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS



Carla Abrantkoski Rister
Auditora-Fiscal da Receita Federal/SP

No âmbito do Direito Internacional público travou-se importante polêmica acerca da relação existente entre o ordenamento internacional e o ordenamento interno dos Estados, questão que, longe de consistir mera discussão acadêmica, refletir-se-á na esfera cotidiana das pessoas, na medida que é cada vez maior a interação entre ambas as ordens, especialmente se considerarmos que a evolução tecnológica dos meios de comunicação faz com que as informações circulem em tempo real por todo o planeta, ocasionando maior rapidez na tomada de decisões pelos Estados, Organizações Internacionais e outros agentes, seja em matéria de política, economia ou violação dos direitos humanos.

Conforme leciona Marotta Rangel, há duas escolas a respeito do tema, a dualista e a monista, sendo que a primeira consagra a cisão rigorosa entre a ordem jurídica interna e a internacional, a tal ponto que chega a negar a possibilidade de conflitos entre ambas as ordens. Já a escola monista defende a existência de um único sistema jurídico, que compreende o direito internacional público e o direito interno. No que tange à opção por uma ordem ou por outra, dividem-se os monistas, entre o **monismo com primazia do direito interno** e o **monismo com primazia do direito internacional**.

No âmbito da polêmica entre monismo e dualismo, desconsiderando-se os direitos humanos, impende notar que há um pluralismo jurídico, de modo que a ordem internacional e a interna se interpenetram, ora o direito interno aplicando o Direito Internacional Público, ora este último levando aquele em consideração em questões como a nacionalidade e a ratificação imperfeita do tratado. No

entanto, em matéria de direitos humanos, dá-se um inter-relacionamento muito mais estreito entre a ordem interna e a internacional e, em alguns casos, poder-se-ia chegar à fusão total, conforme aduzido por Comparato.

No que tange aos conflitos entre um ordenamento e outro, a solução depende do sistema adotado. Para a escola dualista, que via de regra requer a transformação da norma internacional em norma de direito interno, o conflito irá resolver-se pelo princípio "*lex posterior derogat priori*", se se admitir como de igual hierarquia a norma de direito internacional e a norma de direito interno. É certo que tal solução às vezes acaba por gerar um conflito ainda maior, pois admite a possibilidade de haver norma interna válida, ainda que de conteúdo contrário ao de tratado internacional, o que poderá levar à responsabilização do Estado no plano internacional. Já para a escola monista, em que os ordenamentos formariam um sistema único, o problema do conflito irá resolver-se pelo critério hierárquico adotado: primado do direito internacional ou primado do direito interno, mediante a aplicação do princípio "*lex superior derogat inferiori*".

Se tais soluções se apresentam, por vezes, insatisfatórias para a solução de conflitos em geral, como no caso mencionado, em que um Estado poderá vir a legislar internamente de modo contrário a tratado por ele ratificado e incorporado ao seu direito interno, em matéria de direitos humanos esse problema se agrava, uma vez que a solução dos conflitos não adota os métodos clássicos acima descritos.

Existe uma tendência constitucional internacional de se dispensar um tratamento especial aos tratados in-

ternacionais celebrados em matéria de direitos humanos, sendo sintoma de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central, como bem nota Cançado Trindade, o que ressalta cada vez mais que os fundamentos últimos da proteção dos direitos humanos transcendem o direito estatal.

Impende observar, assim, que, em matéria de direitos humanos, prevalece hoje um consenso generalizado em torno da necessidade de internacionalização de sua proteção, juridicamente viabilizada pela **coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana**. Por tais

razões, a solução de conflitos entre um e outro ordenamento irá seguir regras próprias, que extravasam os métodos clássicos propostos pelas teorias monista e dualista. Assim, aduz Cançado Trindade que não há mais a pretensão de primazia de um ordenamento ou outro, pois a **primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno**. Ambos os ordenamentos interagem em benefício dos

seres protegidos. Esta solução é expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, sendo da maior relevância pelas implicações práticas.

Sob o influxo de tais idéias, a Constituição brasileira de 1988 consagrou, em seu artigo 5º, § 2º, que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, dispositivo que foi considerado pela quase unanimidade dos doutrinadores como sendo de fundamental importância para a consagração dos direitos humanos conferidos pelas normas internacionais no âmbito interno, a eleger o sistema da adoção ou da integração de pleno direito, **ao menos em matéria de direitos humanos**. Tal dispositivo constitucional, assim, possui dupla significação. A primeira consiste na inclusão nessa regra de integração automática não apenas dos tratados internacionais vinculantes para o Brasil, mas também dos princípios de direito internacional e dos costumes internacionais em matéria de direitos humanos, conforme aduzido por Comparato, na medida em que a própria Constituição consigna como um dos fundamentos do Estado brasileiro, em seu art. 1º, III, a dignidade da



pessoa humana, bem como, na órbita das relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Ademais, o art. 5º, § 2º, tem o condão de incorporar internamente os direitos humanos consagrados internacionalmente com *status* constitucional, o que é de profunda relevância, na medida que se evitam (ao menos, em tese) conflitos com legislação infraconstitucional de conteúdo diverso das normas internacionais. Prevalece, assim, a norma mais favorável à vítima, conforme aduzido anteriormente como um princípio internacional em matéria de direitos humanos, aliás, princípio este já positivado em inúmeros tratados internacionais sobre o tema. E, acaso

a norma de direito internacional seja mais favorável, prevalece internamente enquanto tal, com *status* constitucional.

Flávia Piovesan, autora de aprofundado estudo sobre o tema, defende o ponto de vista esboçado acima, afirmando que a Constituição brasileira de 1988, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrario sensu*, está a incluir, no

catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Acrescenta a autora um outro argumento em favor da natureza constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais: **a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais**, valendo dizer que se não se tratasse de matéria constitucional ficaria sem sentido tal previsão. Menciona ainda a doutrinadora que os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado “bloco de constitucionalidade”, densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como constitucional aberta. Tal abertura seria decorrência da incompletude da Constituição, o que permitiria a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento político.

Assim, cumpre-nos perquirir acerca da posição da jurisprudência acerca da prevalência dos tratados sobre a legislação interna, inclusive sobre a Constituição, especialmente no que concerne aos direitos humanos, diante da posição doutrinária antes exposta, no sentido de admitir a prevalência da norma mais favorável à vítima, ainda que contrária à Constituição, em face do que dispõe o art. 5º § 2º da CF/88. Para tanto, é ilustrativo que abordemos

um caso recente, que vem sendo debatido pela jurisprudência, a respeito da prisão civil do devedor fiduciário, pois ele envolve um aparente conflito entre um dispositivo constitucional e um tratado internacional. A Constituição Brasileira, em seu art. 5º, inciso LXVII, afirma que *“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”*. Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica em 22.11.1969, a que o Brasil aderiu em 25.09.1992 (Decreto de Promulgação 678, de 06 de novembro de 1992), dispõe, em seu art. 7º, § 7º, que *ninguém deve ser detido por dívidas, com expressa ressalva aos mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar*. Assim, tal convenção internacional ratificada pelo Brasil exceptua a vedação a prisão civil por dívidas apenas no caso de obrigação alimentícia, o que revelaria um conflito entre tal convenção e o dispositivo da Constituição Federal previsto no art. 5º, inciso LXVII.

Inicialmente, cumpre trazer à tona o posicionamento da jurisprudência acerca do assunto. Existem decisões isoladas que têm afastado a prisão civil por inadimplemento contratual, como, por exemplo, no julgamento da Apelação nº 601.880/4-São Paulo, pelo 1º TACIVIL – 1ª Câmara, aos 16.09.1996, com base na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Tal posicionamento, porém, não representa a tendência dominante da jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido, reiteradamente, pelo seu Plenário, com oito votos a favor, pela constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em contrato de alienação fiduciária. Também o Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em que pese a decisão isolada acima mencionada, decidiu que inexistia ilegalidade na decretação de tal prisão. Tal entendimento também foi adotado pelo Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

No entanto, a despeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal, cumpre-nos mencionar as vozes discordantes dos Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Marco Aurélio, este último por razões diversas do objeto do presente estudo. Mencione-se recentíssimo acórdão, publicado no DJ de 25/9/98 (RE 209958-9-SP), de que foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence, dando conta dessa posição dominante, no sentido da constitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciário, inclusive diante das disposições do Pacto de São José da Costa Rica, quando, depois de expor sua opinião, favorável à inconstitucionalidade, o Min. Pertence afirma: “No-

vamente, entretanto, fiquei vencido, agora, na honrosa companhia apenas dos eminentes Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso, uma vez que o em. Ministro Nelson Jobim não adotou a posição de seu ilustre antecessor, o Ministro Francisco Rezek e se alinhou à maioria, que agora soma oito votos”.

Citemos ainda o posicionamento do ilustre Ministro Carlos Velloso, manifestado por ocasião do julgamento do RE nº 243.613-5, de que foi Relator:

“... ”

Fiquei vencido.

Reiterei, na oportunidade, o meu entendimento em sentido contrário, nos termos do seguinte voto, proferido no RE 206.482-SP:

“... ”

Quando do julgamento do HC 72.131-RJ, proferi voto sustentando que a prisão civil do devedor-fiduciante não tem amparo na Constituição, art. 5º, LXVII, e, mais, diante da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de São José da Costa Rica, assinada pelo Brasil em 1969 e ratificada em 25.09.92, a referida prisão civil do devedor-fiduciante está afastada da ordem jurídica brasileira.

São três as vertentes, na Constituição de 1988, dos direitos e garantias: a) direitos e garantias expressos na Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais firmados pelo Brasil. (C.F., art. 5º, § 2º).

Se é certo que, na visualização dos direitos e garantias, é preciso distinguir, mediante o estudo da teoria geral dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais puramente formais, conforme deixei expresso em voto que proferi nesta Corte, na ADIn 1497-DF e em trabalho doutrinário que escrevi – “Reforma Constitucional, Cláusulas Pétreas, Especialmente a dos Direitos Fundamentais e a Reforma Tributária”, “Direito Administrativo e Constitucional”, estudos em homenagem a Geraldo Ataliba, organizado por Celso Antônio Bandeira de Mello, Malheiros, Ed. 1997, pág. 162 – se é certo que é preciso distinguir os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais puramente formais, não é menos certo, entretanto, que, no caso, estamos diante de direito fundamental material, que diz respeito à liberdade. Assim, a Convenção de São José da Costa Rica, no ponto, é vertente de direito fundamental. É dizer, o direito assegurado no art.

7º, item 7, da citada Convenção, é um direito fundamental, em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição.

...
Do exposto, porque não é possível ao legislador ordinário alargar, mediante ficções legais, as hipóteses de depósito, para o fim de sujeitar o devedor-fiduciante à prisão civil, sob pena de ofensa à C.F., art. 5º, LXVII, e porque não tem aplicação, na ordem jurídica brasileira, diante do que estabelece o art. 7º, 7, da Convenção de São José da Costa Rica, de equiparações feitas por normas infraconstitucionais, de devedor inadimplente a depositário infiel, meu voto é no sentido de não conhecer do recurso.

Não conheço do recurso."

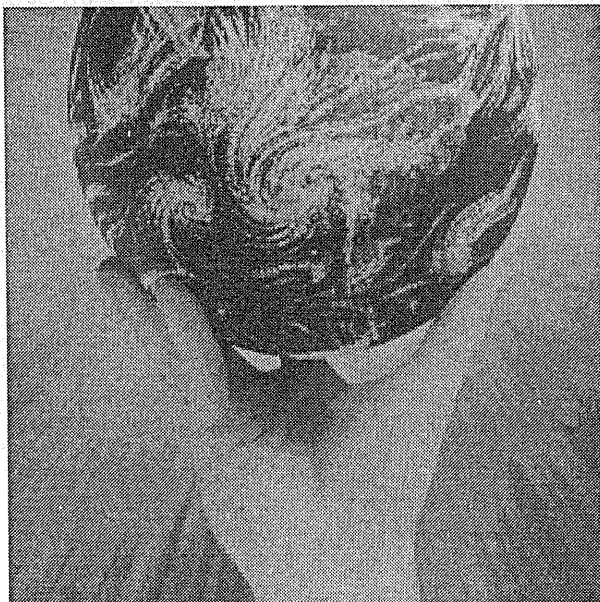
(grifos nossos)

Cumpramos observar que o entendimento contrário ao esboçado acima põe em destaque o conceito de soberania estatal como um impeditivo ao reconhecimento do *status* constitucional dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil, ainda que em matéria de Direitos Humanos. Tal argumento não condiz com a natureza dos direitos considerados, uma vez que não se trata de direitos criados pelo Estado, mas por ele reconhecidos. Fundam-se na dignidade da pessoa humana, assim considerada independentemente do local onde se encontre, da sua raça, de seu credo, de sua nacionalidade ou de sua condição econômico-social. Por outro lado, a noção de soberania estatal, em que pese a sua importância dentro do contexto em que foi concebida inicialmente na formação dos Estados Nacionais europeus, vem sendo mitigada e alterada ao longo do tempo, mormente no estágio atual de interação entre os países, citando-se como exemplo a União Européia e a unificação alemã ocorrida após a queda do muro de Berlim.

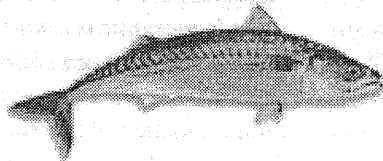
Pelo nosso entendimento, o critério de primazia da norma mais favorável à vítima é que deve nortear a solução do aparente conflito que se coloca. Assim, o que importa é conferir a maior proteção possível à ví-

tima, quer através da legislação interna, quer através do tratado internacional, em face das especificidades da matéria em questão, que não é pautada pelas soluções clássicas adotadas pelas teorias monista e dualista para solução de conflitos, mas por critérios próprios, aliás, critérios esses consagrados em inúmeros tratados em matéria de Direitos Humanos. Encontra-se a mesma ressalva na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que proíbe a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de limitar o gozo e exercício de quaisquer direitos que "possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-partes ou de acordo com outra convenção em que seja Parte um dos referidos Estados"(artigo 29, "b"); proibindo, ademais, a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de excluir ou limitar "o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza" (artigo 29, "d"). Assim, a cláusula da primazia da norma mais favorável encontra-se expressamente positivada na própria convenção em questão, a ensejar a sua adoção. Some-se a isso o argumento de que a positivação de regras consistentes em garantias fundamentais não pode, jamais, funcionar como freio ou obstáculo ao reconhecimento de outros direitos e garantias, pois, a contrário senso, estar-se-ia admitindo a existência de garantias contra o indivíduo, o que é de todo inadmissível. Ademais, conforme ressaltado pelo eminente Ministro Carlos Velloso, deve-se observar a natureza dos direitos fundamentais em questão. No presente caso, em que está em jogo a liberdade do indivíduo, **trata-se de direito fundamental em sentido material**. Logo, sequer se cogita de direito que poderia ser considerado fundamental apenas formalmente, pois a liberdade diz diretamente com a dignidade da

pessoa humana. Assim, entendemos que a análise do assunto não poderá desconsiderar os critérios acima expostos, sob pena de ofensa aos direitos fundamentais do indivíduo, que, elevado à sua dimensão coletiva, formará o povo brasileiro, fundamento primeiro e último do Estado Democrático de Direito.



CRIMES CONTRA A FAUNA: BREVES QUESTÕES SOBRE A COMPETÊNCIA



Carlos Fernando dos Santos Lima
PR/PR

— Grande Deus ! Mostra-te por um único instante — exclamou Starbuck; - nunca, nunca o apanharás, velho. Em nome de Jesus, chega disto, é pior do que a loucura do demo.

Caçado por dois dias; duas vezes deixou-nos em lascas; tua própria perna foi mais uma vez arrancada de sob ti; tua sombra má se foi . . . E todos os anjos bons tumultuando a dar-te bons conselhos: que mais queres? Manter-nos-emos a perseguir êsse peixe assassino até que êle afunde o último homem?

Seremos arrastados por êle para o mundo infernal? Oh, oh! Impiedade e blasfêmia continuar a caçá-lo !

Moby Dick - Melville

1. Considerações preliminares

O dia a dia das nossas atribuições normalmente não permitem uma constante atualização de nossos conhecimentos, especialmente considerando a inflação legislativa do período histórico em que vivemos. Assim é que, por pressão do noticiário, foram editados inúmeros diplomas legais, os quais alteraram significativamente o perfil de institutos penais e processuais penais, com as quais temos que conviver sem perfeitamente conhecê-los.

Dentre essas novas leis, interesse-me especialmente pela Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, chamada "Lei dos Crimes Ambientais", a qual vem suscitando alguma controvérsia entre os seus aplicadores, como pode se ver nos artigos publicados pelos colegas Nicolao Dino de Castro e Costa Neto¹ e João Marques Brandão Néto², bem como pelo voto do colega Cláudio Fonteles no Processo 0081.004403/99-61 da Câmara Criminal do Ministério Público Federal. Contudo, à par de outros temas interessantes decorrentes desse diploma legislativo, como, v.g., a questão da responsabilização penal da pessoa jurídica, ou da revogação ou não do art. 34 da Lei 5.197/67, delimito este estudo apenas à discussão sobre a competência para processamento e julgamento dos crimes contra a fauna.

Faço isso por me parecer que a solução dessa controvérsia (competência federal X estadual) não refoge muito daquilo que é consagrado à respeito do

tema, apesar de me expor a críticas de conservadorismo, no dizer do colega Brandão³.

Dois são os pontos que guiam minhas conclusões.

Primeiramente, de se ver que o novo diploma é expresso em afirmar seu objetivo em dispor "sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente...". Não se trata, portanto, de uma codificação do Direito Ambiental, mas de uma lei eminentemente sancionadora, buscando atualizar e unificar o que se pode chamar de Direito Penal Ambiental⁴, bem como embasar legalmente a aplicação de sanções administrativas. Assim é que, por exemplo, ainda devemos buscar no Código Florestal a definição de área de preservação permanente (arts. 2º e 3º da Lei 4.771/65) para podermos aplicar a norma inscrita nos arts. 38 e 39 da Lei 9.605/98.

Por fim, com subsídio na Lei de Introdução ao Código Civil, mais especificamente no art. 2º, § 1º: "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior", permito-me afirmar que muito da legislação anterior ainda permanece em vigor.

Isto porque, como ensina Fiore, citado por Espínola⁵, bem como por outros comentaristas da LICC⁶, "quando a lei nova é, diretamente, contrária ao próprio espírito da antiga, deve entender-se que a ab-rogação se estende a todas as disposições dessa, sem qualquer distinção. No caso contrário, cumpre examinar, cuidadosamente, quais as disposições da lei antiga, que se mostram absolutamente incompatíveis com a nova; o que, apenas, se deve admitir quando a força obrigatória só é possível, reduzindo a nada as disposições relativas da lei antiga: posteriores leyes ad priores pertinent nisi contrariae sint. Quando seja duvidosa a incompatibilidade, será o caso de interpretar as duas leis, de modo que se faça desaparecer a antinomia, não sendo admissível um ab-rogação por presunção". (negrito nosso)

Com lastro nessas considerações, passo a analisar a competência para o processo e julgamento dos crimes contra a fauna.

2. Dos Crimes contra a Fauna

De todos os tipos descritos na nova lei ambiental, tem sido especialmente acalorada a discussão sobre a competência nos crimes contra a fauna. Aqui cabe responsabilizar o legislador que, apesar da tradicional distinção entre *“a fauna aquática, a fauna das árvores e do solo (insetos e microorganismos) e a fauna silvestre (animais de pêlo e pena)”*⁷, definiu⁸ no art 29, § 3º, da Lei 9.605/98, como *“espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras”*.

Impressão primeira dessa nova redação, em virtude da menção às espécies aquáticas, é de que qualquer espécie que viva na água, inclusive os peixes, deve ser considerada como fauna silvestre. Contudo, logo a seguir, no § 6º desse mesmo art. 29, afirma-se que as *“disposições deste artigo não se aplicam aos atos de pesca”*. Já o art. 36 do mesmo diploma diz que se considera como *“pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios”*.

Estaria realmente o art. 29, § 3º, citado, que trata exclusivamente da caça, a dizer que peixes, crustáceos e moluscos são exemplos da fauna silvestre? Entendo que não. A interpretação que ofereço é a de que as espécies aquáticas mencionadas no art. 29, § 3º, são aquelas que não podem ser objeto material do crime de pesca, ou seja, não são peixes, crustáceos ou moluscos (art. 36, citado), mas sim, v.g., os mamíferos adaptados a esse meio, como as baleias e golfinhos, etc. Isto até mesmo porque, diante do restritivo art. 36 da Lei dos Crimes Ambientais, um boto não pode ser objeto do crime de pesca, o que explica a aparente contradição em se mencionar espécies aquáticas em um artigo que trata restritivamente sobre a caça.

Assim, migraram esses animais aquáticos da proteção que lhes era dada pelo Decreto-Lei 221/67 - que definia pesca como *“o ato tendente a capturar ou extrair elementos animais ou vegetais que tenham na água se normal ou mais freqüente meio de vida”* - para a proteção oferecida aos animais silvestres, que devem hoje ser considerados nos termos do art. 29, § 3º, da Lei 9.605/98, excluídos os peixes, moluscos e crustáceos.

Essas considerações acerca da tipificação de determinados crimes ambientais são necessárias para que se entenda meu posicionamento à respeito da manutenção e extensão do art. 1º, da Lei 5.197/67, com o que procuro solucionar o problema levantado por João Marques Brandão Nêto⁹ sobre a competência dos delitos contra a fauna.

Da extensão dada pelo intérprete sobre a conceituação de fauna silvestre decorrem conclusões conflitivas:

a) pode-se entender, como o colega João Marques Brandão Nêto¹⁰, que são animais silvestres todos *“aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro”*, incluindo aqui toda a fauna aquática, considerando-se dessa nova definição *“que o art. 1º, da Lei nº 5.197/67 foi revogado pelo § 3º do art. 29 da Lei nº 9.605/98. Tal revogação também implicaria na perda da efetividade da súmula 91 do STJ”*;

b) pode-se entender, como o colega Nicolao Dino de Castro e Costa Neto¹¹ existir um conceito ampliado de fauna silvestre, no teor do art. 29, § 3º, da Lei 9.605/98, e um conceito restrito, amparado no art. 1º, da Lei 5.197/67, que não se encontraria revogado. Isto resultaria que para os animais de pêlo e pena continuaria a valer a sua determinação como *propriedade do Estado*, permanecendo válida a súmula 91 do STJ;

c) pode-se entender, como faço, que o art. 1º, da Lei 5.197/67, continua em vigor, somente que combinado com o art. 29, §§ 3º e 6º, e art. 36, todos da Lei 9.605/98, ampliando-se o conceito de animais silvestres de modo a abranger não somente os animais de pêlo e pena, mas também aqueles outros, de *habitat aquático*, que não sejam *“peixes, crustáceos e moluscos”*. Desta minha posição resulta na ampliação da propriedade do Estado sobre estes últimos, configurando o crime de sua caça em delito de alçada federal nos termos da súmula 91 do STJ.

Quanto ao posicionamento do colega Brandão, entendo que o suporte de suas conclusões é incorreto. Primeiramente, não há antinomia real¹², como acredito ter demonstrado, entre os preceitos do art. 1º do Código de Caça e a nova Lei Ambiental. Assim, não havendo revogação expressa, nem tendo a nova legislação se manifestado inteiramente sobre a matéria constante do art. 1º, da Lei 5.197/67, nem, ao menos, existindo oposição ideológica entre ambas, não é jurídico supor a revogação.

No que se refere ao outro argumento, questionando o entendimento que o art. 1º do Código de Caça não estendeu realmente a propriedade dos animais silvestres à União, entendo que não se trata de questão nova, já tratada por ocasião da promulgação da Carta Constitucional de 1988, uma vez esta não arrolou dentre os bens da União (art. 20) os animais silvestres. Tal questionamento, contudo, foi superado pela edição da súmula 91 do STJ.

Aliás, o problema esteve sempre em uma equivocada análise do art. 1º do Código de Caça, que

nunca significou, conforme aponta Nicolao Dino de Castro e Costa Neto¹³, amparado no magistério de José Afonso da Silva, que os animais silvestres pertencessem à União em caráter patrimonial, mas sim que “...a fauna silvestre constitui propriedade do Estado brasileiro. Não foi incluída entre os bens da União. Portanto, não constitui seu domínio patrimonial de que ela possa gozar e dispor. Mas, na medida em que é ela que representa o Estado brasileiro tomado no seu sentido global, a ela compete cuidar e proteger esses bens, que assumem características de bens nacionais...”¹⁴. Daí o acerto da súmula 91 mencionada.

Quanto a posição do colega Nicolao, parece-me desnecessária a distinção de um conceito amplo e um conceito restrito de fauna silvestre. Isto poderia ser útil para afastar a afetação genérica da competência dos crimes de pesca à Justiça Federal. Contudo, como entendo que a ampliação dada ao conceito de fauna silvestre não foi tão longe, de modo a abranger também as espécies objeto do delito de pesca, creio que superado está o problema. Nem todos os delitos de pesca são da competência federal, e os que o forem, como procurarei demonstrar, o são por outro fundamento.

Concluo, assim, que a disposição do art. 26, § 3º, da Lei 9.605/98, não possui a abrangência que a sua primeira leitura sugere, devendo ser considerado que os animais da fauna silvestre, aí incluídos as espécies aquáticas que não “peixes, crustáceos e moluscos”, são objeto material do crime de caça previsto no *caput* e § 1º do mesmo artigo, estando afeto o processo e julgamento das ações penais à Justiça Federal, uma vez que em vigor a súmula 91 do STJ, e o art. 1º, da Lei 5.197/67, que a ampara.

Confirmando a competência federal para os crimes de caça, temos recente decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“CORREIÇÃO PARCIAL. CRIME CONTRA FAUNA SILVESTRE. COMPETÊNCIA. CF 88, ART. 109, IV. LEI 9.605/98, ART. 29 E ART. 82.

O art. 82 da Lei 9.605/98 não revogou o disposto no art. 1º da Lei 5.197/67. A competência para julgamento dos crimes contra a fauna silvestre da Justiça Federal. Tal situação em nada foi modificada pela nova Lei Penal Ambiental, porquanto não possui qualquer dispositivo inovando em matéria de competência. A jurisprudência da Suprema Corte não se alterou e a do Superior Tribunal de Justiça adotou idêntica posição, estando em pleno vigor a Súm. 91. Persiste, assim, a competência da Justiça Federal para o julgamento de tais crimes” (TRF4ªR, COR nº 0401022300, ano 1998, 2ª T., unânime, DJ.08.05.1998, p.567)

Resta, no que tange aos delitos contra a fauna, a análise da competência relativa aos crimes de pesca.

Sobre estes, é bom que se diga que sua competência sempre foi assunto pouco explorado, de modo que confusões são absolutamente normais. Exemplo dessa confusão é a decisão do Conflito de Competência 17.547 onde, antes da Lei 9.605/98, o Superior Tribunal de Justiça parece ter incluído a pesca predatória, por ser crime previsto atopicamente no Código de Caça, como da competência federal:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE CRIME DA LEI 5.197/67. PESCA PREDATÓRIA COM MATERIAL PROIBIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

Tratando-se de inquérito com vistas a apurar delito descrito na Lei 5.197/67, capitulado como crime punível com pena de reclusão (pesca predatória com redes), é da competência da Justiça Federal seu processamento” (STJ, C.C. nº 17.547-RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, unânime, julg. 08.10.1997, publ. DJ de 10.11.1997)

Essa decisão não apresenta, data venia, o melhor fundamento. Não basta o crime de pesca predatória estar descrito na Lei de Caça – como estava na época – art. 27, § 3º, da Lei 5.197/67 – para se ter a competência como federal, pois a fauna ictiológica não poderia ser confundida com a fauna silvestre, pois aquela (peixes, crustáceos e moluscos) não era – nem é – propriedade do Estado. A jurisprudência poderia até estar correta, somente que sob outro fundamento. Vejamos.

O Código de Pesca, à época, dispunha em seu art. 3º que todos os animais e vegetais, encontrados em águas dominiais, são do domínio público. Essa expressão, ao ver de Vladimir e Gilberto Passos de Freitas¹⁵, “tem o significado de designar o regime a que se subordina esse complexo de coisas afetadas de interesse público. O Estado não se arroga proprietário, tal como fez em relação à caça, conforme art. 1º do Código respectivo. Mas deixa claro o seu interesse sobre a pesca”.

Aliás, pelos mesmos motivos expressos quanto a não revogação do art. 1º do Código de Caça, entendo que o art. 3º do Decreto-lei 221/67, permanece em vigor, devendo ser compreendido em consonância com o art. 36 da Lei 9.605/98, de modo que a palavra animal signifique “peixes, crustáceos e moluscos”.

Dessa forma, com a edição da nova lei não ocorreram mudanças significativas quanto ao domínio, podendo ser afirmado que, conforme o art. 599 do Código Civil, art. 3º, do DL 221/67, e art. 36 da Lei 9.605/98, os peixes, crustáceos e moluscos “são res nullius. Mas, nem por isso, podem ser apanhados por

todos, indiscriminadamente. Se os peixes estiverem em águas situadas dentro de propriedade particular será preciso o consentimento do dono (CC, arts. 599 e 601). Se estiverem em águas dominiais, que são aquelas que pertencem ao patrimônio das entidades estatais (v.g. rios que banhem mais de um Estado, CF/88, art. 20, inc. III), será necessário o cumprimento das normas administrativas existentes”¹⁶.

Assim, quanto à competência, se o delito de pesca for praticado “em rio ou lago de propriedade particular, não há motivo para a competência ser da Justiça Federal. Não estarão sendo afetados bens, serviços ou interesse da União (CF/88, art. 109, IV). Se os atos criminosos tiverem ocorrido em águas dominiais, nas quais o estado exerce o domínio público sobre animais” – agora: peixes, crustáceos e moluscos – “e vegetais (Código de Pesca, art. 3º), há que se verificar, no caso concreto, se houve ofensa a seus serviços ou interesse. O detrimento deve ficar evidenciado, pois não basta um conclusão genérica, uma mera suposição. Veja-se que só o fato do IBAMA exercer a fiscalização não basta para afirmar-se que existem interesses ofendidos”¹⁷.

Essa posição é similar àquela proposta pelo colega Fonteles, no sentido de que a competência será aferida no “exame do caso concreto, atentos ao significado da criminalização da conduta perpetrada e ao grau de interesse que envolve”¹⁸.

Contudo, partilho do mesmo entendimento de Vladimir e Gilberto Passos de Freitas¹⁹ no que tange à pesca nos limites do mar territorial brasileiro – 12 milhas marítimas (lei 8.617/93) – no sentido que, em virtude da soberania do Brasil estender-se “até no espaço aéreo, leito e subsolo, área que motivou Acordos Internacionais de Proteção à Pesca firmados com a Argentina e o Uruguai (Decs.-leis 412, 454, de 1969), pensamos que a competência para processar e julgar os delitos de pesca”... “é da competência da Justiça Federal. Neles se acha presente, de forma evidente, o interesse da União (CF, art. 109, IV)”.

3. Conclusões

Propondo-me à polemizar sobre o tema, sintetizo minhas conclusões:

a) O conceito de fauna silvestre foi alterado pelo art. 29, § 3º, da Lei 9.605/98, de modo a abranger, além dos animais de pêlo e pena, todos aqueles outros de *habitat* aquático, exceto ‘peixes, crustáceos e moluscos’ (art. 36, da Lei 9.605/98), que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro.

b) O art. 1º, da Lei 5.197/67, quanto à determinação de que os animais silvestres pertencem ao Estado, permanece em vigor, uma vez que a nova Lei

Penal Ambiental “não possui qualquer dispositivo inovando a competência” (TRF4º), nem revogou o artigo expressamente, ou demonstra ser com ele incompatível.

c) A súmula 91 do STJ continua em vigor, pelo que a competência dos crimes de caça (com o conceito ampliado de animais silvestres) é da Justiça Federal.

d) São objeto material do crime de pesca os peixes, crustáceos e moluscos, além dos vegetais hidróbios – estes um pouco deslocados em um artigo que trata da fauna – nos estritos termos do art. 36 da Lei 9.605/98.

e) A competência dos crimes de pesca em águas pertencentes a particular será da Justiça Estadual;

f) Quando a pesca se der em águas dominiais internas, caberá o “exame do caso concreto, atentos ao significado da criminalização da conduta perpetrada e ao grau de interesse que envolve” (Fonteles) para que se defina a competência.

g) A competência dos crimes de pesca em mar territorial será sempre da Justiça Federal.

¹ Breves Anotações sobre os Crimes contra a Fauna, in Boletim dos Procuradores da República, ano 1 - nº 11 – março – 1999, p. 24/26.

² Crimes Ambientais da Lei 9.605: Competência Federal ou Estadual, in Boletim dos Procuradores da República, ano II - nº 13 – maio – 1999, p. 12/15.

³ Artigo citado, p. 14.

⁴ O que se diga não conseguiu, pois ainda restam esparsas incriminações de condutas lesivas ao meio ambiente, como é o exemplo da “liberação ou descarte no meio ambiente de OGM em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes desta Lei”, a saber, Lei 8.974/95, artigo 13, V.

⁵ Espínola, Eduardo, e outro, A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1995, vol. 1, p. 63/64.

⁶ Ráo, Vicente, O Direito e a Vida dos Direitos, 3ª ed., São Paulo, RT, 1991, vol. 1, p. 302, e Diniz, Maria Helena, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 66.

⁷ Silva, José Afonso da, Direito Ambiental Constitucional, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 129.

⁸ nos artigos relativos exclusivamente à caça – vide § 6º, do art. 29, da Lei 9.605/98 – como muito bem notou Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, artigo citado, p. 24.

⁹ Artigo citado, p. 13/14.

¹⁰ Artigo citado, p. 12.

¹¹ Artigo citado, p. 24.

¹² “Ter-se-á antinomia real quando, como nos ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr., houver oposição total ou parcial entre duas ou mais normas contraditórias, emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado”. (Diniz, Maria Helena, obra citada, p. 68).

¹³ Artigo citado, p. 24.

¹⁴ Silva, José Afonso da, obra citada, p. 129, apud, Castro e Costa Neto, Nicolao Dino, artigo citado, p. 24.

¹⁵ Crimes contra a Natureza, 4ª ed., São Paulo, RT, 1995, p. 24.

¹⁶ Passos de Freitas, Vladimir e Gilberto, obra citada, p. 24.

¹⁷ Passos de Freitas, Vladimir e Gilberto, obra citada, p. 25.

¹⁸ Voto do colega Cláudio Fonteles no Processo nº 0081.004403/99-61 da Câmara Criminal do Ministério Público Federal, fl. 2.

¹⁹ Obra citada, p. 25.

O ARTIGO 83 DA LEI Nº 9430/96: SUA COMPREENSÃO

Claudio Lemos Fonteles
Subprocurador Geral da República

1. Disse, a propósito, sobre Consulta formulada pelo il. colega Pedro Antônio de Oliveira Machado, *verbis*:

“3. Assim está dito no **artigo 83**, *verbis*:

Artigo 83: “A **representação fiscal** para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público **após** proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário.” (grifamos)

4. A representação, sabemos todos, constitui-se em **delatio criminis**, ou seja a **manifestação formal de vontade** para que, contra alguém, instaure-se trabalho investigatório.

5. Assim, a compreensão do **artigo 5º, II, parte final**, do Código de Processo Penal, *verbis*:

Artigo 5º: Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado.

II - mediante requisição de autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a **requerimento do ofendido** ou de quem tiver qualidade para representá-lo (grifamos).

6. Eis porque, nesta **manifestação de vontade do ofendido**, seja **pessoa física**, seja **ente público**, as **alíneas**, do § 1º, do prefalado **artigo 5º, do C.P.P.**, indicam o que deve conter.

7. O artigo 83, **por esta perspectiva**, considerou devesse a autoridade fazendária, quando optasse por formalizar manifestação de vontade - **delatio criminis** -, sob a **forma** de representação, **aguardar** “a decisão final em sua própria esfera”.

8. **É demasia**, até porque o juízo único sobre a existência, ou não, de ilícito criminal **não é a da autoridade administrativo-fiscal**, mas **sim** do Ministério Público, a teor do **artigo 129, I**, da

Constituição Federal.

9. Todavia, a investigação criminal **não só** se instaura por **manifestação de vontade de alguém**.

10. Também o **ato de comunicar** é bastante a desencadear trabalho investigatório.

11. Este o sentido do § 3º, do **artigo 5º**, do C.P.P. que “se fala em qualquer do povo”, como também o alusivo à representação menciona “requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”, por óbvio **não obsta** o comportamento funcional do servidor público da Receita Federal, especialmente com atuação na fiscalização e combate à sonegação tributária, de **comunicar imediatamente** do Ministério Público Federal atuações lavradas, indicativas de possível ilícito criminal.”

2. Em resposta endereçada ao Sr. Procurador-Geral da República, após receber ofício emanado do Sr. Coordenador da 2ª Câmara - Câmara Criminal -, disse o Sr. Secretário da Receita Federal, *verbis*:

Preceitua o art. 83 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que “A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”. Regulamentando esse preceptivo legal, estabelece o Decreto nº 2.730, de 10 de agosto de 1998, que, encerrado o processo administrativo-fiscal, os autos da representação fiscal para fins penais serão remetidos ao Ministério Público Federal, se, mantida a imputação de multa agravada, o crédito de tributos e contribuições, inclusive acessórios, não for extinto pelo pagamento (art. 2º, inciso I).

4. Verifica-se, portanto, de acordo com a legislação específica, a necessidade de atendimento a pelo

menos três condições, sem as quais não pode ocorrer a remessa de representação da espécie ao Ministério Público, no caso de constatação de fatos que caracterizem crimes defendidos nos arts. 1º e 2º da lei nº 8.137, de 1990. A primeira delas é que, havendo litígio na órbita administrativa, **tenha sido proferida decisão final sobre a exigência do crédito tributário**. A segunda e a terceira consistem basicamente num desdobramento da primeira, ao prever a legislação que, estando o processo administrativo-fiscal encerrado, a representação só será encaminhada ao Ministério Público se a decisão, de que não mais caiba recurso administrativo, **houver mantido a imputação de multa agravada**; e que, nesse caso, a representação **só será encaminhada se o crédito não houver sido extinto pelo pagamento**.”

3. E, em outra passagem do ofício SRF/GAB nº 1263, de 20.07.1999, arremata o Sr. Secretário, *verbis*:

“8. Ora, se somente ao órgão fazendeiro compete certificar se houve ou não redução ou supressão de tributos, e diante de conclusão no âmbito administrativo, após exaustivo exame, de que o contribuinte nada deve, não haveria justa causa para a administração tributária acionar o Ministério Público e, por conseguinte, todo o aparato judiciário, em busca de uma ação penal por crime inexistente.

9. O atendimento da recomendação do Ministério Público Federal implicaria, como visto, inobservância de normas legais e regulamentares, com ofensa ao disposto no art. 116, inciso III, da Lei nº 8.112, de 1990, sujeitando-se o infrator à penalidade prevista no art. 129 da citada Lei.”

4. Inadequado é este posicionamento do Sr. Secretário da Receita Federal.

5. De plano, nossa argumentação, na exata compreensão do artigo 83, da Lei 9430/86, **que distingue, bem claramente, duas (2) situações** de provocação à atividade persecutória do Ministério Público - **representação (delatio criminis)** e comunicação (**notitia criminis**) - **não foi enfrentada** pelo Sr. Secretário da Receita Federal.

6. Quanto à interpretação que o Sr. Secretário extrai do comentado dispositivo, é ela **cabalmente equívoca** porque implica em transferir, **ilegal e inconstitucionalmente**, o juízo de propositura da ação penal pública em infrações penais tributárias do Ministério Público, subme-

tendo-o ao talante da Secretaria da Receita Federal.

7. Suas palavras são explícitas: “**somente** ao órgão fazendário cumpre certificar se houve ou não redução ou supressão de tributos, e diante **da conclusão no âmbito administrativo de que o contribuinte nada deve**, não haveria justa causa para a administração tributária acionar o Ministério Público e, por conseguinte, todo o aparato judiciário, em busca só de uma ação penal **por crime inexistente**.” (grifos nossos).

8. **Est modus in rebus!**

9. Quem diz da existência, ou não, de crime de ação pública em conduta humana é o Ministério Público, e **somente** o Ministério Público. É a certeza do quanto está posto no **artigo 129, I**, da Constituição Federal.

10. Jamais poderá fazê-lo o servidor administrativo-fiscal após “**haver mantido a imputação da multa agravada**”, em outra equivocada conclusão do Sr. Secretário da Receita Federal.

11. **É cediço** que as instâncias penal e administrativo-fiscal são **independentes!**

12. **É sabido** - doutrinária e jurisprudencialmente - que o procedimento administrativo-fiscal não se constitui em condição de procedibilidade para o agir institucional do Ministério Público.

13. É certo que julgado há da Suprema Corte, de sua 1ª Turma, da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence que, marcando por **material** os ilícitos definidos no artigo 1º da Lei 8137/90, à sua configuração requesta por conduta de que resultou efetiva supressão, ou redução, de tributo (H.C. 75.945 - D.J. 13/2/98, pg. 4).

14. Todavia, isto não constitui a Receita Federal em entidade exclusiva à provocação da persecução criminal.

15. Não o é, não pode sê-lo.

16. Suas tarefas **cifram-se, exclusivamente, à órbita adiministrativo-fiscal. Jamais Criminal!**

17. O que pode acontecer é que, acusado alguém por delito de sonegação fiscal pelo Ministério Público, sirva-se esta pessoa de decisão administrativo-fiscal, em tese de defesa, à demonstração da inexistência da fraude.

18. Mas é à **instância criminal, no seu apropriado âmbito**, que se reserva a **plena discussão** sobre o tema. Jamais a conclusão administrativo-fiscal pode ser

impeditiva do debate sob a ótica criminal, como equivocadamente expõe o Sr. Secretário da Receita.

19. Aliás, a **ementa** do julgado aqui noticiado deixa bem claro **que é em sede penal**, e presente, então, a **relação processual penal instaurada, e bem nela**, que se travará a discussão. Assim, as palavras do Magistrado Sepúlveda Pertence, em ementa, *verbis*:

“Crime contra a ordem tributária (L. 8137/90, artigo 1º, I): infração material - ao contrário do que sucedia no tipo criminal L. 4729/65 - à consumação da qual é essencial que, da omissão da informação devida, ou da prestação de informação falsa, haja resultado efetiva supressão ou redução de tributo: circunstância elementar, entretanto, **em cuja verificação, não se detiveram as decisões condenatórias**. Nulidade.” (grifos nossos)

20. Como se vê, está explícito que é **em sede penal**, e nem poderia ser diferente, que se abre a discussão sobre a verificação, ou não, da efetiva supressão ou redução de tributo, quando presente acusação penal pública do Ministério Público por sonegação fiscal.

21. Portanto, remanesce ilegal e inconstitucional a fundamentação dada a conhecer do pensamento do Sr. Secretário da Receita Federal que erige a fiscalização tributária como juíza da presença, ou não, de ilícito criminal de sonegação fiscal.

CONCLUSÃO

1ª) O artigo 83 da Lei nº 9430/96 não impede que o trabalho de fiscalização da Receita Federal seja, de logo, comunicado - **notitia criminis** - ao Ministério Público, para que adote as providências inerentes à sua função institucional de titular da ação penal pública.

2ª) O artigo 83 da Lei 9430/96 contempla situação outra, a representação (**delatio criminis**), que se traduz em manifestação de vontade a que se instaure a persecução criminal contra alguém por delito contra a ordem tributária. Nesta situação, a formalização de vontade da entidade pública, Receita Federal, só se dará, agora sim, “após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal de crédito tributário”.

3ª) O Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, não se condiciona a qualquer procedimento ou decisão administrativa da Receita Federal para exercer o juízo de propositura da ação penal em delitos contra a ordem tributária.

ASSIM

4ª) Concita-se o Procurador-Geral da República para que, aderindo expressamente à Recomendação emanada da Câmara Criminal do Ministério Público Federal, ora em exame, ratifique, ante o Sr. Secretário da Receita Federal, os termos desta Recomendação.

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA

ENVIE SEUS ARTIGOS E PARTICIPE DESSA IDÉIA

- Solicitamos aos nossos colaboradores que enviem seus artigos no seguinte formato: em disquete, em programa Word for Windows 6.0, com no máximo 200 linhas, com espaçamento normal, corpo 11, fonte Times New Roman ou similar, com notas ao final do texto.
- Comunicamos ainda que as eventuais alterações cadastrais devem ser enviadas à Artchip Editora Ltda., pelo telefone/fax: (011) 240-7679, ou via e-mail para o endereço: artchip@ensino.net
- Dúvidas, artigos e comentários devem ser encaminhadas ao Conselho Editorial, via e-mail, nos seguintes endereços:

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (SP): luizacristina@prp3.mpf.gov.br

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa (SP): pbajer@prsp.mpf.gov.br

Rosângela Pofahl Batista (GO): rosangela@prpj.mpf.gov.br

Aloísio Firmo (RJ): aloisiofirmo@prpj.mpf.gov.br

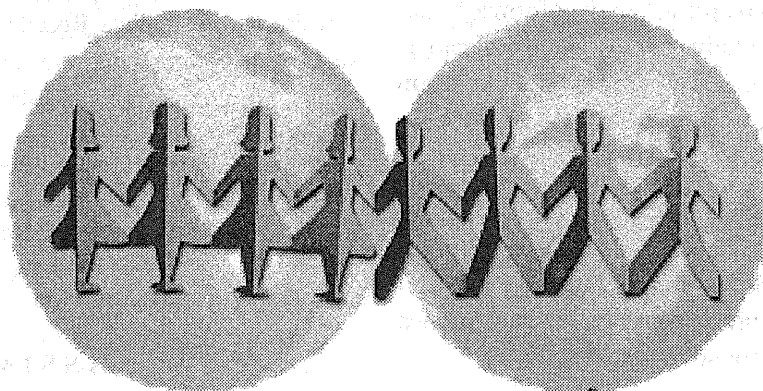
Maria Helena Nogueira de Paula (RJ): mhelenadepaula@prpj.mpf.gov.br

Odin Brandão Ferreira (DF): odinb@prp1.mpf.gov.br

DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS E JURISDIÇÃO SUPRA-NACIONAL: A EXIGÊNCIA DA FEDERALIZAÇÃO

Flávia Piovesan

Procuradora do Estado de São Paulo,
Professora de Direitos Humanos e de Direito Constitucional da PUC/SP



Ao consagrar a impunidade e a afronta à ordem jurídica nacional, o julgamento de Eldorado dos Carajás reacendeu o intenso debate a respeito da proposta da “federalização dos crimes de direitos humanos”.

Prevista inicialmente como meta do Programa Nacional de Direitos Humanos e pendente de apreciação na Câmara dos Deputados, a proposta objetiva atribuir à Justiça Federal a competência para processar e julgar os crimes de direitos humanos. Defendemos que esta competência há de ser estabelecida a partir de duas diretrizes: a) a definição de um rol de crimes previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil (destacando-se o crime de tortura, genocídio, exploração de trabalho escravo, dentre outros) e b) a hipótese de “deslocamento” de competência para a Justiça Federal, em casos de grave violação de direitos humanos, observada a lei processual.

No que se refere à primeira possibilidade, em conformidade com sugestão apresentada por Comissão formada por Procuradores do Estado e Procuradores da República, seria a Justiça Federal competente para processar e julgar os seguintes crimes:

- a) tortura;
- b) homicídio doloso qualificado praticado por agente funcional de quaisquer dos entes federados;
- c) praticados contra as comunidades indígenas ou seus integrantes;
- d) homicídio doloso, quando motivado por preconceito de origem, raça, sexo, opção sexual, cor, religião, opinião política ou idade ou quando decorrente de

conflitos fundiários de natureza coletiva; e) uso, intermediação e exploração de trabalho escravo ou de criança e adolescente em quaisquer das formas previstas em tratados internacionais.

A justificativa é simples: considerando que estas hipóteses estão tuteladas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, é a União que tem a responsabilidade internacional em caso de sua violação. Vale dizer, é sob a pessoa da União que recairá a responsabilidade internacional decorrente da violação de dispositivos internacionais que se comprometeu juridicamente a cumprir. Todavia, paradoxalmente, em face da sistemática vigente, a União, ao mesmo tempo em que detém a responsabilidade internacional, não detém a responsabilidade nacional, já que não dispõe da competência de investigar, processar e punir a violação, pela qual internacionalmente estará convocada a responder.

Adicione-se que o Brasil, a partir da democratização, passou a ratificar os principais tratados de direitos humanos. Recentemente, mediante decreto legislativo de dezembro de 1998, o Estado Brasileiro aceitou a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem jurisdição internacional para julgar violações de direitos humanos, decorrentes de afronta à normatividade internacional. Também em 1998 o Brasil aderiu ao Estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente, competente para julgar crimes contra a humanidade, genocídio, crimes contra a paz e crimes de agressão. Em um momento em que se vive a “humanização do Direito Internacional” e

“internacionalização dos direitos humanos”, com a consolidação de garantias internacionais de proteção, amplia-se enormemente a responsabilidade internacional do Estado (no caso brasileiro, da União). A título de exemplo, cabe mencionar que atualmente estão pendentes na Comissão Interamericana de Direitos Humanos mais de quarenta casos internacionais contra o Brasil, que poderão (se houver fatos novos) ser submetidos à jurisdição da Corte Interamericana. Uma vez mais, é a União que será convidada a responder internacionalmente pela violação.

Quanto à hipótese de “deslocamento” de competência para a Justiça Federal, proposta pela Associação Juízes para a Democracia e incluída no relatório a respeito da reforma do Poder Judiciário, também constitui uma segunda vertente relevante para a “federalização”. À luz da proposta, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Ministério Público poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, na forma prevista na lei processual (por exemplo, quando da demora injustificada na investigação, processo ou julgamento do feito ou quando haja fundado receio de comprometimento da apuração dos fatos ou da atuação da Justiça local). Tal proposta está em absoluta consonância com a sistemática processual

vigente (vide o instituto do “desaforamento”), como também com a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos (que admite seja um caso submetido à apreciação de organismos internacionais quando o Estado mostra-se falho ou omissor no dever de proteger os direitos humanos). Ademais, se a própria ordem constitucional de 1988 permite a drástica hipótese de intervenção federal quando da afronta de direitos humanos (art.34, VII, “b”), em prol do bem jurídico a ser tutelado, não há porque obstar a possibilidade de deslocamento. Enfatize-se ainda que o Superior Tribunal de Justiça seria o órgão competente para julgar o “incidente de deslocamento de competência”, justamente porque é ele o órgão jurisdicional competente para dirimir conflitos entre entes da federação.

A federalização dos crimes contra os direitos humanos é medida imperativa diante da crescente internacionalização dos direitos humanos, que, por consequência, aumenta extraordinariamente a responsabilidade da União nesta matéria. Se qualquer Estado Democrático pressupõe o respeito dos direitos humanos e requer a eficiente resposta estatal quando de sua violação, a proposta de federalização reflete sobretudo a esperança de que a justiça seja feita e os direitos humanos respeitados.

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA

ENVIE SEUS ARTIGOS E PARTICIPE DESSA IDÉIA

- Solicitamos aos nossos colaboradores que enviem seus artigos no seguinte formato: em disquete, em programa Word for Windows 6.0, com no máximo 200 linhas, com espaçamento normal, corpo 11, fonte Times New Roman ou similar, com notas ao final do texto.
- Comunicamos ainda que as eventuais alterações cadastrais devem ser enviadas à Artchip Editora Ltda., pelo telefone/fax: (011) 240-7679, ou via e-mail para o endereço: artchip@ensino.net
- Dúvidas, artigos e comentários devem ser encaminhadas ao Conselho Editorial, via e-mail, nos seguintes endereços:

Luíza Cristina Fonseca Frischeisen (SP): luizacristina@pr3.mpf.gov.br

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa (SP): pbajer@prsp.mpf.gov.br

Rosângela Pofahl Batista (GO): rosangela@prj.mpf.gov.br

Aloísio Firmo (RJ): aloisiofirmo@prj.mpf.gov.br

Maria Helena Nogueira de Paula (RJ): mhelenadepaula@prj.mpf.gov.br

Odin Brandão Ferreira (DF): odinb@pr1.mpf.gov.br

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE APOSENTADO, EX-SERVIDOR PÚBLICO - INCONSTITUCIONALIDADE -

Francisco Dias Teixeira
PRR/3ª Região

- I -

1. Os agravados, **aposentados** no cargo de Juízes do Trabalho, ajuizaram ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, visando à declaração de inexistência da contribuição previdenciária incidente sobre os seus proventos, prevista na Lei nº 9.783, de 28 de janeiro de 1999.

O juízo monocrático deferiu o pedido de antecipação da tutela, sob fundamento de que *“não faz sentido que um servidor aposentado venha a ter seus rendimentos derivados da aposentadoria gravados com contribuição que visa remunerar a própria inatividade, uma vez que no futuro não poderá usufruir de benefício já usufruído, ou seja, o servidor já está aposentado, não mais poderá se aposentar. Assim, conforme afirmado na inicial, ausente a finalidade norteadora das contribuições, tal exação tem característica de imposto residual, desta forma não obedecendo aos princípios constitucionais tributários que regulam a instituição desta espécie tributária”* (fl. 51).

2. Daí o presente **agravo de instrumento**, com pedido de suspensão dos efeitos da decisão agravada, cujo pedido foi indeferido pelo Douto Relator (fls. 91/92). A União Federal agravou regimentalmente (fls. 101/109); e novamente foi mantido o despacho indeferitório (fl. 114). Mas o agravo regimental ainda não foi apreciado por esta E. Turma.

3. Não obstante o rito ordinário adotado pelo autor, em tese, a questão poderia ser objeto de mandado de segurança, na época oportuna (conforme tem-se verificado), ou mesmo de ação civil pública, dada a natureza homogênea do direito invocado, estendendo-se a um grande contingente de possíveis interessados (con-

forme, aliás, tramitam diversas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal, com objeto idêntico ao da presente ação).

Assim, ao ver deste órgão do Ministério Público Federal, está caracterizado o interesse público previsto no art. 82, III, do CPC, a justificar a presente intervenção.

- II -

4. Nesta fase recursal, a questão resume-se em saber-se se, na ação ordinária, estavam presentes os pressupostos da antecipação da tutela pleiteada.

Nos termos do artigo 273 da Lei Processual, a tutela pode ser antecipada se se verificarem: (1) **prova inequívoca**; (2) **verossimilhança da alegação do autor**; e (3), alternativamente, **fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação**, e **abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu**.

4.1. Trata-se de questão exclusivamente de direito, portanto, não se cogita de prova a cargo do autor.

4.2. A VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO INVOCADO PELO AUTOR

4.2.1. Eis o texto legal questionado, a Lei nº 9.783, de 28 de janeiro de 1999:

Art.1º. A contribuição social do servidor público civil, ativo e inativo, e dos pensionistas dos três Poderes da união, para manutenção do regime de previdência social dos seus servidores, será de onze por cento, incidente sobre a totalidade da remuneração de contribuição do provento ou pensão.

Parágrafo único. Entende-se como remuneração de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual, ou quaisquer vantagens, inclusive as relativas à natureza ou ao local de trabalho, ou para outra paga sob o mesmo fundamento, excluídas:

(...)

Art.2º. A contribuição de que trata o artigo anterior fica acrescida dos seguintes adicionais:

I - nove pontos percentuais incidentes sobre a parcela da remuneração, do provento ou da pensão que exceder a R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), até o limite de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais);

II – catorze pontos percentuais incidentes sobre a parcela da remuneração, do provento ou da pensão que exceder a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Parágrafo único. Os adicionais de que trata o caput têm caráter temporário, vigorando até 31 de dezembro de 2002.

4.2.2. **Antecedentes jurídicos.** Até a edição da Emenda Constitucional n.º 3/93, não existia previsão constitucional acerca da contribuição dos servidores públicos federais para custeio de **plano de aposentadoria**, sendo esta, pois, de responsabilidade exclusiva da União.

A permissão veio somente com a mencionada Emenda Constitucional, que acrescentou o § 6º ao artigo 40 do Texto Constitucional, dispondo: “**As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei.**” (Grifei).

Em face do novo Texto Constitucional, surgiu, então, a questão atinente à abrangência do vocábulo “servidores”. Ou seja: o legislador constitucional teria referido-se apenas àqueles que, em atividade, mantêm vínculo funcional com o Estado, *servindo-o* com seu trabalho, mediante vencimentos, ou também àqueles que, já aposentados, não mantêm esse vínculo funcional, mas apenas aquele decorrente de sua condição de beneficiário da Previdência Pública.

Não obstante a jurisprudência conferindo a abrangência maior ao vocábulo, este órgão do Ministério Público Federal manteve o entendimento de que o

vocábulo “servidor”, quer no sentido vernacular, quer em seu significado jurídico-administrativo, quer – e mais ainda – no contexto em que fora empregado na Constituição, referia-se, conforme dito, **àqueles que, em atividade, mantêm vínculo funcional com o Estado, servindo-o com o seu trabalho.**

4.2.3. **A norma constitucional vigente.** A Emenda Constitucional n.º 20/98, que veiculou a denominada “reforma previdenciária”, operou grande modificação no texto do art. 40 da Carta Política, no que diz respeito ao sistema previdenciário do servidor público.

A norma antes veiculada no § 6º do art. 40 passou a fazer parte do *caput* desse artigo, com a seguinte redação:

“Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.”

Persiste, pois, no Texto Constitucional, a questão atinente ao significado da palavra “servidores”, pois são estes que deverão contribuir para o custeio da Previdência dos trabalhadores no serviço público.

4.2.4. **“Servidor” ativo e inativo.** O mencionado artigo 40 da Carta Política diz que, aos **servidores titulares de cargos efetivos** é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

4.2.4.a) Sabe-se que a expressão “servidor”, no cotidiano da administração pública, é utilizada com certa displicência, ora para referir-se ao “servidor em atividade” ora englobando também aquele que se aposentou. Mas também não se pode ignorar que são consagradas as expressões “servidor ativo” e “servidor inativo”, tanto no linguajar comum quanto em atos administrativos, ou mesmo em textos legais. É que, em seu significado vernacular, a palavra “servidor” expressa idéia de atividade (v. Novo Dicionário da Língua Portuguesa de Aurélio B. H. Ferreira, Ed. Nova Fronteira, 1ª ed., 15ª impressão: “**Servidor** (do lat. *servitore*). Adj. 1. Servente (1). 2. Obsequiador, prestadio, serviçal. 3. Que cumpre com correção os serviços e obrigações; pontual - S. M. 4. Indivíduo que serve. 5. Criado, doméstico. 6.

Funcionário, empregado. - **Servidor Público. Jur.** **Aquele que, pertencendo ou não ao quadro do funcionalismo, exerce oficialmente cargo ou função pública.** - Grifei). A idéia-base veiculada pelo signo é, pois, o **exercício** de cargo ou função pública.

Desse teor não foge De Plácido e Silva em seu *Vocabulário Jurídico*: “SERVIDOR. De *servir*, é o vocábulo, em sentido lato, aplicado para designar toda pessoa que exerce uma atividade pública, ou particular, de ordem material, técnica, ou intelectual, mediante emprego, cargo ou locação. / Assim, quem quer que sirva a outrem, na qualidade de empregado, preposto, ou funcionário, é um *servidor*. / Desse modo, embora na linguagem vulgar, o *servidor* seja tido no mesmo sentido de *serviçal* ou *doméstico*, designando cargo ou emprego de inferior categoria, na técnica jurídica, servidor é tomado em significação mais ampla, não exprimindo somente os cargos humildes. / É comum, mesmo, empregar-se a expressão genericamente, para indicar os funcionários públicos, sem referência às respectivas classes ou categorias. / Nestas circunstâncias, *servidores do Estado* é expressão que designa toda e qualquer espécie de empregado ou funcionário público”).

Os dicionaristas parecem não autorizar, pois, a inclusão no conceito de *servidor* daquele indivíduo que não mais mantém um vínculo de trabalho para com o ente público.

“Servidor público aposentado” não é servidor servidor público; mas **aposentado**, do serviço público.

Porém, o que mais importa é verificar em que sentido os textos legais utilizam a expressão ora examinada.

4.2.4.b) É relevante o fato de que o constituinte, nas diversas vezes em que se utilizou do vocábulo “servidor”, nos artigos 37 a 41, o fez num contexto que deixa claro o propósito de se referir, apenas, àquele que mantém vínculo de trabalho para com a Administração. Assim é nos incisos V, VI, X, XIV e XVIII do art. 37; no *caput* do artigo 38; no *caput* e nos §§ 2º, 3º, 4º e 8º do art. 39; no *caput* e § 1º do art. 40; no *caput* e §§ 1º, 2º e 3º do art. 41.

Com efeito, o Texto Constitucional não contém referência ao denominado “servidor aposentado” ou “servidor inativo” (expressões estas que – diga-se ligeiramente – encerram impropriedade lingüística e vício lógico); mas apenas ao **servidor**: aquele que serve à Administração Pública. Conforme se verifica nos dispositivos acima referidos, no Texto Constitucional, todos os direitos e deveres previstos referem-se ao “servidor em atividade”. Quanto ao aposentado, as únicas re-

ferências sobre ele dizem respeito aos proventos que lhe são devidos (art. 40, §§ 1º, 2º, 3º e 11 e 17 do ADCT).

4.2.4.c) Esse significado da expressão “servidor público” – quem serve ao público, por meio do Estado, com o seu trabalho – tornou-se ainda mais explícito com a Emenda Constitucional nº 20, ao modificar a redação do art. 40 da Lei Magna.

Com efeito, diz a norma constitucional: “*Aos servidores titulares de cargos efetivos, (...), é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observado critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo*”.

Na análise desse texto, observa-se, inicialmente, que todo o comando da norma recai sobre os **servidores titulares de cargos efetivos**. Ora, o aposentado não é titular de cargo efetivo; mas deixou de sê-lo, quando passou à inatividade. Tanto é que aquele cargo passa a ser ocupado por outro, este sim: **servidor público**.

Consequentemente, tanto o direito à previdência quanto o dever de contribuição para o regime previdenciário dizem respeito ao **servidor titular de cargo efetivo**, que – repita-se – não pode estar aposentado.

É certo que o direito à previdência estende-se ao aposentado; mas o constituinte, ao assegurá-lo, refere-se ao “servidor em atividade”: assegura-lhe um direito agora para ser usufruído no futuro.

Tem-se, ainda, por consequência secundária dessas premissas, que o a Lei Maior, ao determinar que seja *observado critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial*, refere-se à contribuição devida pelo servidor (em atividade, pois), de forma a garantir os recursos necessários ao pagamento de seus proventos. Ora, se a Constituição assim previu, é exatamente para que o aposentado não tenha que arcar com os ônus de sua própria aposentadoria.

4.2.4.d) Do exposto, conclui-se que:

a) no sentido vernacular, a expressão simples “servidor” diz respeito àquele que exerce atividade;

b) o Texto Constitucional é obediente a esse significado vernacular da palavra, tanto é que utilizou a expressão simples “servidor” apenas em contexto ou para veicular comando específicos àquele que exerce atividade para o Estado;

c) quanto ao aposentado, as únicas referências sobre ele dizem respeito aos proventos que lhe são devidos (art. 40, §§ 1º, 2º, 3º e 11 e 17 do ADCT);

d) a expressão “servidores titulares de cargos efetivos”, contidas no *caput* do art. 40 (objeto da análise), de forma mais enfática ainda, exclui os aposentados;

e) portanto, a Constituição autoriza instituir contribuição previdenciária apenas a cargo dos servidores públicos (em atividade);

f) em obediência aos próprios conteúdos por ele dado àquelas expressões, para alcançar os inativos, o Legislador Constitucional deveria dizer “*servidores ativos e inativos*”; não o fazendo, é de se concluir que ele se referiu apenas aos *servidores ativos*.

g) consequentemente, o legislador ordinário, ao instituir contribuição previdenciária a cargo do *servidor público civil, ativo e inativo, e dos pensionistas*, extrapolou a autorização constitucional.

4.2.5. Torna-se, assim, desnecessário, nesta fase preliminar, abordar as questões atinentes ao direito adquirido dos aposentados ao regime previdenciário anterior à Emenda Constitucional nº 40, bem assim ao direito à irredutibilidade de vencimentos dos magistrados; ao caráter confiscatório da contribuição; à infringência do princípio atuarial da regime previdenciário do servidor público, e vários outros aspectos da exigência, questionados pelos autores. Pois, a partir de uma simples leitura da lei ordinária, em cotejo com a Lei Maior, vislumbra-se a incompatibilidade dos textos.

4.2.6. **Conclusão.** A este órgão do Ministério Público Federal parece verossimilhante o direito alegado pelo autor, em não se sujeitar à exigência de contribuição previdenciária instituída na Lei nº 9.783/99, porque é inconstitucional a locução “*ativo e inativo*”, e dos *pensionistas*” contida no art. 1º da referida lei.

4.3. O FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO

4.3.1. De outra banda, além da verossimilhança das alegações jurídicas invocadas pelo autor, é mister a demonstração de outros requisitos necessários à concessão da antecipação da tutela. O autor alega receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

É pacífico o entendimento de que os salários, vencimentos e proventos têm caráter alimentar.

Este órgão do Ministério Público Federal tem-se manifestado no sentido de que a mera conceituação, doutrinária, dessas verbas como sendo de natureza alimentar, por si só, não induz à conclusão do *periculum in mora*. Com efeito, se é legítimo pressupor que um funcionário que perceba modesto vencimento necessita de sua integralidade para fazer frente às suas necessidades alimentares, o mesmo não se pode dizer de um funcionário ou agente político cujos vencimentos permi-

tem-lhes amearhar algum bem material. Nesses casos, não é de se pressupor que uma exigência tributária ou uma suposta perda de poder aquisitivo, em alíquota modesta, ponha em perigo suas necessidades alimentares, de forma a autorizar a antecipação da tutela.

Há que se verificar o caso *in concreto*.

No presente caso, a contribuição questionada chega à alíquota de 20% sobre os proventos da aposentadoria. É razoável o pressuposto de que ninguém poderá, abruptamente, comprometer tão significativa parte de sua fonte de renda, e constituindo-se esta em proventos de aposentadoria. Qualquer despesa de tal grandeza certamente demandaria, a uma pessoa aposentada, planejamento prévio. É, pois, convincente o argumento no sentido de que, com esse desfalque em seus proventos, o aposentado corre risco de não poder fazer frente às suas necessidades normais, causando-lhe, e à sua família, **dano** que não poderá ser reparado, caso, a final, venha ser reconhecida a inexigibilidade da contribuição e seu direito à restituição dos valores pagos.

Não se pode olvidar, ainda, que a contribuição ora questionada, acrescida do Imposto de Renda, alcança 52,5% dos proventos, que, notoriamente, têm seu poder aquisitivo reduzido pela inflação dos últimos cinco anos, em que não foram reajustados.

Verifica-se, pois, **fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação**, que a norma impugnada causaria ao autor, se não lhe fosse concedida a antecipação da tutela.

- III -

5. Pelos fundamentos expostos, o parecer do Ministério Público Federal é no sentido de há verossimilhança no direito invocado pelo autor e é fundado seu receio de vir sofrer dano irreparável ou de difícil reparação caso o direito venha ser-lhe reconhecido apenas a final.

Assim, o parecer é no sentido de ser negado provimento ao recurso da União Federal.

São Paulo, 2 de setembro de 1999.

¹ Trata-se de parecer apresentado nos autos do agravo de instrumento nº 82116 – 2ª Turma do TRF da 3ª Região/SP. Cuidando de antecipação de tutela, o parecer não aborda a matéria em toda a sua abrangência: concentra-se na interpretação literal da constituição, concluindo, a partir daí, pela inconstitucionalidade da lei.

ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS RELATIVAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO

Maria Iraneide Olinda S. Fachinni
PRR/3ª Região

Encontram-se no Congresso Nacional, as Propostas de Emenda Constitucional n.ºs 59/95, 109/95, 281/95, 365/96 e 406/96, todas referentes ao Ministério Público, tendentes a alterar o perfil constitucional da instituição. Observa-se, à exceção da PEC n.º 109/95, que todas são desfavoráveis e impertinentes, trazendo limitações à ação institucional, seja na seara penal, seja na da tutela coletiva, que se revela pelo franco propósito de estabelecer a responsabilidade civil, seja do Estado, seja direta do órgão do MP, por danos causados em decorrência de sua atuação (PEC's n.ºs 59/95, 365/96 e 406/96), além do despropósito de pretender-se substituir a garantia da vitaliciedade, pela estabilidade (PEC 59/95).

Passo a fazer sucinta análise de tais propostas:

1) PEC n.º 59/95 – altera a redação da alínea “c” do inc. II, os parágrafos 3º e 4º, a alínea “a” do inc. I do parágrafo 5º do art. 128 e art. 130 da CF, criando o Conselho Nacional do MP.

Art. 1º – É suprimida a expressão “na forma da lei” da alínea “e” do inc. II do art. 128.

Por força desta alteração tornar-se-ia vedado o exercício da atividade político-partidária pelo membro do MP. Tal modificação parece-nos aceitável, eis que, à semelhança do magistrado, não deve o órgão do MP envolver-se em atividade político-partidária, sob pena de comprometer sua independência e isenção com que deve atuar, restrito aos mandamentos legais e constitucionais, resguardando-se da ingerência de interesses políticos (e partidários).

- par. 3º do art. 128 – a redação proposta altera a forma de escolha dos chefes dos MPs dos Estados e do DF, afastando o critério, hoje existente, de formar-se uma lista tríplice dentre integrantes da carreira, escolhidos mediante eleição, com a participação de todos os membros da Instituição. Prevê, também, a aprovação do nome do candidato escolhido, pela Assembléia Legislativa e Distrital. Ou seja, pretende-se utilizar o mesmo critério adotado para a escolha do PGR.

- Sob a justificativa de coibir o corporativismo, tal proposta constitui-se em evidente retrocesso, porque

abandona a forma democrática e participativa da escolha do chefe da instituição, melhor legitimado pelo resultado do sufrágio, e privilegia a decisiva ingerência do Executivo na instituição. Em verdade, o ideal é que a escolha do PGR evoluísse, nada obstante as peculiaridades próprias do MPU.

- A nova redação para a alínea “a” do inc. I, do par. 5º do art. 128 da CF retira a garantia da vitaliciedade dos membros do MP, substituindo-a pela estabilidade. É rematado despropósito pretender-se retirar do MP esta garantia, que, a toda evidência, não se constitui um privilégio, mas necessidade, pressuposto para agir com segurança e independência no desempenho de suas árduas funções, na defesa da ordem jurídica, da sociedade e do regime democrático, tão carentes desta atuação destemida, a qual restaria limitada e desguarnecida sem tal garantia.

- Por outro lado, o Estatuto do MP deve guardar paridade com o da Magistratura e, assim, por mais esta razão, é inaceitável a supressão desta garantia.

- A nova redação proposta para o par. 4º do art. 129 (Aplica-se ao MP o par. 6º do art. 37 e no que couber, o disposto no art. 93, II e VI), por pretender a atribuição de responsabilidade civil ao Estado, por danos causados pelo agir do MP, (assegurado o direito de regresso contra o membro do MP) também é inaceitável e deve ser combatida porque fatalmente irá cercear a livre atuação do órgão, temeroso de responder, a todo momento, a processos indenizatórios por supostos danos causados no exercício legítimo da função. Imagine-se o descompasso de tal regra com o princípio “*in dubio pro societate*”, presente quando do oferecimento da denúncia e afastado pelo juiz na hora de absolver o réu. Certamente o acusado, em tal hipótese, proporia ação de indenização pelos danos morais e materiais que o processo criminal lhe trouxe, alegando que o Promotor foi imprudente ou negligente ao ajuizar a denúncia.

- Ademais, em tema de responsabilidade civil do MP, o ordenamento jurídico prevê, no artigo 85 do CPC, esta responsabilidade, quando o membro do MP cause dano, por atuação dolosa ou fraudulenta, quer dizer, mui

sabiamente elidiu a responsabilidade na hipótese de culpa, que não seja grave, manifesta, porque há de se admitir certa dose de falibilidade no exercício da função, como, de resto, ocorre com o Judiciário. Em síntese, pretender-se atribuir responsabilidade civil irrestrita, ilimitada, aos membros do MP soa injurídico e desarrazoado, frise-se, porque inviabiliza a atuação institucional. Não se olvide, ainda que o membro do MP está sujeito às sanções civis, penais e administrativas, como as demais autoridades, previstas na Lei de Abuso de Autoridade – Lei 4898/65 (art. 6º).

- Ademais, está adstrito a observar os deveres e sujeitar-se às sanções disciplinares previstas, na hipótese do MPU, na Lei Complementar n.º 75/93 (arts. 236, 237 e 239).

- Concluindo, é de todo despiciendo e importuno inovações como a que ora se pretende, porque a disciplina do assunto na ordem jurídica é satisfatória, tudo fazendo crer que a motivação ínsita a tais propostas é um desprezível revanchismo, perpetrado por setores ou pessoas descontentes com a legítima porém “incômoda” atuação do MP.

- Art. 130 da CF – a proposta dá-lhe nova redação, criando o Conselho Nacional do MP, com competência disciplinar e poderes para determinar a disponibilidade e aposentadoria com vencimentos proporcionais do membro do MP, além de exercer o controle externo da Instituição. Penso que, assim como a Magistratura, o MP também deve sofrer controle externo, porém, parece-nos, em princípio, que este Conselho não deve deter competência disciplinar – objeto das corregedorias, porque haveria superposição de órgãos, nem o poder de determinar disponibilidade e aposentadoria de membros do MP. Porém, reconheço que este assunto merece análise mais detida.

- 2) PEC n.º 109/95 – altera os inc. I e VIII do art. 129 da CF

- Art. 129 – São funções institucionais do MP:

- I – instaurar e dirigir o inquérito e, privativamente promover a ação penal pública na forma da lei.

- VIII – determinar diligências investigatórias e a instauração do inquérito, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

- A alteração sugerida para o inc. I (acrescentou-se instaurar e dirigir o inquérito) não parece adequada, porque transfere para o MP ato típico da Polícia, qual seja, a instauração e condução do inquérito policial. Não me parece conveniente que tal incumbência venha para o MP, cuja atividade primordial, na esfera penal, é a promoção da ação penal pública. De todo pertinente, por ora, em face do sistema do CPP, e à disciplina constitucional da polícia judiciária – art. 144 – manter-se o inquérito sob a responsabilidade da polícia judiciária, facultando-se ao MP realizar diligências investigatórias, quando o desejar. Solução diversa, além de politicamente problemática, traria profundas dificuldades práticas. Portanto, a direção do IPL, entendida como a fixação de

diretrizes investigatórias pode continuar com a Polícia, devendo, no entanto, como sói acontecer, a Autoridade Policial atender às requisições do MP.

- Quanto à mudança proposta para o inc. VIII, é de todo desnecessária, eis que os termos requisitar (como consta atualmente) e determinar (como se pretende colocar) tem sentido equivalente, ou seja, exarar uma ordem.

- 3) PEC 281/95 – dispõe sobre o controle externo da atividade policial. Tal controle seria exercido por um Colégio composto por integrantes do MP, da Polícia e da OAB, na forma da lei. A justificativa aventada é que o controle externo da polícia não deve estar restrito a uma única instituição (o MP), porque atenderia a pretensão corporativismo do MP. Nada mais equivocado. Pretende o autor da proposta, para a Polícia Judiciária, tratamento semelhante ao que se objetiva para o Controle externo do Judiciário, esquecendo-se da profunda diferença de situações e perspectivas. Em verdade o Judiciário é um Poder da República, incumbido, constitucionalmente, de fazer cumprir as leis e dirimir conflitos intersubjetivos, além de decidir conflitos entre os demais Poderes, enquanto a Polícia, hierarquicamente, vincula-se ao Executivo e atua de forma restrita, preservando a segurança pública e apurando infrações penais, a fim de subsidiar o MP na promoção da ação penal pública! Destarte, nada mais razoável que se regulamente o controle externo como já previsto na Carta de 88, de forma a evitar maiores discussões.

- 4) PEC n.º 365 de 1996

- Acrescenta ao par. 1º do art. 127 a expressão “e a responsabilidade de seus membros”, as alíneas “f” e “g” do inc. II do par. 5º e par. 6º do art. 128, e a expressão “requisitar a instauração de inquérito civil, segundo procedimento previsto em lei”, ao inciso III do art. 129 da CF.

- Redação proposta: Art. 127

- Parágrafo 1º - São princípios institucionais do MP a unidade, a indivisibilidade, a independência funcional e a responsabilidade de seus membros.

- Aqui, como na PEC n.º 59/1995, pretende-se impingir, ao membro do MP, a responsabilidade por danos causados a terceiros, no exercício da função, agora erigindo tal responsabilidade ao nível de princípio institucional. Nada mais absurdo. Dispensamo-nos de maiores comentários, reportamo-nos ao que já dito quando da análise da PEC 59/95.

- Art. 128 da CF – acrescenta as alíneas “f” e “g” e o par. 6º com a seguinte redação:

- “f” - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro fatos ou informações de que tenham ciência em razão do cargo e, que violem o interesse público e o sigilo legal, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

- “g” – receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de entidades públicas ou priva-

das, inclusive para fins de moradia ou subsistência, salvo exceções previstas na lei.

- *Parágrafo 6º - Os membros do MP responderão pelos danos causados a terceiros, nos casos de dolo, culpa ou fraude.*

- Passemos à análise da redação da alínea "f". Vê-se simplesmente que se pretende colocar uma morada no membro do MP, além de transformar o inquérito policial e o processo criminal em algo sigiloso, já que proíbe a divulgação de qualquer fato, violando, desta forma, o direito à informação, e o princípio da publicidade dos atos processuais contemplados constitucionalmente nos incisos XIV, XXXIII e LX do art. 5º da CF.

- Em verdade, quando o MP divulga seus atos, está prestando um serviço à sociedade, eis que presta contas das atribuições que recebeu e que deve desempenhar com correção e respeito aos direitos individuais.

- Quanto à alínea "g" – não se compreende a que veio este dispositivo, que certamente não se endereça aos membros do MPU. Sem comentários, portanto.

- Relativamente ao parágrafo 6º, renova-se a intenção de responsabilizar civilmente os membros do MP por danos causados a terceiros, por atuação culposa, assunto que já mereceu análise anterior.

- Por fim, é acrescentada ao inc. III, do art. 129, da CF a expressão "requisitar a instauração de inquérito civil, segundo procedimento previsto em lei", passando a vigorar com a seguinte redação:

- *Art. 129 – São funções institucionais do MP:*

- *III. Requisitar a instauração de inquérito civil, segundo procedimento previsto em lei, e a promover a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.*

- A redação atual do dispositivo diz caber o MP promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Como se vê a proposta pretende retirar do MP o poder-dever de promover o inquérito civil, já que alude apenas à requisição de instauração do inquérito civil, à semelhança do que ocorre com o inquérito policial, cuja instauração é requisitada à Autoridade Policial. A proposta se revela absurda, porque ninguém melhor aparelhado e preparado para promover o inquérito civil que o MP. Não há justificativa jurídica razoável para tão estapafúrdia proposta.

A alegação de que "a falta de regras procedimentais sobre o inquérito civil tem dado ensejo a incontáveis abusos por parte de membros do Ministé-

rio Público, dificultando o controle de sua legalidade e mesmo o exercício pelo cidadão do direito de ter conhecimento de qualquer procedimento que lhe diga respeito e de prestar esclarecimentos reclamados" (sic) é falsa, eis que na hipótese de eventual abuso o prejudicado sempre poderá socorrer-se do mandado de segurança ou do "habeas corpus", conforme a hipótese.

5) PEC n.º 406/1996

- Esta PEC, pensada à PEC n.º 365/96, acrescenta parágrafo aos art. 128 e 129 da CF. Ao artigo 128, acrescenta-se o par. 6º com a seguinte redação: O poder Público responderá pelos danos que os membros do MP causarem no exercício de suas funções, assegurado, nos casos de dolo, culpa ou fraude, o direito de regresso contra o responsável. Como se percebe, volta-se novamente a insistir em pôr freio à atuação do MP, com a ameaça de responsabilizá-lo (por via de regresso), em razão de danos causados no exercício da função.

- Já o art. 129 sofre acréscimo do par. 5º, com a seguinte redação: "O membro do MP será penalmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com abuso de poder, admitida a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, ou se requerido o arquivamento do procedimento competente".

- Este parágrafo, como redigido, contém defeito insanável de redação, consistente na circunstância de o "caput" do dispositivo não guardar qualquer relação com o restante do dispositivo. Por sinal, o "caput" fala o óbvio, porque o crime de abuso de autoridade já está definido na Lei 4898/65. Quanto à segunda parte da norma (admitida a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal) também é desnecessária, porque já consta do inciso LIX do art. 5º da CF de 1988. No que concerne à parte final (admitir-se a ação privada nos crimes de ação pública, se requerido o arquivamento do procedimento competente) é fruto de rematada insensatez, vez que: I-) privilegia o espírito de vingança da vítima ou de seus familiares em detrimento da análise técnica e despida de envolvimento emocional realizada pelo MP; II-) eterniza os conflitos, gerando a insegurança jurídica; III-) em determinadas hipóteses, viola a coisa julgada material.

Finalizando esta modesta contribuição, podemos concluir que o Ministério Público, desde sua configuração inovadora na CF/88, vem atendendo aos anseios da sociedade, razão por que devemos lutar para manter o perfil constitucional que ora ostenta, sob pena de lamentável retrocesso institucional, em especial no que se refere à defesa dos bens e interesses públicos e da ordem jurídica.

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA

ENVIE SEUS ARTIGOS E PARTICIPE DESSA IDÉIA

SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA E A EXCLUSÃO DE ALUNO INADIMPLENTE DE UNIVERSIDADE PARTICULAR

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa
PR/SP



O Boletim dos Procuradores da República do mês de janeiro de 1999 publicou texto de Mônica Campos de Ré – *Um novo modo de ser custos legis* –, explicando divisão especializada de trabalho na atuação do Ministério Público Federal em São Paulo em mandados de segurança.

A especialização foi medida importantíssima para garantir uniformidade no posicionamento e autonomia funcional, ao mesmo tempo. A especialização por matéria torna útil e eficaz a intervenção do Ministério Público em mandado de segurança. Ainda que esta ação especial, muitas vezes, substitua as ações ordinárias adequadas – porque tem rito mais rápido –, em que o Ministério Público necessariamente não intervém, ainda nestes casos a manifestação do Ministério Público é essencial. O questionamento da validade e adequação à Constituição de ato de autoridade merece, sempre, o parecer da Instituição, a quem cabe – nunca é demais repetir –, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da Constituição).

A atuação do membro do Ministério Público Federal é, em qualquer área de atuação, de *custos legis*. Quando officiar na área criminal no primeiro grau de jurisdição, o Procurador da República será *custos legis* e autor da ação ao mesmo tempo. Uma função não exclui a outra. O mesmo ocorre na área em que os interesses são difusos e coletivos, quando a investigação civil pública e sua correspondente ação são atuações acrescidas à de *custos legis*. Em outras palavras, é preciso acompanhar, sempre, a Constituição.

Especificamente atuando como *custos legis*, o Ministério Público não é autor de ação alguma. Isto não suprime, porém, a essencialidade da função. A eficácia da atuação contribui para que o direito criado na sentença – toda sentença cria direito, queiram ou não os positivistas puros – seja o mais aproximado possível do direito justo.

Postas estas considerações iniciais sobre a relevância da interferência do Ministério Público nas ações de segurança, exponha-se questão submetida ao Ofício de Direito Administrativo, ao qual cabe, em São Paulo,

manifestação em mandados cujo objeto é a continuidade na prestação de serviços de educação ao aluno de universidade privada que deixa de pagar as mensalidades.

O posicionamento do Ministério Público, nestes casos, tem sido pela concessão da segurança.

Com a proliferação das universidades ou faculdades mantidas por particulares, o ensino superior tornou-se acessível a muitos. Mas o acesso é uma ilusão. Os alunos integrados às universidades, que trabalham o dia inteiro para sustentar família, não conseguem pagar a escola por muito tempo. As mensalidades são caras. E assim, após um ou dois anos de curso, às vezes quatro, param de pagar e são impedidos de renovar matrícula e de concluir curso superior. Muitos vêem-se excluídos da escola após terem nela estado por meses ou anos, período em que, regularmente, pagaram as prestações. Neste ponto impetram a segurança, resolvida, na maioria dos casos, na oportunidade da decisão liminar. Às vezes o impetrante obtém liminar que, surpreendentemente, é cassada quando decidida finalmente a segurança. Tem-se, neste caso, situação de injustiça e insegurança jurídica. A Universidade simplesmente cancela presenças, provas realizadas, como se nada tivesse existido entre a liminar e a sentença ou a sentença e o julgamento no 2º grau de jurisdição, aliás obrigatório.

Os argumentos para a denegação são dois. Diz-se que os contratos firmados são instrumentos de direito privado e que a prestação de ensino exige a contrapartida do pagamento. Argumenta-se, também, com decisão do Supremo Tribunal Federal na ação declaratória de inconstitucionalidade nº 1081-6. É verdade que, nesta ação, o Supremo Tribunal Federal suspendeu, até final decisão, dispositivo de medida provisória que inviabilizava indeferimento de rematrícula para alunos inadimplentes. E, desde então, alguns poucos Juízes têm considerado que a supressão do dispositivo do ordenamento jurídico possibilita o indeferimento de matrícula e a exclusão da escola.

Não é assim. Reedição de mencionada medida provisória, de nº 1477, não mais incluiu, entre as penalidades vedadas para a inadimplência, o indeferimento de matrícula. Mas, ainda assim, o 6º prevê: "São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares, inclusive os de transferência, ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas, por motivo de inadimplemento".

Não provocou o Supremo Tribunal Federal, com a decisão que suspendeu a proibição de indeferimento de matrícula de dispositivo de medida provisória, o efeito inverso, ou seja, não acrescentou disposição normativa

ao ordenamento jurídico. Isto significa que, não tendo a medida provisória estabelecido obrigatoriedade de renovação das matrículas, também não afirmou o contrário: que as matrículas não podem ser renovadas para os inadimplentes. Observe-se, ainda, que medida provisória sucessivamente reeditada e nunca transformada em lei não vale como ato construtivo. Fundamentação do Supremo Tribunal em decisão liminar em ação declaratória de inconstitucionalidade de dispositivo de medida provisória não incluído na reedição – portanto inexistente – também não tem efeito vinculante. E, desta forma, sendo tanto a medida provisória como o dispositivo suprimido atos inexistentes para o direito, é preciso raciocinar com a Constituição.

A questão deve ser analisada sob o prisma da Constituição como um todo, especialmente no que diz, independentemente dos dispositivos respeitantes à educação, com os objetivos da República Federativa do Brasil, postos no artigo 3º: desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais. Por outro lado, a educação é direito social (artigo 6º). Quando se trata de educação, os parâmetros individualistas para os contratos, ainda que firmados com instituições de ensino privadas, não devem prevalecer.

O ordenamento jurídico permite a determinação judicial para continuidade de serviços educacionais, independentemente de dispositivo legal ou de medida provisória.

As Universidades particulares têm compromisso com a educação, direito de todos e dever do Estado. Na medida em que obtiveram a autorização para funcionar, propuseram-se a fazê-lo não apenas com o intuito de lucro, mas com finalidade de colaboração com relevante função estatal. Esse compromisso é evidente e claro, pois se assim não fosse a delegação seria inviável. O compromisso assumido pela Universidade não é com o aluno, mas com o Estado como um todo. O compromisso está bem delimitado pelo artigo 209 da Constituição: "O ensino é livre à iniciativa privada, **atendidas as seguintes condições: I-cumprimento das normas gerais da educação nacional; II- autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público**". Entre as normas gerais apontadas no inciso primeiro está a do inciso I do artigo 206 da própria Constituição: "O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I- igualdade de condições para o acesso e permanência na escola". Existe, portanto, um direito à permanência na Universidade, que não tem como ser negado por questões financeiras.

Por outro lado, na medida em que o aluno ingressa na Universidade, o faz para diplomar-se, formar-se, e não para cursar períodos. Retirar do aluno inadimplente a possibilidade de completar o curso é observar de maneira restrita a autorização estatal para o ensino privado. O “negócio” universitário não é uma atividade comercial normal e comum, mas atividade autorizada em que o realizador assume o risco de arcar com a inadimplência sem deixar de realizar a sua tarefa assumida com o Estado e com o aluno. Para resolver a inadimplência, dispõe a Universidade de inúmeros mecanismos, previstos nas leis processuais civis, paracobrar débitos

As regras do direito privado não são suficientes para regulamentar a relação que se estabelece entre a Universidade, o estudante e o Estado. O Estado não está afastado do ensino superior. Pelo contrário. As regras de direito público interferem nas relações de ensino sempre que necessário para o alcance da igualdade entre os homens na República. Esclarece Nina Beatriz Ranieri, em Cadernos de direito constitucional e política nº 24, p. 63/71, p. 69: “*Ora, na livre iniciativa há liberdade de meios e fins, o que não se pode afirmar que exista na área educacional. Ainda que o inc. III, do art. 206, da própria Constituição, garanta o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, as mensalidades escolares são controladas pelo governo federal, tanto quanto os cursos, os alunos e as instituições. Ademais, enquanto o regime privatístico remete a atividade à lógica do capital e do mercado, e por via de consequência a um modelo empresarial que requer resultados a curto prazo, a finalidade e natureza públicas da finalidade educacional requerem uma organização de trabalho (e não de capital), esquematizando-se em prazos mais longos e exigindo mobilização relativamente grande de investimentos materiais e humanos quando comparada à mobilização de outros fatores de produção, especialmente no ensino superior (Souza Santos, 1996: 217:8). A tensão assim criada dá sustentação à prevalência do interesse público, e à derrogação do direito privado, quando necessário*”.

As regras de direito privado devem ser postas em segundo plano, para que a Constituição dirigente encontre espaço para ser aplicada. O cidadão que presta vestibular e ingressa na Universidade tem direito a continuar os estudos, tem direito de permanência. Paga as prestações avençadas e, deixando de pagá-las, sofrerá as medidas judiciais para o constrangimento ao

adimplemento. O Judiciário não tem como negar o direito à permanência na Universidade porque não pode permitir descontinuidade no serviço educacional.

Os mandados de segurança impetrados para garantir a permanência na universidade são muitos. A Justiça percebe que, de fato, os alunos não estão preparados economicamente para custear o ensino privado. Os estudantes da classe média e alta têm oportunidade de acesso maior nas universidades públicas, onde a seleção vestibular é difícil. Pensa-se em redimensionar a situação, reservando-se lugar, nas universidades públicas, para alunos provenientes de escolas públicas. No Ceará, o Ministério Público Federal, representado pelo Procurador da República Oscar Costa Filho, propôs ação civil pública contra a Universidade Federal, visando reserva de vagas para alunos da escola pública. A liminar foi concedida.

O Projeto de Lei do Senado nº 298/99, de iniciativa do Senador Antero Paes de Barros, já aprovado pelo Plenário do Senado Federal em 02/09/99 e remetido à Câmara dos Deputados, estabelece no artigo 1º: “Ficam as universidades públicas obrigadas a reservar, anualmente, cinquenta por cento de suas vagas para alunos que tenham cursado integralmente os ensinos fundamental e médio em escola pública. Parágrafo único. O direito à vaga pressupõe aprovação no processo seletivo adotado pela universidade e classificação dentro do percentual acima estabelecido”.

Se e quando o Projeto integrar o ordenamento jurídico, a lei provocará, sem dúvida, modificações no panorama educacional. Escolas públicas estarão fortalecidas e a qualidade de ensino será outra, certamente. O fato é que a educação, no Brasil, está em fase de transformação. As universidades privadas proliferaram-se e nem sempre obtêm sucesso na formação de profissionais capacitados. Com a edição da nova lei, muitos desses alunos excluídos das escolas particulares por inadimplência, que cursaram nível médio em escolas públicas, poderão estar nas universidades públicas. Enquanto isso não ocorre, e enquanto a autorização para instituição das universidades particulares for emitida pelo Estado, estas deverão arcar com a responsabilidade de ensinar, criando mecanismos para evitar a inadimplência e para cobrar, por meios juridicamente permitidos, as mensalidades em atraso.

A universidade assume, com o Estado, o compromisso de educar. Precisa cumpri-lo até o fim.

DESAPROPRIAÇÃO

Sidney Pessoa Madruga
PRM/Imperatriz/MA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE IMPERATRIZ-MA

Ref.: Processo 1998.37.01.001696-9

Flórice S/A Florestamento, Indústria e Comércio reitera, mais uma vez, o pedido de levantamento de 80% (oitenta por cento) da indenização já depositada em Juízo, apresentando para tanto certidão de regularidade fiscal do imóvel objeto do litígio, onde se observa que inexistem pendências quanto ao recolhimento do Imposto sobre a Propriedade Rural.

Contudo, a certidão **positiva** de tributos e contribuições federais de fls. 141 deixa entrever que o expropriado encontra-se em cizânia administrativa com a Fazenda Nacional, no que concerne ao recolhimento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e PIS/PASEP, estando suspensa a exigibilidade desses créditos tributários em razão do que dispõe o art. 151, inciso II, do Código Tributário Nacional.

A Lei Complementar 76/93 (LDRA), modificada pela LC 88/96, que dispõe sobre o procedimento judicial a ser adotado no caso de processo expropriatório de imóveis rurais, por interesse social, para fins de reforma agrária, prevê, em seu art. 6º, § 1º, que a parte expropriada poderá requerer o levantamento de oitenta por cento da indenização depositada, desde que, afora outras exigências legais, estejam “*quitado os tributos*”.

Desta feita, duas são as questões a serem dirimidas. A primeira delas refere-se ao alcance legal da certidão positiva de fls. 141 quanto a prova de quitação de tributos, haja vista a exigência contida no § 1º, do art. 6º, da Lei Complementar 76/93. A segunda questão diz respeito a interpretação sistemática e extensiva da expressão “*quitado os tributos*”, compreendida no mesmo artigo de lei.

Dispõe o art. 205, e § único, do CTN, que a certidão **negativa** de tributos, quando a lei assim a exigir para a prova de quitação de determinado tributo, será expedida a requerimento do interessado com todos os dados disponíveis a identificação de sua pessoa. Isto é, a certidão **negativa** refere-se a pessoa do contribuinte e/ou interessado e não sobre os bens ou direitos, eventualmente, pertencentes àquela.

Nesse sentido, é que se mostra imprestável como certidão **negativa** propriamente dita, a certidão de re-

gularidade fiscal de imóvel rural, juntada em fls. 149 dos autos. Aquela visa, tão-somente, informar sobre pendências tributárias relativas a determinado imóvel rural. *In casu*, revela dita certidão que não há pendente quanto ao recolhimento do Imposto sobre a Propriedade Rural (ITR), relativamente ao imóvel objeto da presente ação expropriatória.

Por outro lado, vemos em fls. 141 uma certidão **positiva**, expedida pela Receita Federal, informando que se encontram em contencioso administrativo valores referentes ao IRPJ e PIS/PASEP, de responsabilidade do expropriado, estando a exigibilidade desses créditos suspensa por força do art. 151, CTN, o que, *prima facie*, poderia constituir-se em óbice legal ao pleito de fls. 148, caso o próprio CTN não previsse em seu art. 206 que tem “*os mesmos efeitos previsto no artigo anterior a certidão de que consta a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa*” (grifamos).

Em sendo assim, a certidão **positiva** de débito fiscal de fls. 141 é válida para os fins a que se destina. Nesse sentido, remansosa é a jurisprudência:

“EMENTA Tributário. Administrativo. Mandado de Segurança. Certidão Negativa de Débito-CND. Confissão de Dívida. Parcelamento. Lei n.º 9.032/95 e Decreto 358/91. Arts. 205, 206 e 151 do CTN. Ilegalidade da recusa. 1 – As disposições legais referentes a expedição de certidão negativa não devem adequar-se pela Lei n.º 9.032/95, nem tampouco ao Decreto n.º 356/91, e sim, face ao comando constitucional do art. 148, III, ao disposto no Código Tributário Nacional, que possui “status” de lei complementar. 2 – É direito líquido e certo o fornecimento de certidão negativa de débito quando devidamente comprovada a quitação de determinado tributo – art. 205, CTN, bem como nos casos de suspensão da exigibilidade do crédito tributário – art. 151 c/c 206 do CTN. 3 – Considera-se como moratória individual a confissão da dívida, razão pela qual reconhece-se nesta uma hipótese de suspensão de exigibilidade do crédito tributário a ensejar, quando se está em dia com o pagamento das prestações, direito à certidão positiva com efeito de

certidão negativa. 4- Existindo direitos tributários, ainda que suspensos, impossibilita-se a expedição de certidão negativa de débito, aplicando-se o art. 208 c/c 151 do CTN, que permite a certidão positiva de débito fiscal, com efeitos idênticos ao da negativa. 5- Remessa oficial parcialmente provida. (TRF/5ª Região, Segunda Turma, unanimidade, REOMS 64.822/AL) (grifado).

Ultrapassado este primeiro questionamento, urge a análise da expressão “quitados os tributos” (art. 6º, § 1º, da LC 76/93), como inicialmente tracejado.

Diferentemente, das legislações que lhe precederam a Lei Complementar 765/93 não estabelece, de forma textual, quais os tipos de tributos que devam ser “quitados”.

Eis aí, o cerne da questão. Considerar-se-á a quitação de quaisquer tributos ou somente aqueles que venham a incidir sobre o imóvel desapropriado?

A despeito de opiniões doutrinárias em contrário, forte no sentido de que o contribuinte inadimplente com a Fazenda Nacional poderia ter seus créditos com terceiros penhorados em quaisquer rosto de autos, inclusive em processo expropriatório, creio que a sistemática que vem sendo adotada pelo legislador pátrio nos leva a concluir que há exigência que deve ser feita é o pagamento de tributos que recaiam sobre o bem a ser expropriado. Isto se diz, porque é esta a sistemática que vem sendo adotada nos diplomas legais que regem o instituto da desapropriação, seja por interesse social, seja por utilidade pública.

Senão vejamos.

Prevê o Decreto-Lei n.º 3.365/41, que dispõe sobre desapropriação por utilidade pública, *verbis*:

“Art. 33. O depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização

§ 1º - *omissis*

§ 2º. O desapropriado, ainda que discorde do preço oferecido, do arbitrado ou do fixado pela sentença, poderá levantar até 80% (oitenta por cento) do depósito feito para o fim previsto neste e no art. 15, observado o processo estabelecido no art. 34;

art. 34. O levantamento do preço será deferido mediante prova de propriedade, de quitação de dívidas fiscais que recaiam sobre o bem expropriado, e publicação de editais com prazo de dez dias, para conhecimento de terceiros.

A seu turno, a Lei 4.132/62, que define os casos de desapropriação por interesse social, determina em seu penúltimo artigo (5º) que em caso de omissão aplica-se aos casos previstos naquela lei as “normas legais

que regulam a desapropriação por utilidade pública, inclusive no tocante ao processo e à justa indenização devida ao proprietário.”

Já o Decreto-Lei 554/69, revogado pela Lei Complementar 76/93, que dispunha sobre desapropriação por interesse social de imóveis rurais para fins de reforma agrária, previa em seu art. 3º, inciso II, *ad litteris*:

“Art. 3º. Na desapropriação a que se refere o art. 1º, considera-se justa a indenização da propriedade:

I – *omissis*

II na falta de acordo, o valor da propriedade, declarado pelo seu titular para fins de pagamento do imposto territorial rural, se aceito pelo expropriante; ou”

Como se vê, no caso específico das normas legais acima transcritas, onde o texto de lei resta clarividente, forçoso recorre-se, de imediato, ao que dizem as palavras: a interpretação gramatical.

Entretanto, o mesmo não ocorre para a expressão “quitados os tributos”, contida na parte final do § 1º, art. 6º, LC 76/93. Neste pecou o legislador, deixando, necessariamente, a cargo da doutrina e jurisprudência a *communis opinio doctorum* e judicial.

Malgrado, necessário empregar-se tanto o método gramatical, aquele em que o sentido literal das palavras é prevalente, como a interpretação teleológica, onde indaga-se a vontade objetivada na lei, perquirindo-lhe o seu fim: a *ratio legis*.

Dessarte, esquadrinhando-se alguns dos elementos que compõem ambos os tipos de interpretação, *v.g.*, sintático (literal), *vis legis* (a razão finalística da norma), sistemático (conjunto da legislação) e histórico (origem da lei, sua evolução e modificação), deduz-se que o legislador, em matéria de desapropriação, vem se atendo, desde o primeiro instante, a quitação de tributos que recaia, diretamente, sobre o bem expropriado.

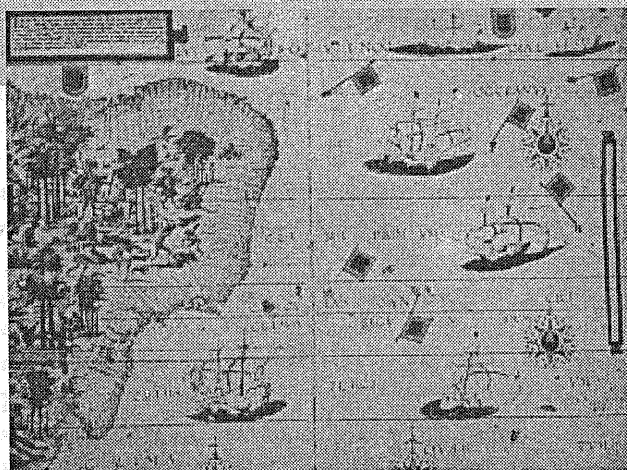
Desse modo, outro não é o sentido da expressão “quitados os tributos”, disposta no § 1º, do art. 6º, da LDRA. Então, na desapropriação de imóvel rural, para fins de reforma agrária, o que prevalece é a quitação do tributo que incida sobre o mesmo, o Imposto Territorial Rural (ITR), condição *sine qua non*, ao levantamento a que faz jus o expropriando de parte dos valores (80%) depositados em Juízo.

Face a documentação carreada aos autos e obedidas todas as disposições previstas no § 1º, do art. 6º, da LC 76/93, pugna o Ministério Público Federal pelo **deferimento** do pedido de fls.148, concedendo-se ao expropriando o levantamento de 80% (oitenta por cento) da indenização depositada.

Imperatriz/MA, 28 de maio de 1999.

ÁREA INDÍGENA: IMPOSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO DE MADEIRA A ELA PERTENCENTE (ART. 25 DA LEI 9.605/98)

Ubiratan Cazetta
PR/PA



Derrubada do pau-brasil pelos indígenas, segundo ilustração de André Thévet

Cuida-se de consulta formulada à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, tendo em consideração o contido no Parecer n.º 257/99-PROGE/IBAMA, que sustenta a impossibilidade de alienação de madeira, abatida em área indígena e nela ainda encontrada, sob pena de ofensa ao parágrafo segundo do artigo 25 da Lei 9605/98.

Como resultado visível da intensa busca por uma atuação conjunta em diversas frentes de negociação, notadamente travadas pela Funai, Ibama e pelo Instituto Socioambiental (ISA), com o acompanhamento e apoio do Ministério Público Federal, delineou-se, no início deste ano, a possibilidade de um acordo com as comunidades Kayapó, tanto do leste (ADR Colíder), como do oeste (ADR Redenção), e Panará, cuja premissa seria a de, constatada a existência de um grande volume de madeira já abatido, porém não retirado das terras indígenas, providenciar a venda de tal madeira, por meio que assegurasse um valor justo para tal bem, revertendo os recursos obtidos em projetos vocacionados à auto-sustentação das comunidades, como forma inicial de resolver os graves problemas que hoje se verificam.

Esta estratégia, para alcançar sucesso, deve ser inserida em um amplo conjunto de ações, do qual faz parte, por exemplo, o plano de aplicação dos recursos

obtidos, no que tange à T.I. Kayapó, com o leilão judicial de outro volume de madeira apreendido ainda em 1994, ocorrido no âmbito de ação civil pública proposta pelo MPF, em curso na Seção Judiciária do Distrito Federal.

A Procuradoria-Geral do Ibama, em manifestação que se encontra sob a apreciação da Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente, tem sustentado a impossibilidade de tal destinação da madeira, por suposta ofensa ao disposto no parágrafo segundo do artigo 25 da Lei 9605/98, que estabelece que, constatada a infração ambiental, “tratando-se de produtos perecíveis ou madeiras, serão estes avaliados e doados a instituições científicas, hospitalares, penais e outras com fins beneficentes”.

A despeito dos argumentos trazidos pelo IBAMA, quer me parecer que a interpretação restringiu-se uma a leitura gramatical da norma, descurando do conjunto de nosso ordenamento jurídico e de sua finalidade protetora do meio ambiente e do patrimônio público.

Não resta dúvida que a regra contida no artigo 25 da Lei 9605/98 representa uma forte sanção econômica, evitando que o ato ilícito, mesmo punido penalmente, reverta em benefício daquele que der causa ao dano ambiental.

Cuidou o legislador, então, de conferir destinação

direta ao produto do crime, privilegiando, com isto, instituições de pesquisa, hospitais, penitenciárias etc, tudo com a deliberada intenção de conferir destinação pública ao proveito econômico do ilícito.

Tal disposição legal, no entanto, não teve o condão de alterar a própria lógica interna do sistema jurídico que cuida do confisco de bens objeto de atos ilícitos, sejam eles instrumentos do crime, sejam eles produtos deste.

Conhecida é a regra geral do confisco como efeito genérico da condenação penal, traduzida no artigo 91 do Código Penal:

“Art. 91. São efeitos da condenação:

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.”

ANÍBAL BRUNO, em clássica interpretação, deixou assente que:

“Produto ou proveito do crime é todo bem que direta ou indiretamente o agente tenha auferido de sua execução, e, assim, o preço da empresa criminosa ou qualquer outra utilidade econômica que nela tenha a sua origem.

Vinculado à condenação como um dos seus efeitos, o confisco pressupõe naturalmente uma sentença condenatória e dirige-se ao condenado para diminuir-lhe o patrimônio, suprimindo-lhe as coisas de que fez mau uso na prática do crime e os valores que indevidamente dele recolheu. Conserva o caráter aflitivo que lhe vem da pena. Por isso, alguns autores e legislações lhe atribuem a categoria de pena acessória. *Mas não pode sofrer com o confisco o terceiro de boa-fé que tenha objeto seu comprometido no fato punível.*” (Comentários ao Código Penal, vol. II, 1ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1969, págs. 227/8 – g.n.)

A defesa do terceiro de boa-fé, titular do bem atingido pelo ato ilícito, não decorre, em verdade, apenas do disposto no artigo 91, II, do Código Penal, mas, sim, da própria garantia do direito de propriedade,

insculpida no artigo 5º, XXII, da Carta Política de 1988.

Tal cuidado, aliás, impõe-se como forma de evitar a dupla punição daquele que, sem influir no ato, teve seu patrimônio atingido pela infração penal.

Vê-se, então, que a norma penal ambiental não pretendeu (até porque não poderia) tornar obrigatório e definitivo o confisco dos produtos de crime ambiental ainda quando atingido o patrimônio particular.

É fato que, tratando de meio ambiente, raros são os casos em que se depara com propriedade particular, já que o bem jurídico tutelado, por sua natureza especial, é nitidamente difuso, todavia, não se pode desconsiderar tal hipótese.

No caso específico de que se cuida, não parece razoável que os índios, usufrutuários constitucionais da área de onde retirada a madeira, sejam duplamente punidos: primeiro com a própria degradação ambiental e segundo com a impossibilidade de acesso aos recursos decorrentes da alienação da madeira, que, aplicados corretamente, podem significar a recuperação da área e, mais do que isso, auxiliar na descoberta de alternativas de auto-sustentação, reduzindo a pressão hoje existente sobre tais comunidades.

Não se pode descurar, por outro lado, que a União, titular dos direitos de propriedade da área degradada e, em última análise, do próprio bem tutelado pela norma penal estaria sendo, também, severamente punida, já que teria que buscar a recuperação do dano e não poderia se utilizar do recurso decorrente da alienação da madeira como meio de recuperação etno-ambiental do prejuízo sofrido.

Assim, por qualquer ângulo que se busque contemplar a matéria, seja pelo princípio da razoabilidade, seja pelo princípio da legalidade, não é aceitável o entendimento contrário ao acordo firmado, cuja importância histórica no resgate dos erros da Administração Pública Federal com a comunidade indígena não pode ser desconsiderado.

Adicionalmente, há que se considerar que, vencidos estivessem todos estes argumentos, a própria norma penal ambiental daria guarida, ainda que indireta, à destinação que se pretende dar à madeira derrubada, uma vez que resta evidenciado, no artigo 23 da Lei 9605/98, que um dos objetivos a ser perseguido é o de incentivar o “custeio de programas e de projetos ambientais, execução de obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos e contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas”, o que apenas vem reforçar a viabilidade do entendimento aqui defendido, que preserva o caráter protetivo do meio ambiente e impede uma aplicação autômata e pouco inteligente da norma penal.

XVI ENCONTRO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA

Rio de Janeiro, 28 de outubro a 02 de novembro de 1999

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: REALIDADE E PERSPECTIVAS

PROGRAMA OFICIAL

28 de Outubro (Quinta-feira)

Chegada, transfer e check-In Hotel

Manhã e tarde livres

20:30 hs Solenidade de Abertura
Salões Gávea 1 e Gávea 2 – Hotel
INTERCONTINENTAL

21:30 hs Coquetel
Hotel INTERCONTINENTAL

29 de Outubro (Sexta-feira)

09:00 hs Assembléia Geral Extraordinária –
Reforma Estatutária

09:30 hs Assembléia Geral Extraordinária
Reforma Estatutária

12:00 hs Intervalo para Almoço

14:00 hs Abertura dos trabalhos do Encontro
Dr. Carlos Frederico Santos
Presidente da ANPR
Benefícios Associativos

15:00 hs Painel – Atividades Parlamentares
Dr. José Martins Arantes
Assessor de Articulação Parlamentar do
M.P.F.

16:00 hs Painel – Política Remuneratória
Dr. Mario Luiz Bonsaglia
Diretor de Divulgação ANPR

18:30 hs Encerramento dos trabalhos do dia
Noite Livre

30 de Outubro (Domingo)

09:00 hs Instalação das Comissões Temáticas:

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E A
EFETIVIDADE DE SUA ATUAÇÃO

Grupo I - Área Cível – Custos Léis

Grupo II - Área de Tutela Coletiva

Grupo III - Área Criminal

Grupo IV - Gestão Administrativa

15:00 hs Conclusão dos Trabalhos das
Comissões Temáticas

16:30 hs Divulgação das conclusões das
Comissões Temáticas

17:00 hs Instalação da Sessão Plenária com
discussão e votação das conclusões das
Comissões Temáticas

19:00 hs Encerramento dos trabalhos do Encontro
Noite Livre

31 de Outubro (Domingo)

Manhã e tarde livres

20:30 hs Jantar de Encerramento

1º de Novembro (Segunda-feira)

Dia Livre

02 de Novembro (Terça-feira)

Check-Out Hotel (até as 12 horas)
Transfer-out
Retorno às cidades de origem