

PROCURADORES DA REPÚBLICA

ANO IV - Nº 48 - ABRIL - 2002



REGIME JURÍDICO DAS MATAS CILIARES

LEIA TAMBÉM:

O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO
E O PROCESSO JUDICIAL

ASPECTOS DOS JUIZADOS
ESPECIAIS CRIMINAIS FEDERAIS

E MAIS:

ETIQUETAS - DIREITO DO CONSUMIDOR

FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO:
DA AMEAÇA NEOLIBERAL AO PRINCÍPIO
COOPERATIVO INTIMIDANDO O OBJETIVO
CONSTITUCIONAL DE SUPERACÃO DAS
DISPARIDADES REGIONAIS

O INÍCIO DA EXECUÇÃO E A CONSUMAÇÃO NOS
CRIMES DE PESCA PREDATÓRIA - ANÁLISE DO
ART. 36, DA LEI 9.605/98

RESENHA

BOLETIM DOS
PROCURADORES DA REPÚBLICA
ANO IV - Nº 48 - ABRIL 2002

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

Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva:
Conselho Curador: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Flávio Paixão de Moura Júnior, Inês Virgínia Prado Soares, Márcia Noll Barboza, Marco Túlio de Oliveira, Marcos Antônio da Silva Costa e Silva e Newton Pena.

Diretoria Executiva: Antonio Carlos Fonseca, Denise Vince Túlio e José Leovegildo Oliveira de Morais.

ANPR - Associação Nacional dos Procuradores da República:

Presidente: Carlos Frederico Santos

Vice-Presidente: Valquíria Oliveira Quixadá Nunes

Diretores: Alcides Alberto Munhoz da Cunha, Carlos Augusto da Silva Cazarré, Delson Lyra da Fonseca, Elton Venturi, José Adércio Leite Sampaio, Mauricio Gotardo Gerum, Nicolao Dino de C. e Costa Neto, Nívio de Freitas Silva Filho, Robério Nunes dos Anjos Filho e Rose Santa Rosa.

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

Diagramação, Impressão e Distribuição:

Artchip Editora Ltda.: (11) 5044-7679 - 5041-8899
www.artchip.com.br - artchip@terra.com.br

Capa: Fábio Lyrio

Tiragem: 2.500 - Distribuição gratuita

Os artigos são de inteira
responsabilidade de seus autores.

Na Internet:
www.anpr.org.br

Sumário

REGIME JURÍDICO DAS MATAS CILIARES

Alexandre Herculano Abreu

Promotor de Justiça, Coordenador de Defesa do Meio Ambiente do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Rodrigo de Oliveira

Estudante de direito, estagiário da Coordenadoria de Defesa do Meio Ambiente do Ministério Público do Estado de Santa Catarina 3

ETIQUETAS - DIREITO DO CONSUMIDOR

Carlos Augusto de Amorim Dutra

PR/SC 9

O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E O PROCESSO JUDICIAL

Professor Fábio Konder Comparato 11

ASPECTOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS FEDERAIS

Fausto Sanctis

Juiz Federal em São Paulo 16

FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO: DA AMEAÇA NEOLIBERAL AO PRINCÍPIO COOPERATIVO INTIMIDANDO O OBJETIVO CONSTITUCIONAL DE SUPERAÇÃO DAS DISPARIDADES REGIONAIS

Irene Patrícia Nohara

Mestranda em Direito Administrativo na Universidade de São Paulo 24

O INÍCIO DA EXECUÇÃO E A CONSUMAÇÃO NOS CRIMES DE PESCA PREDATÓRIA - ANÁLISE DO ART. 36, DA LEI 9.605/98

Paulo de Tarso Garcia Astolpho

PRM/Araçatuba(SP) 29

RESENHA

Por **Dyrceu Aguiar Cintra Júnior**

Juiz no Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, sócio fundador e ex-presidente da Associação Juizes para a Democracia 32

Errata

O autor do texto *Sistema de Cotas*, publicado no Boletim dos Procuradores, número 47, de março de 2002, Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim, é advogado e servidor do Ministério Público do ESTADO DE PERNAMBUCO e não do Ministério Público de Pernambuco, como constou no texto e no sumário.

REGIME JURÍDICO DAS MATAS CILIARES

Alexandre Herculano Abreu

Promotor de Justiça, Coordenador de Defesa do Meio Ambiente
do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Rodrigo de Oliveira

Estudante de direito, estagiário da Coordenadoria de Defesa do Meio Ambiente
do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. BREVE HISTÓRICO E CONFLITOS DA LEI NO TEMPO; 3. MATA CILIAR EM AMBIENTE URBANO; 3.1 competência para delimitar as faixas de proteção das matas ciliares; 3.2. Código Florestal e Zoneamento Urbano; 3.3. Código Florestal e Lei do Parcelamento do Solo Urbano; 4. DIREITO DE PROPRIEDADE DOS PARTICULARES DIANTE DAS ALTERAÇÕES DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA – LEI 4.771/65; 5. DIREITO DE INDENIZAÇÃO; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

1. INTRODUÇÃO.

Entende-se por **mata ciliar** aquela vegetação que se encontra nas margens dos cursos d'água, formada por um conjunto de árvores, arbustos, cipós e flores. Essa áreas são de fundamental importância para o gerenciamento ambiental, pois, além de contribuir para a manutenção da qualidade dos recursos hídricos, funcionam como corredores úmidos entre as áreas agrícolas, favorecendo a proteção da vida silvestre.

No art. 2º do Código Florestal, que tem como finalidade precípua proteger a cobertura vegetal, encontram-se expressamente elencadas, como florestas de preservação permanente, as matas ciliares.

O texto original de referido artigo, especialmente as alíneas "a", "b", "c", sofreu modificações, principalmente no tocante às faixas de proteção das áreas.

Diante desta mutabilidade, situações conflitantes foram geradas no decorrer do tempo, principalmente no tocante ao direito de propriedade.

E ainda, existe a problemática quanto ao conflito da legislação que protege referidas áreas, que no âmbito federal é regulada pela Lei 4.771/65 e suas sucessivas alterações e pela Resolução CONAMA 004/85 e por outros estatutos, como a Lei do parcelamento do solo e planos diretores, sendo os últimos de competência municipal.

O presente trabalho terá o escopo de tentar expor

as questões atinentes às situações jurídicas surgidas devido as modificações e os conflitos criados, evidenciando a necessidade de se discutir temas como direito adquirido e justa indenização diante do direito de propriedade dos particulares que adquiriram o bem sob a égide da lei que apenas limitava tal direito e passou a restringi-lo e como ficam as situações já consolidadas e recepcionadas na vigência da lei anterior.

2. BREVE HISTÓRICO E CONFLITOS DA LEI NO TEMPO.

O Código Florestal de 1934 (decreto n. 23.793, de 23 de janeiro de 1934), que antecedeu a lei em vigor, já previa a existência de florestas "protetoras", cuja finalidade era de proteção das águas e de combate à erosão. As matas ciliares já encontravam proteção no art. 22 de referido diploma, onde era proibido derrubar matas existentes nas margens os cursos d'água e lagos, não havendo, no entanto, delimitação da faixa de proteção.

Com o advento do atual Código Florestal (Lei 4.771/65) houve expressa previsão das áreas de preservação permanente, que encontram-se divididas em duas espécies: as Legais, previstas no art. 2º, incluindo-se as matas ciliares; e as administrativas, onde a criação encontra assento no art. 3º do mesmo Código.

Cabe salientar que as áreas previstas no art. 2º da lei em comento, com o advento das leis n.º 6.938/81 e n.º 9.985/00 passaram, respectivamente, a ser denominadas de Reservas ou Estações Ecológicas e Unidades de Conservação atípicas. Estas diferentes denominações não alteraram a natureza desses espaços, nem criaram outras áreas, já que nenhuma delas revogou o art. 2º do Código Florestal.

A redação do texto original de referido artigo, especialmente as alíneas "a", "b", "c", sofreu modificações provenientes de alterações, revogações e inclusões de alguns dispositivos, como observar-se-á a seguir.

O artigos 2º, a, b, c, da lei 4.771/65 que instituiu o Código Florestal, entrou em vigor com a seguinte composição:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de outro qualquer curso d'água, em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 5 (cinco) metros para os rios de menos de 10 (dez) metros de largura;

2 - igual à metade da largura dos cursos que meçam de 10 (dez) a 200 (duzentos) metros de distância entre as margens;

3 - de 100 (cem) metros para todos os cursos cuja largura seja superior a 200 (duzentos) metros;

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, mesmo nos chamados "olhos d'água", seja qual for a sua situação topográfica;

Com o advento da lei 7.511, de 7 de julho de 1986, os números da alínea a do artigo 2º do código florestal passaram a vigorar com as seguintes alterações e acréscimos:

Art. 2º

a).....

1 - de 30 (trinta) metros para os rios de menos de 10 (dez) metros de largura;

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que meçam entre 50 (cinquenta) e 100 (cem) metros de largura;

4 - de 150 (cento e cinquenta) metros para os cursos d'água que possuam entre 100 (cem) e 200 (duzentos) metros de largura;

5 - igual à distância entre as margens para os cursos d'água com largura superior a 200 (duzentos) metros;

O artigo em comento, do atual Código florestal, com alteração dada pela Lei 7.803/89 que revogou a lei 7.511/86 está vigorando com a seguinte redação:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos

d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; (Número acrescentado pela Lei nº 7.511, de 7.7.1986 e alterado pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; (Número acrescentado pela Lei nº 7.511, de 7.7.1986 e alterado pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

(...)

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989).

Não se discute a importância destas áreas no gerenciamento ambiental, protegendo o solo de processos erosivos, preservando a fauna e a flora. Daí o tratamento especial dado pelo art. 2º do Código Florestal que considera estas áreas de preservação permanente, pelo só efeito da Lei.

No entanto, a legislação que regulamenta tal situação especificou em seu art. 2º, "a", "b", "c", uma faixa de proteção dos referidos ecossistemas. Diante de sua mutabilidade, situações conflitantes foram geradas no decorrer do tempo, principalmente no tocante ao direito de propriedade.

Para proteção das águas correntes elencadas na alínea "a", a Lei 4.771/65 estabeleceu limites métricos, levando em consideração a largura do curso d'água. Estas faixas de proteção sofreram alterações e acréscimos em sua redação, estabelecidas pela Lei nº 7.511, de 7.7.1986 e alterados pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989, atualmente em vigor, que passaram, por exemplo, do mínimo de 5 (cinco) metros para 30 (trinta) metros.

O Código Florestal nunca especificou a faixa de proteção das águas dormentes, limitando-se a declará-las de preservação permanente. Entretanto, a Resolução CONAMA 004/85, no seu art. 3º b, II, verbis: “Art. 3.º São Reservas Ecológicas: (...) h) as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: (...) II - ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais, desde o seu nível mais alto medido horizontalmente, em faixa marginal cuja largura mínima será de 30 metros para os que estejam situados em áreas urbanas; - de 100 metros para os que estejam em áreas rurais, exceto os corpos d’água com até 20 hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 metros; de 100 metros para as represas hidrelétricas; (...).”

Para a proteção das águas nascentes, o Código Florestal de 1965, no seu art. 2.º, c, também não estabeleceu um raio mínimo de proteção. A primeira disposição acerca do tema foi dada pelo art. 3º, b, III, da Resolução CONAMA 04/85, onde se lê: “Art. 3º São Reservas Ecológicas: (...) h) as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: (...) III - nas nascentes permanentes ou temporárias, incluindo os olhos d’água e veredas, seja qual for a sua situação topográfica, com uma faixa mínima de 50 metros e a partir de sua margem, de tal forma que proteja, em cada caso, a bacia de drenagem contribuinte”.

O atual Código Florestal, com redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989 estabelece que nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados “olhos d’água”, qualquer que seja a sua situação topográfica, seja preservado um raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;

3. MATA CILIAR EM AMBIENTE URBANO

3.1 competência para delimitar as faixas de proteção das matas ciliares

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu competência comum à União, Estados e Municípios para preservar o meio ambiente, devendo ser resguardado o que preceitua a legislação superior.

O art. 24, inc. VI, fixou a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre direito urbanístico e florestas. Quanto aos municípios não houve expressa previsão da competência legislativa. Entretanto, como acentua Édis Milaré, “se a constituição conferiu-lhe poder para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas – competência administrativa, é óbvio que para cumprir tal missão há que poder legislar sobre a matéria”.¹

Vladimir Passos de Freitas prescreve: “Deste sistema pode-se concluir que em matéria florestal, cabe à União legislar sobre normas gerais. Na lição de GO-

MES “dizem-se comuns ou gerais as leis que regulam, em toda a sua amplitude, determinadas relações sistematizadas. Não importa o âmbito territorial onde vigoram”, acrescentando que, no tocante à competência dos Estados, “Devem, contudo, respeitar as normas gerais da União, prevalecendo o direito federal (normas gerais) sobre o estadual (local). Em suma, em matéria florestal, por já existir um Código com normas gerais, a competência dos Estados membros é suplementar (CF, art. 24, inc. XVI, par. 2º). E quanto aos municípios, “admite-se que editem normas a respeito, porém vinculadas ao interesse local (CF, art. 30, I). Como observa GRECO “essa legislação municipal não pode derogar ou retirar eficácia ao direito federal ou estadual, muito menos nas matérias de competência privativa da União ou do Estado.”²

3.2. Código Florestal e Zoneamento Urbano

O par. único do art. 2º do Código Florestal, dispõe: “No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo”.

Importa saber se devem ser observados os parâmetros inscritos nas normas municipais aplicáveis à espécie, podendo ser estabelecidas faixas menos restritivas do que as previstas nas diversas alíneas do art. 2º do Código Florestal.

O entendimento dominante é de que não pode haver legislação estabelecendo faixas de proteção inferiores às que foram estabelecidas pelo art. 2º do Código Florestal, mesmo no interior do perímetro urbano.

Em comentário ao parágrafo único do art. 2º do Código Florestal o eminente jurista Paulo A. L. Machado prescreve que “desnecessário seria este artigo, diante da obrigação que têm os municípios de respeitar as normas gerais ambientais da União. Contudo, ao introduzir-se este parágrafo único no art. 2º do Código Florestal, quis o legislador deixar claro que os planos e leis de uso do solo dos municípios têm que estar em consonância com as normas do mencionado artigo 2º.”³

3.3. Código Florestal e Lei do Parcelamento do Solo Urbano.

A Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que aborda sobre o parcelamento do solo urbano, em seu art. 4º, inc. III, ao dispor sobre os requisitos em que os loteamentos deverão atender, prescreve o seguinte: “ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, será

obrigatória a reserva de uma faixa 'non aedificandi' de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica;"(grifo nosso). Esta modalidade de faixa *non aedificandi* é mínima e obrigatória e abrange tanto bens particulares, como públicos.

Ao elaborar o texto do art. 4º, III da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, o legislador foi cauteloso ao explicitar na parte final do dispositivo mencionado que a sua aplicabilidade está vinculada a não existência de legislação específica que estabeleça maiores exigências.

O art. 2º, "a", do Código Florestal, que estabelece faixas protetoras ao redor das águas correntes, quando da promulgação da lei de Parcelamento do solo urbano fixava limite mínimo de 5 metros, portanto menos restritivo que a Lei 6.766/79. E o art. 2º, "b", que estabelece proteção ao redor das águas dormentes não prescreveu uma faixa de proteção mínima.

Portanto, a época, a faixa de 15 metros ampliou as exigências do Código Florestal (art. 2º, a) e estabeleceu um limite quando quando referida norma foi silente (art. 2º, b), não tendo sido estabelecido conflito entre estes dois estatutos legais. Cabe salientar que, conforme a largura dos rios, a faixa reservada no Código Florestal já era superior a 15 metros.

No entanto, com a nova redação do Código Florestal, após as alterações estabelecidas pela Lei nº 7.511, de 7.7.1986 que foi revogada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989, a aplicabilidade da Lei 6.766/79 nos casos específicos restou prejudicada.

Por determinação do art. 3º do Código Florestal, consideram-se de preservação permanente, quando assim declaradas por ato do Poder Público federal, estadual ou municipal, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas a atenuar a erosão das terras; fixar as dunas; formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; auxiliar a defesa do território nacional, a critério das autoridades militares; proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico; asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção; manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas e assegurar condições de bem-estar público.

Neste caso, o Código Florestal foi omissivo com relação à faixa de proteção das áreas referidas, limitando-se a declará-las de preservação permanente por ato do poder público.

Assim, não havendo norma ambiental que aplique maior proteção, pode ser respeitada a reserva de faixa *non aedificandi* estabelecida na lei 6.766/79 que é de 15 (quinze) metros, quando se tratar de loteamento urbano, desde que cumpra-se a função ambiental e estejam de acordo com as normas que regem tal direito.

Cabe salientar que "a Lei nº 6.766/79 não estabelece requisitos especiais, ou aspectos que envolvam outros campos de atuação. Não poderia envolver ou

disciplinar, v.g., questões relativas ao meio ambiente, já que seu âmbito de abrangência é restrito aos loteamentos. Os assuntos concernentes à preservação ambiental continuaram a ser regidos por leis próprias"⁴.

4. DIREITO DE PROPRIEDADE DOS PARTICULARES DIANTE DAS ALTERAÇÕES DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA – LEI 4.771/65.

Diante da problemática existente quanto à delimitação da faixa de proteção das matas ciliares, regulada, no âmbito federal, pela Lei 4.771/65 e suas sucessivas alterações e pela Resolução CONAMA 004/85 e do conflito criado com outros estatutos que também prescrevem sobre a matéria, como a Lei do parcelamento do solo e planos diretores, surgem situações que evidenciam a necessidade de se discutir temas como direito adquirido e justa indenização diante do direito de propriedade dos particulares.

Como fica, então, o direito de propriedade daqueles que adquiriram o bem sob a égide da lei que apenas limitava tal direito e passou a restringi-lo e como ficam as situações já consolidadas e recepcionadas na vigência da lei anterior.

A Constituição Federal de 1988 prescreve que "é garantido o direito de propriedade" (art. 5º, XXII) e que "a propriedade atenderá à sua função social" (art. 5º, XXIII), e ainda, "A ordem econômica (...) tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - defesa do meio ambiente; (art. 170) ". E no art. 225 do mesmo diploma consta que "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

A Carta magna também garante a possibilidade de se invocar o princípio da irretroatividade, com fulcro no art. 5º, XXXVI, para não prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

De acordo com Édis Milaré, "não se verifica direito adquirido, que é de natureza particular, em prejuízo do interesse coletivo. É que o direito de propriedade, conquanto resguardado constitucionalmente, tem também uma função social que não pode ser olvidada"⁵.

Entretanto, referido ator acrescenta que "as normas editadas com escopo de defender o meio ambiente, por se dizer, aplicam-se não apenas aos fatos ocorridos sob sua vigência, mas também às conseqüências e efeitos dos fatos ocorridos sob a égide da lei anterior (facta pretentia). Essas normas só não atingirão os fatos ou relações jurídicas já definitivamente exauridos antes da sua edição (facta pretérita)."⁶

Os direitos adquiridos não dizem respeito ao passado, mas a efeitos presentes de fatos passados. Neste caso, importa saber se há compatibilidade entre a aplicação direta e imediata da norma constitucional com relações jurídicas nascidas no regime anterior, o que não se confunde com irretroatividade da lei, que diz respeito a alterações no passado de efeitos realizados ou consumados.

A questão de se discutir a incidência do direito adquirido sobre áreas de preservação permanente, diante das sucessivas alterações ocorridas no art. 2º, a, b, c, do Código Florestal, bem como da ocorrência de outras normas que dispõem sobre determinadas áreas, torna-se prejudicada quando há apenas imposição de "limitações", que, segundo prescreveu Hely Lopes Meirelles, "é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social"⁷, já que "o senhor dessas áreas não deixa de ser o proprietário original, o particular"⁸.

Entretanto, nos casos de aplicabilidade de alterações legislativas sobre situações jurídicas já consolidadas sob a égide da legislação anterior menos restritiva, inviabilizando o uso da propriedade, entende-se que deve haver incidência do direito adquirido.

5. DIREITO DE INDENIZAÇÃO

Em face do preceito constitucional da função social e ambiental da propriedade, como princípio de existência de tal direito, há entendimentos de que quando há restrições, tratando-se de áreas de preservação permanente imposta pela lei, não surge o direito de indenizar.

O posicionamento de Antônio Herman Benjamin é de que: "Tanto as APPs ope legis, como a Reserva Legal são, sempre, limites internos ao direito de propriedade e, por isso, em nenhuma hipótese são indenizáveis. Integram a essência do domínio, sendo com o título transmitidas. Não importam, per se, novamente tomando por empréstimo as palavras do Ministro Celso Mello, em esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade. A desapropriação, sabe-se, priva o particular do bem de que é proprietário; ora, não é isso que se dá com as APPs e Reserva Legal, pois o senhor dessas áreas não deixa de ser o proprietário original, o particular".

E referido autor ainda prescreve: "Em linhas gerais, nenhum dos dispositivos do Código Florestal consagra, "aprioristicamente", restrição que vá além dos limites internos do domínio, estando todos constitucionalmente legitimados e recepcionados; demais disso, não atingem, na substância, ou aniquilam o direito de propriedade. Em ponto algum as APPs e a Reserva Legal reduzem a nada os direitos do proprietário, em termos de utilização do capital representado pelos imóveis atingidos."⁹

No mesmo sentido, completa Paulo Affonso Leme Machado "As florestas de preservação permanente do art. 2º do Código Florestal, instituídas pelo próprio Código, tais são as suas características de generalidade, atingindo propriedades indeterminadas, devem ser incluídas como limitações administrativas... Entende-se, portanto, que as limitações contidas nas florestas de preservação permanente do art. 2º não são indenizáveis pelo Poder Público."

Cabe salientar que as definições de limitações e restrições administrativas merecem diferentes valorações, como prescreveu o eminente jurista Hely Lopes Meirelles: "para que sejam admissíveis as limitações administrativas sem indenização, como é de sua índole, hão de ser gerais, isto é, dirigidas a propriedades indeterminadas, mas determináveis no momento de sua aplicação (...)."

"Limitações administrativas são, p. ex., o recuo de alguns metros das construções e terrenos urbanos e a proibição de desmatamento de parte da área florestada de cada propriedade rural (o vigente Código Florestal Brasileiro fixa esse limite em 20% da área florestada). Mas, se o impedimento de construção ou desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade, e, neste caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem"¹⁰.

Limitação administrativa e desapropriação também não se confundem. Com efeito, no tocante à desapropriação ocorre transferência da propriedade individual para o domínio do expropriante.

Segundo José Afonso da Silva, "limitação à propriedade privada constitui, portanto, gênero do qual são espécies as restrições, as servidões e a desapropriação"¹¹. No entender do eminente jurista, a lesão ao direito de propriedade implica em verdadeira desapropriação indireta: "No sistema brasileiro, a restrição que chegue a esses limites de sacrifício da propriedade resolve-se no que se chama de desapropriação indireta, com pertinente indenização que componha todos os prejuízos sofridos pelo proprietário."¹²

Considerando as razões históricas já indicadas, a prova de domínio e Posse (Titularidade), a temporalidade da aquisição e a atividade econômica pré-existente são pressupostos necessários para a incidência da indenização preterida para estas áreas.

Quanto ao agente público a ser responsabilizado, importa saber qual a esfera de poder "limitou" o direito de propriedade, se foi federal, estadual ou municipal. E quando há casos em que mais de um agente público emana atos restritivos, cada um deve responder pelo que lhe couber.

Diante do exposto, entende-se que as mudanças de especificações para delimitação das áreas de preser-

vação permanente constantes no Código florestal, que provocou conflitos entre as situações constituídas com base na legislação anterior com a que está em vigor, observadas as legislações estaduais e municipais, deve resguardar o direito daqueles que estavam em conformidade com as especificações estabelecidas a época. Se houver necessidade de implementação de tais espaços, que sejam realizados mediante justa indenização.

Entende-se, ainda, que examinados, caso a caso, as situações ocorridas com as alterações dos arts. 2º, a, b, c, do Código Florestal, deve também ser amparado aquele que teve o uso de propriedade interditado, mesmo que o patrimônio esteja com as características da mata nativa, recaindo também o direito de indenização, com apoio no **princípio da solidariedade social**, “segundo o qual só é legítimo o ônus suportado por todos, em favor de todos, não tem exceção no Direito pátrio, nem nas legislações estrangeiras”¹³, mesmo que não incida desapropriação indireta, a que aludia Hely Lopes Meirelles.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A redação do texto original do art. 2º, alíneas “a”, “b”, “c”, sofreu modificações provenientes de alterações, revogações e inclusões de alguns dispositivos;

sobre a matéria ambiental cabe à União legislar sobre normas gerais, ao Estado suplementar e ao Município editar normas vinculadas ao interesse local, não podendo derrogar ou retirar eficácia ao direito federal ou estadual;

Com a nova redação do código florestal, após as alterações estabelecidas pela lei n.º 7.511/86, que foi revogada pela lei n.º 7.803 de 18.7.1989, a aplicabilidade da Lei 6.766/79 (lei do parcelamento do solo urbano) na preservação da reserva de uma faixa “*non aedificandi*” de apenas 15 (quinze) metros restou prejudicada, pelo menos no que diz respeito ao art. 2º da Lei n.º 4771/65 (Código Florestal).

Nas áreas de preservação permanente onde não há norma ambiental que aplique maior proteção, **pode** ser respeitada a reserva de faixa *non aedificandi* estabelecida na lei 6.766/79 que é de 15 (quinze) metros, quando se tratar de loteamento urbano, desde que cumpra-se a função ambiental e estejam de acordo com as normas que regem tal direito.

Não se discute a incidência de direito adquirido e justa indenização sobre áreas de preservação permanente, diante das sucessivas alterações ocorridas no art. 2º do Código Florestal quando há apenas imposição de “limitações”. Entretanto, tal incidência ocorre quando é inviabilizado o uso da propriedade, pois deixou de ser simples “limitação” para ser interdição de uso da propriedade.

7. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BENJAMIN, Antônio Herman. “Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente”. *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. Coord. Guilherme José Purvin de Figueredo. São Paulo: Max Limonad, 1998. Texto extraído da internet site www.cjf.gov.br.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. 2. tiragem, rev., atual. E ampl. De acordo com as Leis 9.437/97 e 9.605/98. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glosário*. São Paulo: RT, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de Compra e Venda e Parcelamento de Solo Urbano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.

FREITAS, Vladimir Passos de. “*Matas Ciliares*”, publicada na RJ 246/24, abr. 1998. Texto extraído da internet site www.jurinforma.com.br.

¹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glosário*. São Paulo: RT, 2000. p. 243.

² FREITAS, Vladimir Passos de. “*Matas Ciliares*”, publicada na RJ 246/24, abr. 1998. Texto extraído da internet site www.jurinforma.com.br. p. 04.

³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. 2. tiragem, rev., atual. E ampl. De acordo com as Leis 9.437/97 e 9.605/98. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 316.

⁴ Rizzardo, Arnaldo. *Promessa de Compra e Venda e Parcelamento de Solo Urbano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.45

⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glosário*. São Paulo: RT, 2000. p.239.

⁶ *Idem, ibidem*, p. 239.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 57.

⁸ BENJAMIN, Antônio Herman. “Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente”. *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. Coord. Guilherme José Purvin de Figueredo. São Paulo: Max Limonad, 1998. Texto extraído da internet site www.cjf.gov.br. p. 11.

⁹ *Idem, ibidem*, p. 10-11

¹⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. 2. tiragem, rev., atual. E ampl. De acordo com as Leis 9.437/97 e 9.605/98. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 543 e 550.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 359.

¹² *Idem, ibidem*, p. 363.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 547.

ETIQUETAS - DIREITO DO CONSUMIDOR

Carlos Augusto de Amorim Dutra
PR/SC

O princípio da **defesa do direito do consumidor** é previsto na Constituição Federal como um dos direitos fundamentais da pessoa (art. 5º, XXXII) e com um dos princípios norteadores da ordem econômica e financeira (art. 170, V).

Como todos os direitos fundamentais, essa defesa decorre do princípio da preservação da dignidade do homem, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, como expressamente consignado na Constituição (art. 1º, III, e art. 170, *caput*).

Integrando as relações de consumo o dia-a-dia de todos, não olvidou o constituinte em perceber que a dignidade do ser humano passa, necessariamente, pela proteção da dignidade desse homem enquanto consumidor.

O Poder Legislativo Federal cumpriu a sua missão constitucional de realizar o princípio da defesa do consumidor ao editar o Código de Defesa do Consumidor – CDC – Lei n.º 8.078/90 – e nele incluir normas garantidoras do direito dos consumidores à **informação adequada e clara sobre o preço dos produtos ou serviços** ofertados (art. 6º, III, e art. 31).

A coexistência entre o preço no produto e o código de barras viabiliza o atendimento mais rápido nos caixas. Já o **preço diretamente no produto** garante a transparência para o consumidor; permite que ele acompanhe as oscilações dos preços dos produtos, trazendo a necessária harmonia dos interesses dos consumidores quando optam pela compra de certo produto, retiram-no da prateleira, colocando-o nos carrinhos ou cestas de compra, tendo a certeza de que o valor do referido produto acompanha-lo-á até seu consumo final. O que se preserva é o equilíbrio nas relações entre os consumidores e o comércio, em geral.

Nesse sentido, desde 1999, vêm decidindo os Tribunais, como é o caso do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, para o qual “um dos princípios básicos em que se assenta a ordem econômica é a defesa do consumidor. A Lei n.º 8.078/90, em seu artigo 6º, inciso III, relaciona entre os direitos básicos do consumidor: “A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam”. Os donos de supermercados devem fornecer ao Consumidor as informações adequadas, claras, corretas, precisas e ostensivas sobre os preços de seus produtos à venda. O fato de já existir, em cada produto, o código de barras não é suficiente para assegurar a todos os consumidores estas informações. Para atender realmente o que

estabelece o Código do Consumidor, além do código de barras e do preço nas prateleiras, devem os supermercados colocar o preço em cada produto. Segurança denegada (STJ, 1ª Seção – MS n.º 6010/DF, Rel. Min. Garcia Vieira, dec. unân., publ. DJ de 06/12/1999).

Não é preciso conhecer a Constituição, o CDC, as determinações do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, as decisões judiciais, nem tampouco ser afeto às ciências jurídicas para saber que o atual sistema de informação de preços praticado no comércio, em geral, tem-se mostrado, em diversas ocasiões, inadequado e ofensivo à dignidade dos consumidores. A própria imprensa vem, diariamente, publicando a opinião dos consumidores, para as quais devem estar atentos os comerciantes e prestadores de serviços.

É importante esclarecer que o sistema de código de barras implantado pelos supermercados não será anulado, em razão do cumprimento da lei com a afixação dos preços diretamente nos produtos, pois é uma poderosa ferramenta tecnológica colocada à disposição da administração dos supermercados e demais comerciantes. Como cada produto possui um código próprio, os comerciantes têm condição, dentre outras facilidades, de a qualquer momento saber com precisão o estoque relativo ao produto, o que antes só era possível por intermédio de onerosa e demorada comparação da quantidade comprada e vendida de determinado produto (quem não se recorda das lojas “fechadas para balanço”?). **A potencial lucratividade advinda tão-só desta informação supera, de muito, o custo da etiquetagem dos produtos**, razão pela qual qualquer aumento imotivado de preços, em razão da simples afixação de etiquetas, poderá ser considerada uma prática abusiva, prevista no CDC. Devem os consumidores estar atentos e formular representações (“denúncias”) aos PROCONs, se isto ocorrer.

Acrescente-se que vantagens que o código de barras traz não são de forma alguma afetadas ou excluídas pela etiquetagem dos preços diretamente nos produtos, não havendo nenhum empecilho para que o comércio, em geral, respeitando o direito dos consumidores, continue usufruindo dos inesgotáveis benefícios administrativos, operacionais e financeiros que lhes proporciona o sistema informatizado de código de barras.

A colocação de preços diretamente nas mercadorias é um direito básico à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços. Sinceramente, os consumidores esperam ver atendidos os objetivos da transparência e da harmonia nas relações de consumo.

O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E O PROCESSO JUDICIAL

Professor Fábio Konder Comparato

PARECER

As questões formuladas pelas ilustres Consulentes dizem respeito a uma parte da teoria geral do direito que, só recentemente, tem sido discutida e aprofundada: aquela referente ao conceito e ao regime jurídico dos princípios fundamentais.

Importa, pois, começar a reflexão por aí.

I - Conceito e regime jurídico dos princípios fundamentais

No direito romano, a *iurisprudencia* já havia admitido, sem dúvida por influência da filosofia estoica, a existência de normas jurídicas superiores, que se sobrepunham a todas as demais e formavam, por assim dizer, o fecho-de-abóbada do ordenamento em seu conjunto. A essas normas, **Ulpiano** deu o nome de *praecepta*.¹

A questão de uma hierarquia entre as normas jurídicas voltou à baila em fins da Idade Média, com o advento do Estado moderno. É que, nesse período histórico, muito antes do surgimento da idéia de Constituição, já se punha a questão de se introduzir alguma forma de limitação do poder do monarca. Assim, ao lado das leis ordinárias, ou decretos do soberano, afirmou-se a existência de **leis fundamentais do reino**, leis constitucionais *ante litteram*, dotadas de força jurídica suprema.²

O constitucionalismo clássico – não desde logo nem de modo geral para todos os países, mas sempre com grande firmeza – reconheceu a existência de normas de caráter supremo, tal como as antigas leis fundamentais do reino, na Inglaterra ou na França. O atestado de nascimento dessa nova concepção hierárquica das normas de direito é, sem dúvida, o aresto *Marbury v. Madison*, prolatado pela Suprema Corte norte-americana em 1803.

Em meados do século XX, a noção de princípio em direito adquiriu notável desenvolvimento e precisão técnica, estabelecendo-se a distinção entre **princípios** e **regras**, aqueles com força normativa superior à destas.³ Curiosamente, a elaboração do conceito de princípio ocorreu na teoria do direito privado e não na do direito público.

Os princípios jurídicos, nessa nova concepção, distinguiram-se, desde logo, dos chamados princípios gerais de direito, mencionados entre nós na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º). Enquanto estes exercem a função de fonte supletiva do direito, podendo ser invocados na hipótese de lacuna das normas legais, aqueles não só se concebem como fonte primária, mas ainda colocam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, ou de parte dele, em posição superior à das demais normas, as quais, para melhor identificação, a doutrina passou a denominar **regras**.

Há, assim, princípios fundamentais de natureza constitucional – vigentes para o ordenamento nacional como um todo – e princípios fundamentais de partes específicas do sistema jurídico nacional, como, por exemplo, no capítulo da ordem econômica, aqueles mencionados no art. 170 da Constituição.

Mas se a nova classe dos princípios fundamentais distingue-se, pelo maior grau de força normativa, dos antigos princípios gerais de direito, há dois traços comuns entre eles: ambos vigoram sem necessidade de declaração expressa no direito positivo, e ambos são normas de grande generalidade.

Foi isso, sem dúvida, que levou a escola positivista a rejeitar do mundo do direito a categoria dos princípios fundamentais. Fiéis à sua concepção puramente formalista do direito, esses autores enxergam nessa generalidade normativa um perigo manifesto: a imprecisão semântica. Admitir o caráter jurídico dos princípios fundamentais, argumentam eles, é atribuir ao aplicador da norma – seja o juiz, seja a autoridade administrativa – enorme latitude decisória, praticamente sem nenhum controle objetivo.

Assim é que **Hans Kelsen**, em crítica à obra pioneira de **Josef Esser**, não deixa por menos: os ditos princípios fundamentais não passariam de diretrizes morais ou políticas, sem a menor força jurídica.

A discussão, como se vê, é em tudo e por tudo análoga à que se feriu durante muito tempo, na doutrina constitucionalista, a respeito das chamadas **normas programáticas**, cuja auto-aplicabilidade era sistematicamente negada.

Na verdade, a posição abstêmia dos positivistas

se explica pela sua concepção puramente formal do direito, como conjunto de normas estatais, dotadas de sanção coativa. Nunca lhes interessou o conteúdo moral ou político das normas de direito: se elas servem para o funcionamento de um Estado democrático ou totalitário, se elas legitimam ou não a criação de quaisquer instituições, ou a prática de quaisquer atos, ainda que contrários à dignidade humana.

A discussão teórica começou a mudar, após a 2ª Guerra Mundial, com o advento do Estado Social, em substituição ao Estado Liberal clássico. As ruínas da guerra e a descoberta da situação de subdesenvolvimento em que jaziam os latino-americanos, asiáticos e africanos mostrou, com irrefutável persuasão, que as funções do Estado não podiam limitar-se, apenas, à manutenção da ordem e da segurança (*law and order*), ficando os particulares, na sociedade civil, submetidos à lei do mais forte e do mais rico. Percebeu-se, com clareza, que a reconstrução do pós-guerra e o desenvolvimento nacional exigiam um Estado dinâmico e transformador; vale dizer, um Estado cuja função legitimadora não é simplesmente a manutenção da ordem pública e da segurança externa, mas a realização de políticas públicas ou programas de ação governamental, visando a dar a todos e a cada um em particular o que é próprio de todo ser humano: a dignidade de pessoa.

Ora, o dever estatal de realizar políticas só pode expressar-se por meio de normas de grande generalidade: o Estado deve ter, sempre, uma razoável latitude discricionária para, tendo em vista o objetivo ou o valor ético expresso na norma, decidir sobre a melhor forma de sua aplicação no caso concreto.

O mesmo critério foi em seguida aplicado ao Judiciário. Por que razão os juízes, sujeitos aos deveres positivos assinados pela Constituição ao Estado como um todo, deveriam permanecer cegos aos grandes objetivos e valores, consagrados na Constituição? Por que só eles, magistrados, haveriam de ficar rigidamente adstritos ao exame de questões formais – o respeito dos prazos legais, as regras de procedimento do ato administrativo complexo, a competência do autor do ato praticado etc. – quando a Constituição, da qual o Poder Judiciário é o intérprete e guardião em última instância, impõe ao Estado como um todo, não só a realização de claros objetivos políticos – como os de defender o consumidor e o meio ambiente, ou buscar a realização do pleno emprego (art. 170 – V, VI e VIII) – mas também determinadas qualidades éticas de comportamento, como a moralidade e a impessoalidade (art. 37, *caput*)? O Judiciário, então, nada teria a dizer nessa importante matéria do ordenamento constitucional? A balança da deusa Justiça teria sido concebida unicamente para pesar quantidades, e não para apreciar qualidades?

Era preciso, no entanto, para o bom manejo normativo dos princípios fundamentais, resolver o pro-

blema de sua aplicabilidade ou efetividade, aos diferentes casos práticos.

A solução, como não é difícil de perceber, passa pela análise da estrutura lógica da norma. Nesse particular, a distinção proposta pelo Professor **Friedrich Müller**, entre “programa normativo” (*Normprogram*) e “campo normativo” (*Normbereich*), parece indicar a via adequada.⁴

Toda norma jurídica, enquanto proposição de dever-ser, tem um sentido imperativo, facultativo ou premial.⁵ É o elemento invariável e comum a todas elas. Mas, justamente por ser esse o denominador comum das normas jurídicas de qualquer espécie, ele tem sempre um caráter abstrato. A concretização desse comando normativo somente ocorre, quando são precisados outros elementos condicionantes de sua aplicação, a saber, o destinatário, o lugar e o tempo.

Sucede que esses elementos de precisão do comando normativo não existem, em matéria de princípios fundamentais. Daí o fato de que uma norma de princípio emprega, usualmente, os chamados **conceitos jurídicos indeterminados** (*unbestimmte Rechtsbegriffe*),⁶ como dizem os alemães, noções de conteúdo variável, como preferem denominar os franceses, ou *standards*, segundo a terminologia usual nos países anglo-saxônicos. Daí também o fato de que aos princípios correspondem sempre, na ordem jurídica, direitos subjetivos difusos ou coletivos, em que os titulares não são individuáveis.

Dada essa indeterminação do âmbito de aplicação dos princípios, freqüentemente a norma constitucional remete ao legislador a competência para operar essa delimitação. Quer isto dizer que, enquanto não promulgada a lei complementar ou regulamentadora, a norma constitucional tem sua aplicação suspensa?

Assim se entendia no passado, de onde a tradicional distinção entre normas constitucionais auto-aplicáveis ou não (*self-executing and not self-executing*, segundo a nomenclatura norte-americana).

Hoje, porém, um número crescente de ordenamentos constitucionais não só atribui às normas sobre direitos humanos eficácia imediata (é o caso da nossa Constituição, art. 5º, § 1º), como ainda dá ao Poder Judiciário a competência específica para julgar a ocorrência de uma inconstitucionalidade por omissão legislativa. A nossa Constituição, além do juízo de inconstitucionalidade omissiva (art. 103, § 2º), criou ainda um remédio judicial específico a essa anomalia: o mandado de injunção (art. 5º – LXXI).

Tudo isso, quanto à questão do âmbito de aplicação dos princípios jurídicos.

Outra diferença estrutural, no entanto, separa ainda os princípios das regras: aqueles têm um grau de aplicação ilimitado, ao contrário destas.

A ilimitação do grau de aplicabilidade de um

princípio significa que ele nunca pode ser tido como integralmente cumprido, mas conduz à ampliação constante de seus efeitos. Uma regra, mesmo de direitos fundamentais – por exemplo, a de que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (Constituição, art. 5º – LXI) – tem um grau de aplicação estritamente delimitado. Reunidas as condições aí estabelecidas, a norma se aplica integralmente; caso contrário, o descumprimento é integral.

Não assim, quando se trata de um princípio. Nunca se poderá dizer que a dignidade de uma pessoa já foi integralmente respeitada, ou que uma sociedade é totalmente democrática. Por isso mesmo, os princípios foram definidos por um autor como **mandamentos de otimização** (*Optimierungsgebote*), no sentido de que eles constituem um incitamento permanente à melhoria das condições de justiça na vida social.⁷

Além disso – quarta característica própria dos princípios jurídicos – na hipótese de colisão entre dois ou mais deles, nenhum revoga o outro, ou os outros. O juiz, ou a autoridade pública, ao dizer o direito, deve escolher o princípio que, no caso, tem mais peso normativo, ou seja, o princípio mais adequado a dar à espécie uma solução justa, em função dos interesses em causa. Diante, por exemplo, de uma notícia estampada em jornal e desabonadora da conduta privada de uma autoridade pública, cuida-se de saber se se deve aplicar ao caso o princípio da proteção da intimidade e da vida privada das pessoas (Constituição, art. 5º – X), ou os princípios do acesso de todos à informação e da liberdade de comunicação (arts. 5º – XIV e 220).

Não assim, quando se dá um conflito entre regras jurídicas. Aí, o critério de solução, expresso na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 2º, § 1º), é outro: a regra posterior revoga a anterior, quando expressamente o declare, quando for com ela incompatível, ou quando regular inteiramente a matéria de que tratava a regra anterior.

Uma última característica distingue os princípios fundamentais de todas as demais normas jurídicas: é o seu conteúdo marcadamente axiológico.

Quando, por exemplo, a Constituição dispõe que “ninguém será submetido a tortura **nem a tratamento desumano ou degradante**” (art. 5º – III), ela está impondo um juízo ético-valorativo, na apreciação dos tratamentos suscetíveis de lesar a integridade físico-psíquica da pessoa. O duplo critério, da desumanidade ou do caráter degradante da violação sofrida por alguém em sua dignidade pessoal, supõe o recurso aos valores éticos vigentes na coletividade, no momento da aplicação da norma. O que hoje é geralmente considerado como tratamento desumano ou degradante pode não o ter sido no passado.

O mesmo se diga da norma proibidora de penas cruéis (Constituição, art. 5º – XLVII, e), ou da que determina o atendimento à função social da propriedade (art. 5º – XXIII). Não há nenhuma possibilidade de se determinar *a priori*, isto é, abstratamente, as hipóteses em que a norma é aplicável. Tudo dependerá da análise do caso concreto e da sensibilidade ética do julgador.

Resumindo tudo o que acaba de ser exposto, podemos dizer que os princípios:

- a) têm uma força normativa superior à das demais normas;
- b) possuem um campo de aplicação não delimitado;
- c) apresentam um grau ilimitado de aplicação;
- d) não são revogados, uns pelos outros, na hipótese de conflito;
- e) têm sempre um conteúdo de sentido ético-valorativo.

II - O Princípio da Moralidade no Direito Público

Que o princípio da moralidade se aplique a todo o ordenamento jurídico, sem exceção, é uma evidência indiscutível, que os juristas romanos afirmaram sem hesitações. É, com efeito, de primeira intuição que ninguém pode ser dispensado do *honeste vivere*, de conformar o seu comportamento, tanto na vida privada quanto na pública, aos padrões de decência, probidade, correção ou honradez, vigentes na coletividade.

No direito privado, o princípio da moralidade abrange todo o conjunto das instituições, por meio das chamadas “cláusulas gerais”⁸ (boa fé, bons costumes, bom pai de família, administrador honesto e probo).

No direito público, não se pode separar, para efeito da aplicação do princípio, a esfera política da administrativa. Não apenas os funcionários públicos, sujeitos à relação hierárquica, como também os agentes políticos – o chefe do Poder Executivo e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários, estaduais ou municipais), os integrantes do Ministério Público, os parlamentares, os magistrados – são abrangidos pelo dever geral de se comportarem eticamente, quer em sua vida privada, quer no desempenho de suas elevadas funções públicas.

O Presidente da República e os Ministros de Estado, por exemplo, podem atentar contra a Constituição pela prática dos chamados crimes de responsabilidade, notadamente quando violam “a probidade na administração” (Constituição, art. 85 – V). A Lei nº 1.079, de 1950, define como uma das espécies dessa modalidade criminosa o “proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo” (art. 9º, alínea 7). Ainda recentemente, um Presidente da República foi destituído do cargo, ao ser julgado culpado da prática dessa modalidade delituosa, na qual também podem in-

correr, aliás, os magistrados de mais alto nível, Ministros do Supremo Tribunal Federal (mesma lei, art. 39, alínea 5), e o Procurador Geral da República (idem, art. 40, alínea 4).

O constituinte de 1988 bem compreendeu a ilimitação do alcance do princípio, ao adotar a norma do art. 37, segundo a qual a obediência à moralidade vigora para a “administração pública direta e indireta **de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.**” A doutrina, com efeito, distingue, no conceito de administração pública, o sentido orgânico do sentido substancial: o primeiro diz respeito à separação de Poderes; o segundo, à prática de atos de administração.⁹ Organicamente, a administração pública é confundida com o Poder Executivo. Substancialmente, porém, o conceito abrange toda atividade administrativa, praticada em qualquer dos ramos do Estado.

Coerentemente, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que deu aplicação ao disposto no art. 37, § 4º, da Constituição, declarou sujeito ativo dos atos de improbidade administrativa o agente público, definido como “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função” nas entidades da administração pública direta ou indireta (art. 2º).

Aí está, portanto, bem caracterizada a ilimitação do campo de aplicação do princípio da moralidade no direito público.

Quanto à ilimitação do seu grau de aplicabilidade, ela ressalta à primeira vista. É obviamente impossível fixar limites para a moralidade do comportamento do agente público, tal como caracterizado pela Lei nº 8.429.

Não há, em primeiro lugar, limites setoriais à sua aplicação. O princípio vigora não só em relação ao desempenho das funções públicas, para as quais o agente foi nomeado, designado, contratado ou investido, como ainda em relação aos atos de sua vida privada. E a razão é clara: todo aquele que exerce cargo ou função pública reveste-se da dignidade do Estado, e pode comprometer, por atos de imoralidade em sua vida particular, a elevada imagem que os Poderes Públicos devem apresentar.

Além disso, jamais se pode dizer que já se atingiu, em qualquer época, o grau máximo de moralidade na administração pública. Comportamentos que, no passado, foram considerados admissíveis, sob o aspecto ético, são hoje claramente repudiados pela consciência moral da coletividade. A Lei nº 8.730, mais uma vez, é inatacável nesse particular. O art. 11 não estabelece uma lista em *numerus clausus* dos atos de improbidade administrativa – o que só teria sentido se se tratasse de

definir crimes –, mas sanciona “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”. A enumeração de atos, dada em seguida, é meramente exemplificativa, como se vê do emprego do advérbio modal “notadamente.”

Convém, aliás, ressaltar, a propósito da ilimitação do grau de vigência do princípio da moralidade, a situação peculiar dos magistrados, relativamente aos demais agentes públicos.

No capítulo do *Espírito das Leis*, em que defendeu a necessidade de uma separação de poderes no Estado para a melhor proteção da liberdade do cidadão, **Montesquieu** fez a afirmação, tantas vezes repetida, de que o Judiciário não teria poder algum.¹⁰ O grande pensador político, na verdade, seguiu nessa matéria a tradição romana. O *iudex* era sempre alguém do povo, nunca um agente público (*magistratus*).¹¹ O pretor, magistrado encarregado de supervisionar a administração da Justiça, tinha o poder de regular as normas processuais. Ele não exercia jurisdição alguma, fora dessa área, sendo certo que a *potestas*, em direito romano, tanto privado quanto público, correspondia sempre a um poder de agir em lugar e no interesse de outrem. Diferentemente da *potestas*, alguns órgãos públicos, notadamente o Senado, possuíam a *auctoritas*, que era a competência para ratificar decisões tomadas pelo próprio povo, ou pelos órgãos titulares da *potestas* ou do *imperium*. Essa competência ratificadora ou sancionadora era atribuída ao Senado, em razão do prestígio ligado à categoria dos cidadãos que o compunham, os *patres conscripti*, integrantes das famílias que formavam o patriciado.

No Estado moderno, porém, essa análise da realidade política precisa ser retomada em novas bases. Há duas espécies de órgãos ou poderes estatais: os que detêm o poder de criar direito novo, ou de exercer legítima coação sobre os cidadãos, como são o Legislativo e o Executivo, e o órgão competente para dirimir litígios, com base no direito objetivo – a Constituição e as leis –, sem dispor de poder coativo, ou seja, o Judiciário. A essa distinção entre os diferentes ramos ou Poderes do Estado quanto à sua competência própria, deve-se acrescentar a distinção quanto à forma de preenchimento dos cargos. Os integrantes do Poder Legislativo, bem como o chefe do Poder Executivo, são eleitos pelo povo, enquanto os magistrados ocupam cargos de nomeação, sem eleição popular.

Essa última distinção é da maior importância, para o assunto de que ora se trata. Se a legitimidade dos parlamentares e do chefe do Executivo é exterior a esses órgãos, pois ela se funda na manifestação da vontade do povo, titular da soberania, a legitimidade dos magistrados é, por assim dizer, intrínseca: ela decorre, unicamente, das qualidades que deles se exigem para o desempenho de suas funções. O povo pode não reeleger

ou, em casos extremos, destituir, quer diretamente (pelo *recall*), quer por meio de seus representantes (*impeachment*), os membros do Legislativo ou do Executivo. Não assim quanto aos magistrados, excetuadas as hipóteses de crime de responsabilidade dos juízes de mais alto nível.

A conclusão a que se chega, nessa linha de raciocínio, é que os membros do Poder Judiciário devem obediência máxima aos princípios declarados no art. 37 da Constituição, notadamente os do respeito às exigências de legalidade, impessoalidade (imparcialidade) e moralidade. O magistrado que viola, ainda que minimamente, qualquer desses princípios, deve ser tido como exemplarmente ímprobo, e punido em consequência. Que autoridade moral, com efeito, teria o Poder Judiciário para julgar os atos de improbidade administrativa cometidos pelos demais agentes do Estado, se ele se revelar condescendente com a imoralidade dos juízes?

Com base nas considerações que acabam de ser expostas, passo a responder aos quesitos da consulta, na ordem em que foram enunciados.

Resposta aos Quesitos da Consulta

Primeiro quesito

Parece-me indubitável que a prática de um ato tipificado como crime de falsificação de documento público, por parte de um agente público, no exercício de suas funções, corresponde a uma flagrante violação dos deveres de honestidade, legalidade e lealdade às instituições estatais.

Desde a mais remota antiguidade e em todas as civilizações, o falsário sempre foi considerado um indivíduo exemplarmente réprobo, que ludibria a boa fé alheia. Os Códigos Penais do mundo todo punem, com redobrado rigor, a falsificação de documento público, relativamente ao *falsus* de documento particular, exatamente porque aquela põe em xeque a presunção de veracidade ligada a papéis produzidos pelos órgãos do Estado, ou a outros documentos que, em razão de suas características de literalidade e certeza, têm larga aceitação nas mãos do público.

Quando então o falsário é agente público, a lesividade do ato é exacerbada. O Código Penal brasileiro dispõe que a qualidade de funcionário público do agente criminoso constitui uma modalidade qualificada do crime (art. 297, § 1º), sendo certo que funcionário público, para efeitos penais, é aquele que, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública (art. 327).

Segundo quesito

Entendo que pratica ato de improbidade administrativa o agente público que falsifica documento, ou faz uso dele, ainda que não no exercício de seu cargo ou

função, mas na instrução de processo administrativo fiscal.

Como salientado acima, os princípios jurídicos, tais como os declarados no art. 37 da Constituição, têm um ilimitado âmbito de aplicação e, correspondentemente, um ilimitado grau de vigência. A exigência de moralidade do agente público, em especial, diz respeito não só ao desempenho de função pública, no exercício ou não de cargo público, mas também à forma pela qual o agente conduz a sua vida privada. Não há, pois, razão alguma para se estabelecer uma especiosa distinção do grau de improbidade administrativa, conforme a falsificação documental tenha sido feita no exercício de cargo ou função pública, ou fora dele.

Terceiro quesito

À luz do disposto no art. 3º da Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993, combinado com o art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, parece-me evidente que comete ato de improbidade administrativa o agente público que apresenta uma declaração dos bens e valores, componentes de seu patrimônio, ideologicamente falsa.

Quarto quesito

O art. 17, § 6º, da Lei nº 8.429, em sua redação atual, prescreve que “a ação (de improbidade administrativa) será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade, ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.”

“Considera-se indício”, dispõe o art. 239 do Código de Processo Penal, “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

Ora, o fato de, ao cabo de processo administrativo fiscal, realizado por determinação judicial em inquérito policial, ter ficado caracterizada a prática de crime contra a ordem tributária, é muito mais do que um mero indício suficiente da existência de ato de improbidade administrativa: é uma prova inconcussa do seu cometimento.

Quinto quesito

Não enxergo obstáculo, na teoria jurídica, a que se interprete o dever de lealdade do agente público para com a administração pública, à luz do disposto no Estatuto dos Servidores Públicos; no âmbito federal, segundo as disposições do título IV da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Sexto quesito

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei

Complementar nº 35, de 14/3/1979) regula, em seu art. 27, o procedimento administrativo (na verdade, processo administrativo) para a decretação da perda do cargo de magistrado, conforme previsto em seu art. 26 – II. Esse processo administrativo “terá início por determinação do Tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o Magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.”

Nada a ver, portanto, com a ação judicial regulada na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, em obediência ao disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Constitui rematado absurdo confundir processo administrativo com processo judicial, tanto mais que, nas hipóteses de improbidade administrativa, a própria Lei nº 8.429 contém disposições diversas para regular o “procedimento administrativo” (arts. 14 a 16) e o processo judicial (arts. 17 e 18).

Além disso, submeter o processo judicial por ato de improbidade administrativa de magistrado à regra de competência, fixada na Lei Complementar nº 35 para o processo administrativo, corresponde a criar uma inexistente prerrogativa de foro, em tudo e por tudo contrária ao sistema constitucional em vigor, como já tive ocasião de mostrar em outro parecer, que me foi solicitado pela Associação Nacional dos Procuradores da República.¹²

São Paulo, 8 de outubro de 2001

¹ *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*: Digesto 1, 1, 10 in fine.

² Cf. o meu *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 2ª ed., Saraiva, 2001, pp. 89 e 107.

³ Cf., na teoria jurídica geral: RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, pp. 22-28, 70-81; FRIEDRICH MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre*, 2ª ed., Berlin

(Duncker & Humblot), 1994, pp. 66 ss.; KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5ª ed., Springer Verlag, 1983, pp. 133 ss. Na teoria geral dos direitos humanos, ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 3ª ed., 1996, cap. 3º. Na teoria constitucional: PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo (Malheiros), 1998, capítulo 8º; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 11ª ed., São Paulo (Malheiros), 1996, pp. 93/94; CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte (Del Rey), 1994; J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Almedina, sem data, pp. 1085 e ss.; DOMENICO FARIAS, *Idealità e Indeterminatezza dei Principi Costituzionali*, Milão (Giuffrè), 1981. No direito privado, JOSEF ESSER, *Grundsatz und Norm*, 4ª ed., Tübingen (J.C.B. Mohr), 1990.

⁴ Cf. o livro do Prof. MÜLLER, intitulado *Juristische Methodik*, 4ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1990, pp. 142 e ss.

⁵ NORBERTO BOBBIO chamou a atenção para essa terceira categoria de normas, quanto ao conteúdo do dever-ser, em *Dalla struttura all'azione*, Edizioni di Comunità, 1977, pp. 33 e ss.

⁶ Cf. KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, cap. VI; KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, op. cit., pp. 214 e ss., 276 e ss., emprega também a denominação “normas carecedoras de precisão” (*ausfüllungsbedürftige Maßstäbe*).

⁷ Cf. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 75 e ss.

⁸ O conceito de cláusula geral (*Generalklausel*) foi elaborado pela doutrina germânica. Cf., sobre o assunto em geral, KARL ENGISCH, op. cit., pp. 188 e ss.; KARL LARENZ, op. cit., pp. 276 e ss. No campo do direito privado, JOSEF ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 150 e ss.

⁹ A terminologia (*Verantwortung im organisatorischen Sinn und im materiellen Sinn*) é de HARTMUT MAURER, em sua obra *Allgemeine Verwaltungsrecht*, 9ª ed., Beck, Munique, pp. 1/2.

¹⁰ “*Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle.*” (Livro XI, cap. VI).

¹¹ Contrariamente ao sentido moderno do vocábulo, *magistratus*, no direito público romano, não era o juiz, mas o agente público que dispunha de *potestas* ou *imperium*, ou seja, do poder de criar, para todos, direitos e deveres.

¹² Publicado em *Revista Trimestral de Direito Público*, 26/1999, pp. 153 e ss.

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, com no máximo 200 linhas, com espaçamento normal, corpo 11, fonte Times New Roman ou similar, com notas ao final do texto, para os seguintes endereços:

Luiza 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@prgo.mpf.gov.br

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

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

Odim Brandão Ferreira (DF): odimf@pr1.mpf.gov.br

ASPECTOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS FEDERAIS

Fausto Sanctis

Juiz Federal em São Paulo

A criação dos Juizados Especiais Criminais teve como pano de fundo a Constituição de 1988. Porém, a União, com base no artigo 98, *caput* e inciso primeiro, somente podia criá-los no Distrito Federal e nos Territórios. Com efeito, dizia a redação primitiva que “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

Para suprir evidente equívoco do legislador constituinte, que silenciou sobre a possibilidade de criação de tais juizados no âmbito federal, é que foi promulgada a Emenda Constitucional nº. 22, de 18 de março de 1999, a qual introduziu o parágrafo único ao artigo excogitado para fazer constar que “Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal”.

A instituição dependia, então, da promulgação de lei federal e tal não tardaria ocorrer diante da clara constatação de que a sociedade clamava e clama pela existência de um Judiciário cada vez mais célere, simples e informal, que pudesse fazer face a uma avalanche de conflitos e de feitos perpetuados com uma série longa de recursos processuais.

Mauro Cappelletti nos ensina que o direito não pode mais ser dimensionado aos produtores e ao seu produto (normas gerais e especiais), mas deve ser encarado em face do problema social que reclama uma resposta no plano jurídico. Dentro dessa visão, deve o jurista examinar a aptidão das instituições e dos procedimentos responsáveis pela atuação daquela resposta.¹

A complexidade das relações sociais de hoje tem exigido não somente a entrega de uma tutela jurisdicional plena, mas a pronta pacificação dos novos e inusitados conflitos. Urge, pois, a luta contra o tempo que invariavelmente prejudica a tutela jurisdicional e expõe todo um Poder, que não mais atende a solução dos conflitos no prazo que as sociedades contemporâneas, marcadas pela presteza e dinamismo das comunicações sociais, estão a exigir.

A propósito, vale citar aqui a afirmação de José Carlos Barbosa Moreira de que pouco valem, no entanto, cuidados com a justiça da decisão, caso não se façam acompanhar do empenho em evitar-lhe o retardamento excessivo.²

Dentro desse quadro, o legislador ordinário se viu compelido a editar a Lei nº. 10.259, de 12 de julho de 2001, de competência, aliás, exclusiva da União, porquanto somente à ela cabe legislar em matéria penal (art.22, I, C.F.). Como bem nos lembram Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Fomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, a referida lei federal, que deu respaldo aos institutos previstos na Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, quando não conflitar com as disposições da primeira nominada, como a transação e os efeitos penais decorrentes desta, cuida também de temas de direito material.³

Ao lado de tais normas de natureza criminal, trata a lei federal de consagrar regras gerais de procedimento, cujo lastro se sustenta no artigo 24, incisos X e XI, da nossa *Carta Magna*, de competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal.

É por meio do direito processual que se faz possível consagrar o direito material constitucional, daí porque a Constituição tem discorrido sobre seus aspectos e corolários. A nossa Lei maior conseguiu estabelecer uma razoável relação dialética entre Constituição real e Constituição normativa, ou seja, entre a Constituição e a realidade social e política, apesar dos antagonismos e contrariedades que marcaram a luta dos interesses políticos divergentes.⁴

A dificuldade em estabelecer um sistema inédito no país, ou seja, que demandasse uma solução rápida dos conflitos, com marcante oralidade e simplicidade, reside no fato de não confrontar com preceitos já sedimentados no campo do direito material e formal: princípio da não culpabilidade, da garantia da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural e do devido processo legal (itens LIII, LIV, LV e LVII, todos do artigo 5º da Carta Constitucional de 1988).

A propósito, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que deve sempre servir de parâmetro para ação estatal, consagrou tais princípios nos artigos 8º e 10º ao

estabelecer que “*todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei*”; “*todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*”.

Não há dúvida, portanto, que haja um vínculo muito estreito entre o direito material e processual, de um lado, e o regime constitucional, de outro, uma vez que suas linhas fundamentais se encontram traçadas por este, que teve a missão de reestabelecer a democracia no país, garantindo-se a dignidade da pessoa humana.

O legislador constituinte, com a criação dos juizados, desejou ressaltar a necessidade de se buscar um instrumento hábil e rápido de aplicação da lei, que fosse ao mesmo tempo capaz de garantir os legítimos preceitos constitucionais já mencionados.

Muitas vezes os objetivos eleitos não eram alcançados devido aos requintes de refinamento da técnica processual, tanto que José Carlos Barbosa Moreira chega a qualificar recentes alterações das leis processuais cíveis como um projeto arquitetônico de impressionante majestade, com risco grave de perder contato com a realidade cotidiana.⁵

Na verdade, o que se pretende é conduzir o processo a uma ordem jurídica justa para ambas as partes, ou seja, na obtenção de um resultado útil que só se concretizará se este for obtido no tempo devido. Em nada adiantaria uma decisão perfeitamente correta e extremamente justa se acompanhada de um retardamento excessivo. Cândido Dinamarco afirma, nesse diapasão, que não possui acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tardia ou alguma injustiça de qualquer ordem.⁶

No campo penal, a noção de bem jurídico tem sido considerada pelo legislador para definir as condutas passíveis de criminalização, diante do valor que representa.

Hans Welzel qualificava bem jurídico como “*todo estado social desejável que o direito quer resguardar*”⁷, preexistindo até à construção normativa, sendo por isso imprescindível à comunidade.

Com a evolução da sociedade, a necessidade de proteção de determinados valores se deslocou do âmbito meramente individual para o coletivo ou difuso. Se antes buscava-se tutelar bens de natureza particular (vida, liberdade, patrimônio, honra), hoje reclama-se que o Direito Penal proteja valores universais (meio ambiente, consumidor, ordem econômica etc.).

Essa proteção não pode desrespeitar as garantias consagradas no Estado de Direito, daí porque Klaus Roxin considera que o sentido e os limites do direito penal são a “*proteção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que*

salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual”⁸.

Todas essas considerações apontam num único sentido: o direito penal deve sempre ser revisto para que possamos questionar se seus institutos têm servido para arrefecer a criminalidade ou se a demora na prestação jurisdicional acaba contribuindo para a sensação de impotência geral que se instalou na nossa sociedade.

Klaus Tiedemann preleciona existir um contraste entre as necessidades de política criminal e as possibilidades da dogmática penal tradicional, obtendo esta o pior dos resultados diante de sua ineficácia.⁹

Pois bem, em face desse quadro, temos que a Lei nº.9.099, de 26 de setembro de 1995, e agora, mais recentemente, a Lei nº.10.259, de 12 de julho de 2001, contribuíram sensivelmente para que a tutela penal assegurasse praticamente a utilidade das decisões, que, pela agilidade com que são obtidas, não mais são tomadas de assalto pelo instituto da prescrição.

Com o juizado criminal, reveste-se a sociedade de um instrumento adequado e célere, que recoloca as severas forças estatais de punição na sua correta posição, isto é, para os delitos considerados graves.

A Lei nº.9099/1995 criou os institutos da *composição* (artigos 72/74), da *transação* (para as contravenções e os crimes com pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial – artigos 61 e 76) e da *suspensão do processo* (para os crimes com pena mínima igual ou inferior a um ano – artigo 89), sendo que neste último caso decorrido o período de prova haverá a extinção do processo. Além disso, no caso de ação penal privada ou pública condicionada, o acordo homologado (composição) acarreta a renúncia ao direito de queixa ou de representação e a extinção de punibilidade (artigo 74, parágrafo único). Já a transação aceita gera a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, ficando o Ministério Público coarctado, nas ações penais públicas (incondicionadas ou não), de tentar impor ao acusado uma sanção privativa de liberdade. Não se pode esquecer também que não há mais que se cogitar na prisão em flagrante por infração aos tipos de menor potencialidade lesiva, e nem se exigirá fiança, desde que o autor do fato se comprometa a comparecer perante o juizado, estabelecendo a norma que a autoridade policial apenas estaria autorizada à lavratura de um *termo circunstanciado* (artigo 69, parágrafo único). Poderá, contudo, o juiz decretar a prisão preventiva, nos termos dos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal, tratando-se de medida extrema que somente se justifica em situações particulares (como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal), para resguardar os interesses sociais de segurança, mas a prisão em flagrante se tornou quase impossível diante do que estabeleceu a lei. Logo, não sendo o caso de prisão cautelar, o investigado será liberado tão logo seja finalizado o *termo*. O juiz, pois,

marca audiência preliminar de conciliação, tentando acordo sobre eventual indenização da vítima e, posteriormente, uma vez não obtida esta, procede-se à transação penal, que culmina com aplicação de pena alternativa: multa, cestas básicas, prestação de serviços à comunidade. Na hipótese de recusa do apontado autor, o Ministério Público elabora denúncia oral, com nova possibilidade de conciliação, há resposta à acusação, recebimento ou não da denúncia, audiência da vítima e das testemunhas, interrogatório do acusado, debates e sentença. A partir da denúncia, a lei posicionou-se pela concentração de atos em audiência, desejando, é claro, simplificar e evitar prolongamento inútil do procedimento (artigos 69, 74, 76/81 e 89).

A prisão temporária somente será possível nos casos dos artigos 2º e 3º da norma que pune o genocídio, Lei nº.2.889, de 1º de outubro de 1956 (respectivamente associação de mais de três pessoas para a prática da transferência forçada de crianças de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, para outro, com intenção de destruí-lo, no todo ou em parte, e incitar, direta e publicamente, a cometer o crime citado, se este não se consumar), preenchidos os requisitos estreitos da Lei nº.7.960, de 21 de dezembro de 1989 (imprescindibilidade para as investigações, ausência de residência fixa ou não fornecimento de dados para o esclarecimento da identidade pessoal e fundadas razões), pelo prazo prorrogável de trinta dias, e não cinco, por se tratar de crime hediondo (artigo 1º, parágrafo único, combinado com o artigo 2º, parágrafo 3º, ambos da Lei nº.8.072, de 25 de julho de 1990).

Deu-se origem, então, a uma certa dose de disponibilidade da ação penal que anteriormente à edição da lei era impensável.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes sublinham que se havia "...percebido que a solução das controvérsias penais em certas infrações, principalmente quando de pequena monta, poderia ser atingida pelo método consensual".¹⁰

Por sua vez, a Lei nº.10.259/2001 (art.1º) ordenou a aplicação do disposto na Lei nº.9099/1995, quando os seus postulados não conflitarem com esta.

No artigo 2º fez constar o seguinte: "Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo". E o seu parágrafo único reza que: "Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa".

Resta, portanto, incontestável que tais diplomas legislativos favoreceram e muito e de qualquer modo os agentes, de molde que a aplicação retroativa tem seu lugar. Tudo isto por força do que reza o parágrafo único do artigo 2º do Código Penal, com supedâneo no item XL do artigo 5º da Constituição Federal (preceito da retroatividade da lei penal mais benéfica).

O problema que surge com a edição da lei criadora dos juizados especiais criminais no âmbito da Justiça Fe-

deral foi o de estabelecer se houve ou não revogação do artigo 61 da Lei nº.9.099/1995. Com efeito, a Lei nº.10.259/2001, além de aumentar o limite de pena privativa, não estabeleceu qualquer ressalva, como fez o citado artigo 61 quanto aos procedimentos especiais, silenciando acerca das contravenções penais. Uma corrente entendeu que nestas duas hipóteses não haveria de ter abrangência os juizados especiais por falta de previsão legal. Outra, porém, e de forma majoritária, posicionou-se pela inconstitucionalidade do artigo 20 da Lei nº.10.259/2001 que, expressamente, vedou sua aplicação no âmbito da Justiça Estadual.

Com relação às contravenções, entendo persistir eficácia do artigo 61 por expressamente conceituá-las como delitos de menor potencialidade lesiva, em nada alterando a nova lei, que se restringiu a denominar quais seriam os crimes menos graves. Aliás, as contravenções por si só foram eleitas pelo legislador como infrações de menor potencialidade lesiva, tanto é que não as estabeleceu como crime ou delito. Não teria sentido agora, diante da redação da nova lei, excluí-las. Logo, restam abrangidas as contravenções penais, até mesmo para aquelas com rito especial, como jogo do bicho (Lei nº.1.508/1951), razão pela qual deve-se entender que houve derrogação tácita do artigo 61 apenas quando este se refere aos delitos. O artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal exclui, porém, da Justiça Federal a competência para apreciá-las.

Chegou-se, assim, à conclusão que a novel legislação redefiniu infração de menor potencial ofensivo, cuja aplicação também era de se impor perante a Justiça Estadual, estando, pois, derogado o artigo 61, no que se refere aos crimes (Damásio de Jesus, Luiz Flávio Gomes, Alberto Silva Franco, Fernando Capez, César Roberto Bittencourt, Adauto Suannes, Cláudio Dell Orto, Fernando Luiz Ximenes Rocha, José Renato Nalini e Paulo Sérgio Leite Fernandes (*site* do ibccrim.com.br em julho de 2001). Logo, a pena máxima a ser considerada para efeito dos juizados, tanto no âmbito estadual, quanto no Federal, passou a ser de dois anos porque seria flagrante a violação do princípio da isonomia, com total desproporção na aplicação da norma penal, uma vez que fatos com idêntica magnitude teriam solução diversa.

Luís Paulo Sirvinskas argumenta ainda que como a Lei nº.9.605/98, a chamada Lei Ambiental, permitiu expressamente, nos termos dos artigos 27 e 28, a incidência dos juizados especiais criminais, diploma legislativo aplicável tanto na esfera estadual, quanto na federal, seria inadmissível a coexistência antagônica de dois conceitos diferentes de infração de menor potencial ofensivo.¹¹

No caso, por exemplo, de conexão entre um crime federal e outro estadual, com procedimento especial (por exemplo, a Lei nº.4.898, de 09 de dezembro de 1965, que define os delitos de abuso de autoridade), por força da súmula 122 do S.T.J., o julgamento dar-se-ia perante os juizados especiais federais. Porém, não sendo tais delitos conexos, cada crime seria julgado separadamente, com o gravame de que apenas à infração federal se aplicaria a legislação acerca dos juizados.

A lei que criou os juizados no âmbito federal consignou que o limite seria de pena máxima não superior a dois anos, ou multa. Por esse motivo, há quem defenda que não seria possível a aplicação da nova regra, por exemplo, aos delitos de porte de entorpecentes (detenção, de seis meses a dois anos, e multa – art.16, Lei nº.6.368, 21.10.1976), porte de armas (detenção, de um a dois anos, e multa – Lei nº.9.437, de 20.02.1997) e calúnia (detenção, de seis meses a dois anos, e multa – art.138 do Código Penal) porque tais crimes, apesar de serem apenados com pena privativa máxima de dois anos, também o são com a sanção pecuniária de multa.

Para não chegarmos ao absurdo, não há como interpretar que a lei excluiu os delitos com multa cumulativa. Tal entendimento afastaria da aplicação dos juizados delitos como desobediência (detenção, de quinze dias a seis meses, e multa), favorecimento pessoal (detenção, de um a seis meses, e multa), favorecimento real (detenção, de um a seis meses, e multa). Doutra parte, delito como desacato (detenção, de seis meses a dois anos, ou multa), mais grave portanto que o de desobediência, estaria abarcado pelo juizado.

Luiz Flávio Gomes dessa forma se posiciona ao aduzir que “quando o tipo penal comina pena de multa cumulativa (prisão até dois anos “e” multa), como é o caso do porte ilegal de drogas ou de arma de fogo, ninguém pode pôr em dúvida que é a pena máxima (prisão de dois anos) que comanda o âmbito de admissibilidade da transação penal. No tempo da vigência do art.61 sempre foi assim e nunca ninguém contestou”.¹²

Posição contrária é a de Luís Paulo Sirvinskas¹³, Arnaldo Hossepian Júnior e Waleria Garcelan Loma Garcia¹⁴, no sentido de que a pena alternativa (ou multa) somente pode se referir aos crimes que cominem pena privativa de liberdade, ou multa.

A jurisprudência a respeito ainda é tímida: No Recurso em Sentido Estrito nº. 70003736428, a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 20 de fevereiro de corrente ano, entendeu que, com o advento da Lei nº.10.259/2001, restou ampliado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, por exigência da isonomia Constitucional, num caso em que se imputava aos réus infração ao delito de porte ilegal de armas, cuja pena prevista é de detenção de um a dois anos e multa (art.10, *caput*, e § 1º, III, da Lei nº.9.437/97).

A aplicação retroativa da lei que rege os juizados criminais, com o instituto da suspensão do processo, também foi admitida no julgado acima citado: a propósito, o S.T.F. (Adin nº.1719/DF, julgada em 03.12.97, Rel. Min. Moreira Alves) e o S.T.J. (Habeas Corpus nº.11769/SP, julgado em 20.06.00, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal).

No Fórum Permanente de Juízes Cordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, realizado em Rondônia de 21 a 24 de novembro de 2001, foi editado o Enunciado nº.46, cujo teor é o seguinte: “A Lei nº 10.259/2001 ampliou a competência dos Juizados Especiais Criminais dos Estados e do Distrito Federal para o jul-

gamento de crimes com pena máxima cominada até dois anos, excetuados aqueles sujeitos a procedimento especial”.

Questão interessante é o teor do artigo 8º, e seu parágrafo 1º, da lei dos juizados federais.

Reza o referido dispositivo: “As partes serão intimadas da sentença, quando não proferida esta na audiência em que estiver presente seu representante, por ARMP (aviso de recebimento em mão própria)”. E o seu parágrafo 1º: “As demais intimações das partes serão feitas na pessoa dos advogados ou dos Procuradores que oficiem nos respectivos autos, pessoalmente ou por via postal”.

Na seara criminal a aplicação do dispositivo fica limitada tendo em vista as garantias processuais que garante aos réus a ampla defesa e o contraditório: a intimação por ARMP não fica excluída dos juizados especiais, mas apenas a intimação das partes por meio de seus advogados. Não se pode, sob pretexto da simplicidade, deixar nas mãos dos advogados a responsabilidade de comunicar os réus, pois a ausência destes em audiência gera consequências que podem influir no resultado final da ação penal. Por exemplo, sendo considerado revel, não mais será intimado e pouco poderá contribuir para a defesa técnica em audiência.

Com relação à citação, há de se aplicar a regra do artigo 66, *caput*, da Lei nº.9.099/1995, que determina que ela seja pessoal, por força do artigo 1º da Lei nº.10.259/2001.

Na legislação sobre os juizados existe um instituto chamado de transação (art.76), mediante o qual o juiz, não sendo caso de arquivamento, aplica, nas ações penais públicas, pena restritiva de direitos ou multa. Discute-se a possibilidade de aplicação de pena de ofício pelo juiz, havendo recusa injustificada do Ministério Público, bem como a forma de proceder no caso de descumprimento da pena restritiva, já que com relação à multa, deve-se entender possível sua execução (dependendo do valor, até mesmo perante os juizados especiais cíveis).

No que tange ao primeiro caso, ainda persiste muita discussão¹⁵, mas recentemente o S.T.F. se manifestou no sentido de competir com exclusividade ao Ministério Público a iniciativa de propô-la por ser o titular da ação penal pública (RE nº.296.185/RS, Rel. Min. Néri da Silveira, data do julgamento em 20 de novembro de 2001).

Não seria caso de conversão da pena restritiva em prisão uma vez que a aplicação se deu antes mesmo do devido processo penal, não significando, pois, no reconhecimento da culpabilidade. Entendimento contrário violaria princípio da Constituição Federal, insculpido no artigo 5º, item LIV, no sentido de que a privação da liberdade ou dos bens somente seria possível com o devido processo legal.

Conforme entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, a aceitação da proposta de transação pode reverter em benefício da própria defesa que não deseja enfrentar uma instrução pro-

cessual com risco de uma condenação. O único efeito penal previsto é o de impedir o benefício no lapso de cinco anos. Revelam, outrossim, que "...no Juizado a pena restritiva é autônoma, não existindo quantidade de pena detentiva para a conversão. Embora exista quantidade de pena restritiva, não se pode estabelecer equivalência entre esta e a quantidade de pena privativa de liberdade".¹⁶

A esse respeito, o S.T.F. entendeu inadmissível a transformação automática da pena em privativa de liberdade, entendendo o Ministro Marco Aurélio, porém, que, nestas hipóteses de descumprimento da pena restritiva de direitos, deve ser declarado insubsistente o termo de transação, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando a denúncia (Habeas Corpus nº.79.572/GO).

Por sua vez, o S.T.J. entendeu descaber a reabertura da ação penal, com o oferecimento da denúncia pelo fato de a proposta de transação penal homologada gerar eficácia de coisa julgada material e formal (Resp nº.190194/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ em 10.09.2001).

Interessante proposição se verifica do Enunciado nº.14 do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados brasileiros, considerando que "não cabe oferecimento de denúncia após sentença homologatória, podendo constar da proposta de transação que a sua homologação fica condicionada ao cumprimento do avençado".

Trata-se de solução prática que evita a utilização da transação como meio de fraudar o sistema com o não cumprimento das condições então impostas, além do que não se cogita de infração aos postulados da coisa julgada material.

Com relação aos recursos em matéria criminal, inicialmente deve-se afiançar o descabimento do Recurso em Sentido Estrito.

Por ocasião da transação ou da rejeição da denúncia ou da queixa e, finalmente, da sentença, o único recurso previsto é o de apelação, no prazo de dez dias, dirigida a uma turma composta de três juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição (artigos 76, § 5º, e 82, § 1º, da Lei nº.9.099/1995). Além deste, a legislação ainda previu os Embargos de Declaração, no lapso de cinco dias, na hipótese de obscuridade, contradição, omissão ou dúvida (artigo 83 da Lei nº.9.099/1995).

Com efeito, cuidando-se de um sistema hermético e fechado, voltado para o julgamento de crimes de menor potencialidade lesiva, não teria sentido admitir recursos não previstos na lei que, aliás, cuidadosamente disciplinou o seu procedimento. Dessa forma, o juizado deve ser entendido como um sistema que é, por si só, completo, respaldado inclusive pelo preceito da celeridade, de molde a ser incabível o recurso excogitado.

Também aqui se manifestou o Fórum Permanente de Juízes Coordenadores já acima mencionado, vedando o Recurso em Sentido Estrito (Enunciados nº.19 e 48).

Nota peculiar da lei, ao contrário do que dispõe o Código de Processo Penal nos artigos 593 e 600, é o fato de a apelação já conter o pedido e suas razões.

Não poderia ser diferente uma vez que não estaria suficientemente conciliada a necessidade do reexame das decisões dos juizados com a celeridade do procedimento.

Assim, tendo a Constituição Federal traçado as linhas gerais sobre recursos das decisões dos juizados especiais e a legislação previsto apenas o recurso de apelação, bem como os Embargos de Declaração, não há como admitir, em respeito aos preceitos que iluminam o sistema, o Recurso em Sentido Estrito, como também os Embargos Infringentes (art.609, parágrafo único, do C.P.P.) e a Carta Testemunhável (arts.639 e seguintes do C.P.P.).

Importante ainda sublinhar sobre a possibilidade de apreciação pelas Turmas Recursais do Mandado de Segurança, do Habeas Corpus e da Revisão Criminal.

Com relação aos dois primeiros, o Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados se posicionou, acertadamente, que a competência para a apreciação seria das Turmas Recursais (Enunciado nº.62).

Todo e qualquer recurso ou incidente, incluindo o Habeas Corpus e o Mandado de Segurança, advindo de processos afetos aos juizados, haverão de ser julgados no próprio juizado, em segunda instância, cuja previsão é apenas das Turmas Recursais.

O artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº.10.259/2001 excluiu expressamente da competência do juizado especial cível as ações de mandado de segurança. Ora, silenciando-se, com relação ao juizado criminal, deve-se entender que o legislador considera este competente para sua apreciação.

Por falta de expressa disposição legal, o Habeas Corpus e o Mandado de Segurança em face de atos das Turmas Recursais devem ser impetrados perante o S.T.F.. Nesse sentido, o Enunciado nº.64 do Fórum Permanente de Coordenadores dos Juizados.

Instigante é a questão quando se examina a competência para a apreciação da Revisão Criminal. O legislador não a vedou, como procedeu com relação à ação rescisória (artigo 59 da Lei nº.9.099/1995). E não poderia ser diferente tendo em vista os valores envolvidos numa ação penal, que, no caso dos juizados, pode acarretar, inclusive, a punição a uma pena privativa de liberdade quando não se chegar a conciliação, transação ou suspensão do processo.

A revisão criminal é instituto que extrapola os lindes do processo penal, prevista em sede constitucional em vários dispositivos, mais precisamente nos artigos nºs.102, I, "j" (perante o S.T.F.), 105, I, "e" (junto ao S.T.J.) e 108, I, "b" (em face dos T.R.Fs.), sinalizando que referido texto não se compraz com a idéia de vedar a possibilidade de reparação de injustiças.

Porém, nas duas primeiras hipóteses, ou seja, perante os Tribunais Superiores, restringiu a análise da Revisão apenas para apreciação de seus julgados. Já, no que tange a impetração junto aos Tribunais Regionais Federais, considerou que estes a conheceria com relação a julgados seus, como também se se referir a julgados dos juízes federais da região.

Isto quer significar que no caso de julgados de juízes federais ou dos Tribunais Regionais Federais, a competência para apreciar a Revisão Criminal é dos T.R.Fs., na qualidade de colegiado de segunda instância. Ora, tendo as Turmas Recursais tal natureza perante os julgados especiais, não haveria como relegar a competência para os T.R.Fs..

Assim, diante da natureza da ação e dos valores envolvidos e do que reza a Constituição nos tipos pelos quais aborda a Revisão Criminal, deve-se defender possível sua impetração, que deverá ocorrer apenas junto às Turmas Recursais.

Contudo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a admitiu, por maioria, com base na manifestação do Relator, o Desembargador Ranolfo Vieira, no Recurso de Revisão nº.70001190339, julgado em 1ª de setembro de 2000, visando afastar eventual injustiça da Turma Recursal. De se notar que, no mérito, a ação foi indeferida por unanimidade.

Com relação aos Recursos Especial e Extraordinário, deve-se admitir apenas este último pelo fato de o artigo 105, III, da nossa Lei maior consignar que o primeiro recurso é cabível contra decisões dos Tribunais Regionais Federais ou dos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios.

O próprio S.T.J. editou súmula, nº.203, cuja ementa diz que “não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência, por órgão de segundo grau dos julgados especiais”. E o Enunciado nº.63 do Fórum Permanente dos Coordenadores de Julgados disciplinou que “contra decisões das Turmas Recursais são cabíveis somente os embargos declaratórios e o Recurso Extraordinário”.

De fato, o Recurso Extraordinário, previsto no artigo 102, III, da Constituição é cabível contra causas decididas em única ou última instância, o que não afasta a apreciação de caráter constitucional das decisões das Turmas.

O artigo 15 da Lei nº.10.259/2001 refere-se exclusivamente ao Recurso Extraordinário, dando evidente mostra do descabimento do Recurso Especial, e disciplinou procedimento e julgamento simplificado nos mesmos termos que estabeleceu com relação ao Pedido de Uniformização de interpretação de lei federal, previsto no artigo 14 (provocação pela parte interessada, com possibilidade de medida liminar para suspensão de processos; pedidos idênticos permanecem retidos nos autos, aguardando-se o pronunciamento final; havendo necessidade, há solicitação de informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma Recursal, ou seja, aquele que preside a Turma de Uniformização, que é integrada por juízes de Turmas Recursais; audiência do Ministério Público no prazo de cinco dias; audiência de eventuais interessados por trinta dias; preferência de julgamento sobre todos os demais feitos, ressalvados os casos de réus presos, habeas corpus e os mandados de segurança; apreciação pelas Turmas Recursais, uma vez publicado o acórdão, dos pedidos retidos, com possibilidade de exercício do juízo de retra-

ção ou de declaração de prejudicialidade, na hipótese de tese não acolhida).

Uma Resolução do Tribunal Regional Federal da 2ª Região nº.30, de 22 de novembro de 2001, consignou descaber sustentação oral perante as Turmas Recursais (artigos 67, § 1º, e 88).

Por sua vez, Rogério Schietti Machado Cruz e Suzana de Toledo Barros, com base em Chioyenda, lembram que o trabalho escrito pode ser perfeitamente utilizado como preparatório do debate oral, preservando-se o verdadeiro confronto de idéias realizado pelos debates, único modo de obviar que a unilateralidade do pensamento imposto pelo relator possa esconder algum detalhe ou não revelar toda a verdade dos autos, de molde que defendem a sustentação oral nos julgados das Turmas Recursais.¹⁷

O artigo 7º, inciso IX, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº.8.906, de 04.07.94, que conferia aos advogados o direito de sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo mínimo de quinze minutos, teve a eficácia suspensa pelo S.T.F., em medida liminar, na Adin nº.1.105-7. Além disso, trata-se de lei ordinária que poderia ser entendida como parcialmente revogada com o advento da Lei nº.9.099/1995, diante dos princípios da simplicidade, economia processual e celeridade constantes no artigo 2º desta última.

Do mesmo modo, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº.8.625, de 12.02.93, no artigo 41, inciso III, constituiu a prerrogativa da sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato nas sessões de julgamento e, assim, caberia interpretação de sua revogação pelo diploma posterior que criou os julgados.

Todavia, a interpretação não se sustenta uma vez que a Lei Complementar nº.75, de 20.05.93, norma essa hierarquicamente superior com relação às leis ordinárias nºs. 9.099/1995 e 10.259/2001, consignou, no artigo 20, que o Ministério Público da União possui “...presença e palavra asseguradas em todas as sessões dos colegiados em que oficiem”.

Diante disto, não há como afastar direito consagrado ao órgão federal acusatório junto às Turmas Recursais. Doutra parte, em respeito ao princípio do contraditório, não se poderia concedê-lo ao *Parquet* Federal e abstrai-lo da Defesa.

Assim, devem as partes se manifestarem oralmente junto às Turmas Recursais, uma vez externando o desejo, evitando-se inutilmente a nulidade do feito por infração à legislação processual.

Cabe mencionar, outrossim, que a maior incidência de fatos criminais de competência dos julgados federais no Estado de São Paulo tem se voltado ao delito de frustração de direitos trabalhistas mediante fraude ou violência (detenção, de um mês a um ano, e multa – artigo 203 do Código Penal), de desobediência (detenção, de quinze dias a seis meses, e multa – artigo 330 do Código Penal),

de desacato (detenção, de seis meses a dois anos, ou multa – artigo 331 do Código Penal), de instalação ou utilização de telecomunicações clandestinas (detenção, de um a dois anos – artigo 70 da Lei nº.4.117/1962), de violação à ordem tributária (detenção de seis meses a dois anos, e multa – artigo 2º da Lei nº.8.137/1990).

Como se observa neste breve trabalho, buscou-se romper com os tradicionais conceitos do direito processual penal, de molde a tornar possível e útil o ingresso a um sistema novo que prima pela revitalização das vias conciliativas.

A concepção do direito penal e processual, com a nova legislação dos juizados criminais, mudou e a consequência foi flexibilizar alguns dogmas tradicionais. Nesse sentido, cabe mencionar as palavras de Manoel Pedro Pimentel, que, ao citar Gérson Pereira dos Santos, afirma que “as grandes construções da dogmática penal não surgiram tão-só para ser cultivadas pelos estudiosos e profissionais da especialidade[...] Só a vida, no curso irreversível do tempo, com suas contingências e surpresas, há de ser a força propulsora e renovadora de uma ciência cujas matrizes são informadas pela realidade social”.¹⁸

A introdução dos juizados no país trata-se, pois, de um marco legislativo importante, iniciado com a edição da Lei nº.7.244, de 07 de novembro de 1984, a antiga lei das pequenas causas, reforçado pela Lei nº.9.099, de 26 de setembro de 1995, culminando com a edição da Lei nº.10.259, de 12 de julho de 2001, que permitiu a sua aplicação perante a Justiça Federal.

Como se vê, tais instrumentos legislativos não somente facilitam o resultado útil do processo, com a simplificação de suas etapas, permitindo que uma litigiosidade contida e excessivamente tardia que antes ficava praticamente à margem do sistema jurisdicional, passasse a ser abraçada pelos institutos oficiais de solução dos conflitos. Evita-se, com isto, a possibilidade dela irromper em forma de atos violentos e incontroláveis de justiça de mão própria.

Por derradeiro, revela-se em perfeita harmonia com as aspirações sociais, consistindo em verdadeiro aperfeiçoamento do sistema penal, que passou a exaltar procedimentos céleres e simplificados, mas não menos eficazes, de entrega da tutela jurisdicional.

¹ Cf. *Problemas de Reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas*, p.15.

² In *Tendências contemporâneas do processo civil*, *Revista de Processo*, n.31, p.201.

³ Vide *Juizados Especiais Criminais*, p.31.

⁴ Nesse sentido Miguel Reale Júnior para quem a Constituição brasileira surgiu da arte da negociação entre interesses políticos divergentes, constituindo-se no meio à democratização do país (Cf. *Casos de direito constitucional*, p.88).

⁵ Cf. *Tendências contemporâneas do processual civil*. *Revista de Processo*, n.31, p.200.

⁶ Vide *A reforma do código de processo civil*, p.21.

⁷ Cf. *Derecho penal alemán*, p.15.

⁸ In *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, p.43.

⁹ Vide Responsabilidade penal de personas jurídicas y empresas em derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.11, p.28.

¹⁰ In *Juizados Especiais Criminais*, p.29.

¹¹ Cf. Ainda sobre a aplicabilidade da lei dos juizados especiais criminais federais na esfera estadual. *Boletim IBCCRIM*, n.113, p.06, abr./2002.

¹² Cf. Primeiras polêmicas sobre a nova competência dos juizados criminais. *Boletim IBCCRIM*, p.03.

¹³ In Ainda sobre a aplicabilidade da lei dos juizados especiais criminais federais na esfera estadual. *Boletim IBCCRIM*, n.113, p.06, abr./2002.

¹⁴ Vide Considerações sobre a lei nº 10.259/01, em face dos crimes de porte ilegal de armas e porte de entorpecentes. *Boletim IBCCRIM*, n.111, p.05, fev./2002.

¹⁵ Ao interpretar, por exemplo, o artigo 89 da Lei nº.9.099/1995, que cuida da suspensão do processo após o recebimento da denúncia, no Recurso Especial nº.196.497/GO, o Rel. Min. Felix Fischer, por unanimidade da Quinta Turma do S.T.J., entendeu que na hipótese de existir divergência entre o juiz e o promotor acerca da oferta da suspensão, os autos devem ser, por aquele, encaminhados ao Procurador-Geral. Por outro lado, a Sexta Turma do S.T.J., por maioria, Rel. Min. William Patterson do Habeas Corpus nº.5.494/SP (97/0004014-3) considerou descaber aplicar, analogicamente o artigo 28 do Código Processo Penal, devendo o juiz decidir em havendo recusa do Ministério Público em oferecer ou não a proposta.

¹⁶ Ainda afirmam que “imagine-se, por exemplo, que, em caso em que estivesse prevista, em tese, pena detentiva de 30 dias, o juiz aplicasse consensualmente a pena de prestação de serviços à comunidade de 60 dias. Descumprida a pena restritiva, o juiz fica sem parâmetros para efetuar a conversão, não podendo converter a pena em 3 meses de prisão, por flagrante violação ao princípio da proporcionalidade” (In *Juizados Especiais Criminais*, p.38-39).

¹⁷ Cf. A oralidade nas Turmas Recursais, *Boletim Ibccrim*, n.89, p.07, abr./2000.

¹⁸ Cf. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n.12/90, p.231.

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA ISSN Nº 1519-3802

O código ISSN (International Standard Serial Number) é um número que identifica o título de uma publicação seriada, tornando-o único e definitivo. Possibilita um método eficaz e simples na identificação rápida da publicação, organização de acervos, serviço de indexação e resumos, serviços de aquisição bibliográfica etc.

FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO: DA AMEAÇA NEOLIBERAL AO PRINCÍPIO COOPERATIVO INTIMIDANDO O OBJETIVO CONSTITUCIONAL DE SUPERAÇÃO DAS DISPARIDADES REGIONAIS

Irene Patrícia Nohara

Mestranda em Direito Administrativo na Universidade de São Paulo

1. Introdução

A discriminação de receitas entre os entes autônomos constitui um dos aspectos mais importantes da estruturação de um Estado federal. Não é por outro motivo que a abordagem do federalismo fiscal é constantemente associada à máxima de Alfieri: “A chave do poder da República repousa na tesouraria nacional”.

Já nos primórdios do século XX o modelo clássico de federalismo, que teve suas origens nos Estados Unidos, foi cedendo lugar ao modelo cooperativo. Este último mostrou-se mais compatível com os ideais modernos de liberdade e, fundamentalmente, de igualdade.

Pela doutrina liberal ou não intervencionista preconizava-se que cada ente federativo deveria ser responsável pelo pagamento de suas despesas, estabelecendo e cumprindo seu orçamento com o máximo de independência em relação aos demais. Assim, do ponto de vista financeiro, o *princípio da autonomia dos entes* foi dissociado em: a) *princípio da conexão* – os membros deveriam responder pelas despesas emergentes de suas decisões; e b) *princípio da responsabilidade* – os entes deveriam cobrir suas despesas com receitas próprias.

Entretanto, após as Guerras Mundiais, a exigência da intervenção centralizada para a manutenção do equilíbrio econômico propiciou o crescimento das receitas dos governos federais. Essa tendência foi mantida nos anos 40 e 60 em função (entre outros fatores) das exigências materiais decorrentes da guerra, dos programas nacionais e internacionais de reconstrução econômica de várias das federações e da necessidade de viabilizar respostas unitárias em face das crises, como aquela que ocorrera em 29.

O século XX presenciou o nascimento do federalismo cooperativo, caracterizado pelo fortalecimento do governo central e sua integração na esfera dos governos regionais, em um modelo de interdependência entre o

exercício das competências e a repartição das receitas. Na maioria das federações, o princípio liberal da autonomia foi questionado, dando lugar àquele da interdependência, em face do solidarismo no qual se pautou o Estado social.

Como reação teórica à ascensão do Estado providência (*Welfare State*) surge na década de 70 a doutrina neoliberal, que preconiza, de forma mais ou menos evidente, o enfraquecimento do Estado com a sua submissão aos interesses do mercado transnacional e a consequente fragilização do conceito de soberania nacional¹. Ante aos influxos desta ideologia ocorre o ressurgimento de certos valores do federalismo clássico, agora amparados por uma nova roupagem lingüística. É o que se nota no progressivo emprego de conceitos como “eficiência”, “responsabilidade financeira”, “viabilidade”, “possibilidade” etc.

No Brasil, houve momentos de ruptura e de continuidade com os influxos externos. A adoção do princípio cooperativo deu-se eminentemente no contexto de planejamento e centralismo da década de 30. Ocorre a partir de então um fortalecimento da instituição de mecanismos de combate às desigualdades regionais.

Na realidade, a análise do desenvolvimento do federalismo brasileiro e da repartição de competências como técnica de superação (ou não...) das enormes disparidades regionais do País deve ser efetivada levando-se em conta suas particularidades estruturais. De nada adianta importar modelos de repartição de competência sem que se tome consciência de alguns dos problemas que subjazem à prática federal brasileira.

Cumprе ressaltar que já é bem sentida a presença da ideologia neoliberal nos debates acerca da reforma do federalismo fiscal. Entretanto, ainda figuram expressamente no inciso III, do art. 3º, da Constituição Federal de 1988 os seguintes objetivos da República Federativa do Brasil: a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

2. Breve histórico da discriminação de rendas no Brasil

2.1 Histórico e peculiaridades

O federalismo adotado no Brasil não foi apenas uma adaptação do modelo norte-americano. Nos primórdios da organização estrutural do Brasil colônia, segundo relata Caio Prado Jr.², não se diferenciaram princípios que hoje se encontram arraigados, tais como: a divisão entre os Três Poderes; as relações jurídicas das religiosas etc. A legislação administrativa da colônia guardava feição de um amontoado desconexo de determinações casuísticas, sendo com frequência desobedecida.

Tal quadro também é denunciado por Dalmo de Abreu Dallari, ao analisar a formação do Município: "Havia um padrão de governo que correspondia em linhas gerais aos governos locais portugueses. Entretanto, o funcionalismo não era o mesmo, as atribuições dos funcionários variavam de um lugar para outro, as fontes de renda eram estabelecidas pelo governo de cada Município, segundo as necessidades e possibilidades locais, não havendo uniformidade na tributação"³. Nota-se, portanto, que apesar de a Administração obedecer legalmente a um padrão símile ao metropolitano, no plano fático, houve vários ajustes que se deram em função das diversas realidades coloniais.

O primeiro registro da utilização do termo *federação* remonta a um documento de José Bonifácio (1821), escrito pouco antes da independência. O autor menciona uma federação unido Brasil, Portugal e alguns países da África. Isso ocorreu por influência do Congresso de Viena de 1815, a partir da proposta do império português de reorganização do mundo. Todavia, esse aspecto meramente formal de federalismo não se consolidou.

A estrutura federativa apresentou-se em potência desde a colônia. A adoção do federalismo está fortemente atrelada as elites próximas ao poder. Ressalte-se, porém, que nem todos os seus integrantes abraçaram o ideal. De qualquer forma, observa-se que, ao contrário do que sucedeu nos Estados Unidos – no qual a idéia federal esteve mais relacionada com a efetiva construção das estruturas de uma nação, processando-se os debates acerca do federalismo de forma relativamente coesa –, no Brasil, as razões que conduziram à adoção do modelo federal foram muito diversas.

"Alguns entendiam conveniente a Federação porque ela dera bons resultados na América do Norte. Outros queriam, pura e simplesmente, enfraquecer o governo central, para que ele não interferisse no comando político dos líderes locais ou regionais. Nos trabalhos teóricos e nos manifestos políticos são freqüentes as referências aos problemas dos recursos financeiros, pois os federalistas, de modo geral, consideravam injusto que tais recursos fossem entregues ao governo central para que este os aplicasse"⁴.

Esses dados são ilustrativos do desdobramento de alguns dos problemas que ainda se fazem presentes no contexto atual, tais como a ausência: a) de equilíbrio entre atribuições e receitas; b) de interesse, por parte das elites, de ruptura com o mecanismo de poder local e regional; c) de um projeto mais racional de organização do País que atendesse aos anseios de natureza coletiva etc. Observa-se, ademais, que a resolução de semelhantes pendências nos países "centrais" se deu em momentos de ruptura, geralmente ausentes em nosso contexto histórico.

2.2 Do nascimento precoce do poder local

A colonização do Brasil começou efetivamente pela organização das Capitânicas Hereditárias, fase na qual predominou a dispersão do poder político e administrativo, tendo como única fonte de interpenetração a Metrópole.

Em 1549 o sistema de Governadores-Gerais foi instituído, fase em que se introduz o primeiro elemento de unificação a deslocar poderes da estrutura até então estabelecida. Paralelamente às divisões e unificações sucessivas do Governo Geral surge, nas zonas de exploração agrícola, a organização municipal, cuja relevância no sistema de influências da colônia foi marcante.

Expõe Victor Nunes Leal⁵ que no período colonial predominou a insuficiência do Poder Público, incapaz de exercer com plenitude suas funções, ocorrendo a freqüente submissão da Metrópole à arrogância dos senhores rurais. Assim, também em função do isolamento e da autonomia das povoações, não ocorre nos séculos XVI e XVII a aceitação pacífica e colaboração dos Municípios com a administração central.

As Câmaras exerciam amplas atribuições, que se desenvolveram à margem das prescrições legais (as Ordenações) e, em inúmeras circunstâncias, contra elas. As ordens econômica e social da colônia se refletiam nas instituições, sendo difícil conter a manifestação do poder privado numa estrutura cuja unidade fundamental era o latifúndio monocultor e escravocrata.

A reação da Coroa só se manifestou de modo efetivo na segunda metade do século XVII, depois de abalado o domínio espanhol e expulsos os ingleses. Nessa época ocorreu a descoberta e exploração das minas. A partir do incremento do comércio lusitano e o aumento das populações urbanas concentrava a Metrópole maior poder para desempenhar, em terras brasileiras, parte do papel que constantemente deixava a cargo da nobreza rural.

Desdobra-se o processo de limitação das atribuições municipais, efetivado por meio do melhor aparelhamento e incentivo aos agentes na colônia, sobretudo os Juizes-de-Fora, Ouvidores e Governadores. No período compreendido entre a vinda da Corte, em 1808, e a Constituição de 1824, acelerou-se substancialmente o processo de fortalecimento do Poder Público pela

estruturação dos aparelhos judiciário e policial. Entretanto, a organização do poder exerceu pouca influência no interior do País, onde a pulverização e diferenciação do poder real e efetivo conservou-se sedimentada por três séculos de vida colonial.

A Constituição de 1824 estabeleceu o Império do Brasil como nação livre e independente, monarquia hereditária, constitucional e representativa, e dividiu o território do Império em Províncias, que foram formadas a partir das Capitânicas Hereditárias então existentes.

Com a centralização monárquica houve a diminuição das atribuições municipais. As Províncias foram subordinadas ao poder central, mediante a nomeação, pelo Imperador, de seu Presidente e Chefe de Polícia com atribuições policiais e jurisdicionais. Enfatize-se que o poder central não se limitava a agir por meio desses órgãos locais, influenciando diretamente sobre a administração local: anulava eleições municipais, reintegrava funcionários demitidos pela Câmara etc.

Lutaram os liberais durante quase sessenta anos contra essa estrutura centralizadora que vedava as autonomias regionais. Ademais, as idéias descentralizadoras, republicana e federalista, apareceram desde cedo na história político-constitucional do Império, o que causou rebeliões como a Balaiada e a Cabanagem.

Observa-se, portanto, que a organização municipal (o poder local) surgiu nos primórdios da colonização para suprir as necessidades metropolitanas de povoamento, defesa e exploração da terra, tributação e arrecadação fazendária, mas adquiriu força e autonomia gerando atritos com as propostas de centralização. Não obstante a história do federalismo remontar à Constituição Republicana de 1891, desde a colônia houve o convívio do centralismo com o poder local, manifestando-se no período imperial em correntes defensoras da descentralização.

2.3 Da adoção do modelo clássico pela Constituição de 1891

Nosso federalismo formou-se por segregação, desenvolvendo-se a partir do poder central, diferentemente das federações tidas como genuínas. A configuração dada ao País pela Constituição de 1891 não alterou profundamente a estrutura do poder local. Assim, a divisão brasileira não teve feições de um empreendimento racional, pelo contrário, aproveitou-se muito do que se apresentava na realidade.

A Constituição de 1891 transformou as Províncias em Estados sem a preocupação em proceder a um arranjo que mitificasse as disparidades econômicas regionais. Instituiu, outrossim, a mencionada constituição, a terceira esfera de competência exclusiva: o Município, inaugurando a tríplex estrutura do nosso federalismo.

Com a implantação da República acentuam-se os conflitos norte-sul e um quadro de dependência financeira dos Estados e Municípios em relação à União. A

Constituição de 1891 adotou as características do federalismo clássico norte-americano, estabelecendo um modelo estático de repartição de receitas, especificando os tributos da União, os do Estado, e a competência residual para ambos.

O poder tributário dos Municípios era inteiramente derivado do estadual, devendo ser exercido dentro dos limites estabelecidos na Constituição e em leis estaduais. Na prática, a distribuição dos rendimentos originários da arrecadação de tributos era desigual, estando a União na posse da maior parcela, em prejuízo dos Estados-membros que, por insuficiência de recursos, apresentavam déficits crônicos em seu balanço. Diante de tal situação, pleiteavam os Estados federativos empréstimos para equilibrar suas finanças debilitadas ou interferiam na esfera tributária privativa dos Municípios.

Pode-se verificar que apesar da previsão de mecanismos de fortalecimento dos poderes regionais e locais, mediante aumento de atribuições dos entes, a supremacia da União foi mantida. Ocorria uma subordinação fática do poder local em função do regional e a dependência dos Estados com relação à União.

Houve por parte dos federalistas a preocupação no acréscimo das competências materiais estaduais. Entretanto, negligenciou-se o aspecto de equilíbrio das atribuições com as receitas, o que redundou no endividamento dos Estados. Acrescenta Dalmo de Abreu Dallari⁶ que a dependência financeira gerou, imediatamente, a dependência política, atingindo nosso federalismo desde os primórdios da República em seu ponto nuclear.

O desenvolvimento industrial, o crescimento das cidades e a formação de um proletariado qualificado nas localidades de maior concentração de imigrantes foram fatores que conduziram ao acirramento das disparidades regionais.

2.4 Da progressiva centralização de receitas

A reforma de 1926 à Constituição de 1891 padronizou a estrutura dos governos estaduais e ampliou algumas das competências materiais da União. A Revolução centralizadora de 1930 veio a encontrar a União na posse pacífica de 60% das arrecadações⁷.

A Constituição de 1934 é apontada por Fernanda Dias Menezes de Almeida⁸ como a responsável pela modificação do federalismo dual (clássico) em cooperativo. Havia um forte apelo dos Estados mais pobres que não conseguiam prover suas necessidades sem o concurso da União. O art. 13 da mencionada constituição previu a autonomia dos Municípios, com a eletividade do governo, a decretação de seus tributos, a aplicação de suas rendas e a organização dos serviços de sua competência.

Por outro lado, o reconhecimento de um campo de autonomia própria dos Municípios, aliado ao acréscimo de competências da União, reverteu na restrição

das competências estaduais. No concernente à partilha de rendas, foram previstos tributos privativos de cada ente federativo (incluindo os Municípios) e a competência concorrente da União e dos Estados para instituírem outros impostos, vedada a bitributação e com prevalência dos tributos da União.

Na esfera de competências concorrentes, a arrecadação cabia aos Estados que deveriam entregar percentuais do produto arrecadado à União e aos Municípios. O imposto estadual das indústrias e profissões deveria ser partilhado com os Municípios. Com o regime ditatorial de Getúlio Vargas a tendência foi a de acirramento do intervencionismo federal, a carta outorgada de 1937 praticamente manteve as regras de competência tributária e a técnica de competência remanescente dos Estados, sendo um modelo de caráter mais centralizador.

Note-se, porém, que “a duração fugaz da Constituição de 1934 e a circunstância sobejamente conhecida de não ter sido efetivamente aplicada a Constituição de 1937 impediram a produção de resultados que permitiriam melhor sopesar o valor dos dois documentos na prática constitucional”⁹.

2.5 A Constituição de 1946 e a inauguração de um modelo de interdependência financeira

Com a Constituição de 1946 houve o reconhecimento formal da autonomia dos Municípios, sendo assegurada a eleição de seus governadores e a administração de tudo o que fosse concernente ao seu peculiar interesse (art. 28). O art. 29 da Carta previu a participação dos Municípios na arrecadação da União e na do Estado.

Como corolário do processo de centralização que vinha sendo efetivado desde a década de 30, ocorre a valorização do planejamento. As tentativas de coordenar e planejar a economia brasileira começaram na década de 40, mas apenas em 1956, com Juscelino Kubitschek, o planejamento atinge o patamar de ponto de partida para a solução dos problemas brasileiros.

Inicia-se um forte movimento de combate às disparidades regionais pelo desenvolvimentismo. Tal ocorreu mediante a desconcentração e criação de uma série de órgãos especializados, tais como o Departamento Nacional do Obras Contra as Secas – DNOCS, a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – Sudene (destinada a promover o planejamento e a expansão industrial do Nordeste) etc.

Com a Emenda 18/65, e na Constituição de 1967, o expediente largamente utilizado no Canadá (*shared revenues*) obteve acolhida. A Emenda manteve a técnica de discriminação de tributos próprios dos diversos entes federativos, suprimindo a possibilidade de criação de novos tributos e aumentando a distribuição oriunda da tributação única. A distribuição da receita tributária foi sistematizada, com a formação mais amplas dos

Fundos de Participação dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Identifica-se o auge da centralização no sistema constitucional de 1967 e da emenda 1/69. Foram conferidas amplas competências à União (art. 8º da CF/67), deixando-se muito pouco aos Estados. Além disso, observa Dalmo de Abreu Dallari, “o item XVII do art. 8º, cuja redação foi modificada pelo texto de 1969, favorecendo ainda mais o poder federal, estabelece matérias sobre as quais cabe à União legislar, atingindo praticamente todo o sistema jurídico brasileiro”¹⁰.

Além da crescente centralização de rendas na União, relata Raul Machado Horta¹¹ que, houve uma contribuição na redução dos desníveis de renda regional e de renda local, especialmente nas áreas mais carentes. A década de 70 também acirrou o processo de centralização, acompanhada de movimentos de desconcentração administrativa. Os órgãos federais foram ganhando uma relativa autonomia em face da União.

No final dos anos 70, foram promulgadas emendas constitucionais de cunho descentralizante, resultando no aumento de transferências federais a Estados e Municípios, uma vez que houve a combinação de interesses contrários ao traço centralizador da Constituição de 1967. No entanto, o movimento em prol da descentralização teve o seu ápice na Assembléia Nacional Constituinte de 1988.

3. Da configuração atual

A Constituição de 1988 adotou a sistemática preconizada pelo federalismo cooperativo, em que o Estado Democrático de Direito, permeado pelos compromissos com o bem-estar social, deve buscar a isonomia material pela erradicação das grandes desigualdades sociais e econômicas, entre pessoas, grupos e regiões.

Foi enfatizada a distribuição de receitas pelo produto arrecadado e ampliou-se a participação de Estados e Municípios na renda tributária, a partir da mudança dos percentuais e fortalecimento da descentralização financeira. Na realidade, a autonomia definitivamente cedeu lugar ao princípio cooperativo a partir do momento em que se permitiu que as competências materiais de determinado ente federativo fossem implementadas pela aplicação de recursos provenientes de outros entes. As regras básicas que instituem os critérios acerca da repartição de receitas provenientes da arrecadação de tributos entre os entes federativos encontram-se, em sua maior parte, expostas nos arts. 157 a 162 da CF.

Muitos Municípios foram beneficiados com o sistema de repasses aliado à competência para o implemento de assuntos de interesse local. Os Estados, não tão favorecidos pelo sistema, tiveram também de repassar parte das verbas arrecadadas, acabando por não implementar a contento o mecanismo de competências comuns.

Observa-se, assim, que já no início da implanta-

ção do novo sistema constitucional de repasses houve uma diminuição da receita disponível da União, um acréscimo das rendas dos Municípios, e a situação dos Estados não se alterou substancialmente.

Expõe Fernanda Dias Menezes de Almeida¹² que não obstante apregoarem os constituintes o propósito de promover a descentralização dos poderes, na prática houve a ampliação das competências federais. O modelo adotado de repartição de competências segue o federalismo moderno, de integração, pois foram fortalecidas as competências da União e fixadas competências comuns, desenvolvidas em esforço cooperativo (sem hierarquias) por todos os entes federados.

Quanto às competências tributárias¹³ vigora em nosso sistema o regime das competências privativas, tanto para os impostos como para os demais tributos. *Grosso modo* pode-se afirmar que os impostos mais rentáveis, ou os eminentemente fiscais, na terminologia adotada pelos tributaristas, são os da União, além de competir ao ente central a competência residual. No entanto, o mecanismo de repasses a que se sujeita a União, aliado à ausência de uma efetiva descentralização das atribuições materiais, não a deixam numa posição tão cômoda.

Também foram enfatizados os fundos de participação, reservas afetadas à realização de determinado fim, que permitiram a distribuição da arrecadação federal, como os Fundos de Participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios. No aspecto de superação das disparidades regionais destacam-se os Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, cujos beneficiários são produtores e empresas, pessoas físicas e jurídicas, além de cooperativas de produção que desenvolvem atividades nos setores agropecuários, mineral, industrial e agro-industrial dessas regiões (art. 4º da Lei nº 7.827/89).

4. Questionamento da abordagem neoliberal quanto à reforma fiscal

A distribuição de receitas entre os entes federados tem uma nítida função de reduzir as disparidades regionais e aumentar a capacidade econômica dos Estados e Municípios mais pobres. É evidente que o acirramento da ideologia neoliberal influirá no questionamento da eficácia de tais mecanismos. Tal influência é de longe sentida pela advertência de que a descentralização não planejada pode propiciar a criação de entes políticos deficientes, prejudicando, em muitos casos, a “eficiência” dos que já existem.

Muitos estados do Nordeste dependem das transferências que lhes são feitas, ou seja, são estados que não têm condições de sobrevivência autônoma. Entretanto, já se fala que eles gastam quantidades imensas com a “burocracia” e o “funcionalismo” (e ambas as expressões são geralmente empregadas com um significado pejorativo, muito próximo ao que vulgarmente se denomina por “parasitismo”).

Porém, será que há tanta má-fé por parte desses estados em penúria? Será que o funcionalismo não desempenha um papel relevante na implementação das políticas sociais? Se há distorções na aplicação dos recursos, como se denuncia por vezes na mídia, seria melhor acabar com o repasse (como se defende...) em vez de acirrar a fiscalização do emprego correto da verba, certificando-se de que ela está cumprindo a finalidade para a qual foi criada? Não seria uma contradição defender a melhoria da distribuição da renda no País, querendo que cada ente federativo seja responsável por seu “próprio quintal”?

Advirta-se que o problema do desenvolvimento regional terá sempre repercussões holísticas, pois as populações dos Estados e Municípios menos desenvolvidos tendem a migrar para os mais prósperos, havendo nestes um acréscimo na demanda por serviços referentes à habitação, à educação, ao saneamento etc.

Essas indagações apenas demonstram que antes mesmo de se analisar qualquer dado acerca da auto-suficiência (ou, na terminologia neoliberal, “viabilidade”, “possibilidade”) dos entes federativos, é necessário que se pondere sobre os valores que se quer amparar. É evidente que a ideologia neoliberal apregoa um menor grau de intervencionismo, ou melhor, um grau diferenciado de intervencionismo, que conduza à independência de mercado, mas qual seria o seu nível de preocupação com objetivo constitucional de erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais?

5. Considerações finais

O Brasil é um país de grandes disparidades regionais. Essa realidade remonta aos primórdios da formação do Estado federal, antes mesmo da instituição do federalismo no País... O desenvolvimento do federalismo brasileiro foi um processo político que partiu de um governo central, sem a mínima preocupação no sentido de superação das diferenças econômicas existentes. Nosso processo foi diferenciado das federações tidas como genuínas, que surgiram da vontade de união convergente dos Estados. Na realidade, a Constituição de 1891 não alterou a dinâmica do poder local, aproveitando muito das estruturas que se apresentavam.

A partir de 1930 inicia-se um processo de acirramento da centralização do poder e das receitas. Note-se que, conforme expõe Helenilson Cunha Pontes¹⁴, historicamente, as idéias de centralização e descentralização são com frequência analisadas da perspectiva antagonista (maniqueísta), isto é, associa-se ora esta, ora aquela, a algum valor (democracia, liberdade) e a outra é colocada no polo oposto.

O autor menciona o caso francês em que os liberais que lutavam contra o Estado Absoluto enxergavam na centralização uma prática antidemocrática; porém, posteriormente, para os jacobinos, a descentralização é que foi reputada prática antitética à noção de democracia.

No caso brasileiro, independentemente da simplificação que possa envolver a formulação de qualquer juízo sobre o assunto, pode-se observar que o federalismo fundamentou-se mais na prática dos que detinham ou trocavam o poder do que propriamente na defesa de uma idéia que maximizaria o funcionamento do Estado, em harmonia com certos valores adotados.

Do ponto de vista normativo, são exemplos paradigmáticos da mudança do modelo de federalismo dual para o cooperativo: as emendas de 1926 à Constituição de 1891; a Constituição de 1934; a Constituição de 1946; a Emenda 18/65 e a implementação dos fundos de combate às disparidades regionais. O auge do processo de centralização ocorreu no sistema constitucional de 1967 e na Emenda 1/69.

No final da década de 70 foram promulgadas emendas constitucionais de cunho descentralizante. Os constituintes de 1988 buscaram criar mecanismos de descentralização de encargos, consubstanciados nas competências concorrentes e na implementação do sistema de repasse de receitas.

A Constituição de 1988 continuou a adotar o modelo federal cooperativo (utilizado desde a década de 30) com a interdependência na atribuições de competências e na distribuição das receitas. Assim, enquanto permanecerem os princípios do federalismo cooperativo haverá a necessidade não apenas do repasse de verbas, mas também da implementação de mecanismos de desenvolvimento das regiões mais pobres.

Quanto à questão de sustentar-se Estados e Municípios “economicamente inviáveis”, trata-se da própria (e tão rara...) manifestação do princípio da igualdade de material. Não se deveria vislumbrar tanta má-fé por parte dessas localidades em penúria; mas, em muitos casos, apenas a dificuldade involuntária em subsistir.

A doutrina neoliberal acaba por influir na concepção que se tem da tarefa de distribuição de riquezas e da promoção do desenvolvimento de Estados e Municípios mais pobres, intimidando o objetivo de superação das disparidades econômicas. Contudo essa influência é barrada por uma dinâmica de poder que se arrasta desde os primórdios da federação.

É o que relata o diagnóstico acerca da descentralização apresentado no texto de Helenilson de Cunha Pontes: “Nem o Presidente da República nem os ministros a desejam, porque acreditam que isto provocaria perda de poder político. Os Estados e Municípios querem receitas mas não querem encargos. O Congresso também não quer a descentralização, pois os deputados e senadores necessitam das transferências como forma de obter votos e apoio nas suas campanhas eleitorais. As corporações de funcionários não querem a descentralização, pois a centralização, supostamente, aumenta seu poder de reivindicação”¹⁵.

Assim, questiona-se: até que ponto os influxos

da mentalidade neoliberal conseguirão romper a estrutura de poder que vem se arrastando desde os primórdios da federação, uma vez que o modelo de repartição de rendas está intrinsecamente relacionado com a elegibilidade ou não dos representantes populares?

Esse quadro conduz a uma perplexidade valorativa: a doutrina neoliberal seria uma potencial destruidora dos mecanismos de distribuição de rendas; entretanto, seu potencial destrutivo acaba sendo barrado justamente por instâncias de poder menos interessadas no desenvolvimento de um projeto racional de organização do país do que em sua continuidade no poder.

Não se pretende aqui menosprezar a capacidade de mudanças qualitativas do povo brasileiro, vinculando-o a seus pressupostos históricos; apenas se quer ressaltar que nem sempre os modelos importados encontram no Brasil a estrutura sócio-econômica correspondente.

Por fim, ressalte-se que a influência neoliberal, ocultada em meio a neologismos e gráficos, pretende trabalhar o “possível”, deixando de lado o “desejável”, como se fossem conceitos antagônicos; entretanto, no mais das vezes, curvando-nos diante do “possível” por ela apresentado, estaremos certamente nos direcionando rumo ao “indesejável”.

¹ Conforme expõe Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, no texto A ideologia neoliberal e a globalização econômica. In *Boletim dos Procuradores da República*, ano 6, n. 44, p. 22, dez. 2001.

² PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 307.

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Novos polos administrativos afetando a federação brasileira. As Tendências do Direito Público. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 70.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. p. 68.

⁵ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1993. p. 252.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. p. 69.

⁷ Conforme relata Aliomar Balleiro. In *Uma Introdução às Finanças Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 227.

⁸ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 10.

⁹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Op. cit. p. 61.

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. p. 75.

¹¹ HORTA, Raul Machado. A reconstrução do federalismo brasileiro. In *RDP* 64/26.

¹² Idem, p. 137.

¹³ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 220.

¹⁴ PONTES, Helenilson de Cunha. Federalismo e Descentralização de Encargos e Receitas. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito da UFPA*, v.1, n.4, jul./set. 1997. p. 93.

¹⁵ Idem. *ibidem*. Observações feitas por José Serra sobre a descentralização.

O INÍCIO DA EXECUÇÃO E A CONSUMAÇÃO NOS CRIMES DE PESCA PREDATÓRIA - ANÁLISE DO ART. 36, DA LEI 9.605/98

Paulo de Tarso Garcia Astolpho
PRM/Araçatuba-SP

Sustentou-se, neste Boletim (nº 43, novembro de 2001, págs. 12/14), que os tipos penais dos arts. 34 e 35, da Lei nº 9.605, de 12.2.1998, seriam espécie de crime material, consumando-se apenas com a efetiva extração, retirada, coleta, apanha ou captura de espécime da fauna ictiológica, não bastando atos “*tendentes*” a tal fim, nada obstante o disposto no art. 36, da referida lei.

Dessa forma, pode-se concluir ser atípica, não mesmo se caracterizando como tentativa, situação em que policiais abordassem um pescador quando estivesse arrumado o anzol na linha, antes que fosse jogado ao rio, mormente em não havendo apreensão de pescados.

Data venia, o fato é típico, como se evidenciará – rearguindo-se, também, o argumento que sustenta ser inconstitucional o preceptivo do art. 36, da Lei 9.605/98, por afrontar a regra do art. 225, § 3º, da Constituição da República de 1988, que permitiria apenas a tipificação de crimes materiais contra o meio ambiente, ao exigir *lesividade* na conduta (“*As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*” – g.n.).

De início, convém frisar que, malgrado eventualmente não haja apreensão de peixes, é possível a existência de flagrante presumido.

De fato, na hipótese aventada, os policiais poderiam esclarecer que, pelo estado em que encontraram os petrechos de pesca, ou por qualquer outro elemento indiciário de prova, inclusive o comportamental, a pesca podia ter sido frutífera. A ausência de pescados em nada influiria nesta versão, porque eles podem ter sido soltos, escondidos ou abandonados.

A propósito, é comum sejam os pescados mantidos em “gaiolas” dentro d’água, no curso do rio, para evitar que morram prematuramente por falta de oxigenação. E tais “gaiolas” podem ter sido soltas ou abandonadas quando os policiais foram avistados, o que eles inclusive podem ter intuído do comportamento do pescador ou de seus acompanhantes.

Nesse caso, como se vê, o flagrante seria PRESUMIDO (CPP, art. 302, IV), embora o resultado material da conduta (corpo de delito eventual) tenha desaparecido.

Admita-se, porém, que os policiais, além de sua intuição, nada mais afirmem para comprová-lo. Neste caso, a conduta seria atípica?

Não, pois os atos citados caracterizam *tentativa* (art. 14, II, do Cód. Penal).

De fato, o início da execução da conduta de pescar, na hipótese aventada, se dá com a *arrumação o anzol na linha*, à beira do rio, mesmo que ainda não tenha sido lançado às águas. *Prepara* a conduta quem adquire o caniço, acondiciona-o em local adequado, e se dirige ao rio. Neste caso, o resultado – pesca, ato *tendente* à retirada de espécime da fauna ictiológica

do meio aquático (art. 36, da Lei 9.605/98, que aprimora a definição já encontrada no art. 1º do Decreto-Lei nº 221, de 28.2.1967) – *ainda não está ao alcance do agente*, pois ele não tem como lançar o anzol ao rio, se está na loja, em casa ou na estrada, ainda longe da corrente.

Mas, quem está à beira do rio, arrumando o anzol, já tem o resultado da conduta – o ato tendente à apanha o espécime – ao seu alcance: basta lançar o anzol na água. O crime já é possível (art. 17, do CP). Ademais, ninguém arruma o anzol à beira de um rio piscoso por simples deleite ou falta do que fazer; certamente, vai pescar. Sua situação é equivalente à do homicida com a mão sobre o copo, quase a despejar o veneno na água que a vítima vai beber – sua intenção não é equívoca, é unívoca (Jutacrim, 64:256).

No ponto, o critério *compositivo* de reconhecimento da tentativa cai como luva. Alberto Silva Franco o define como a composição do critério objetivo, concernente à “*penetração do núcleo do tipo*”, propugnado por Frederico Marques e Jiménez de Asúa, e o critério subjetivo, que dá ênfase à resolução do autor; citando Baumann, conclui: “*existe começo de execução nas ações do autor que, uma vez conhecido seu plano, aparecem, segundo a concepção natural, como partes integrantes do comportamento típico*” (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 5ª ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1995, págs. 152/153).

Assim, *objetivamente*, quem está à beira de um rio, na posse de petrechos de pesca, penetrou o núcleo da conduta típica, por já ter ao alcance o seu resultado; e, *subjetivamente*, o manuseio de caniço, linha e anzol faz *emergir* sua intenção, segundo a concepção natural do que seja o início de uma pescaria.

Aplicando tal critério, em caso análogo, encontra-se o seguinte v. acórdão, de cujo corpo destacam-se os seguintes excertos:

FURTO QUALIFICADO - TENTATIVA - ROMPIMENTO DE OBSTÁCULOS - Se o agente tencionava praticar furto, mediante rompimento de obstáculo à subtração, ao começar o rompimento desse obstáculo, estará realizando a ação imediatamente anterior à subtração propriamente dita e, por isso, segundo o seu plano de conduta individual para o crime, já terá iniciado a sua execução. Apenas se deve exigir dos atos imediatamente anteriores que sejam inequivocamente demonstrativos dessa intenção criminosa (TACRIM - 4ª Câm.; Ap. nº 1.133.219/1-Amparo-SP; Rel. Juiz Figueiredo Gonçalves; j. 04.05.1999; v.u.; in Bol. Aasp, 2130:1174; www.aasp.org.br).

(...)

A respeitável decisão recorrida entendeu que o início

do arrombamento da janela não se constituiria em real ataque ao bem jurídico protegido. Assim, seria mera preparação do delito e, como ato preparatório, impunível.

Parece adotar a digna e culta sentenciante a teoria formal objetiva, entendendo que, somente pela prática dos atos que principiem a atividade descrita no núcleo do tipo penal, iniciar-se-iam os atos de execução do crime. Assim, somente o início de apoderamento da coisa constituiria em começo de subtração, podendo caracterizar a tentativa.

Inequivocamente, tais atos já se evidenciam como executórios do crime, contudo, essa teoria é por demais restrita para abranger todas as situações em que há começo de execução, ainda que não se tenham iniciado os atos da conduta descrita no elemento nuclear do tipo penal.

Maurach, citado por *Zaffaroni e Pierangelli* ("Da Tentativa", 3ª ed. RT, p. 49), sustenta que:

"a evidente insuficiência do critério formal objetivo surgiu e em face da clara idéia de que o legislador quis abarcar na sua proibição também atos que são imediatamente anteriores à realização da mesma conduta típica, pois, do contrário, deixaria o bem jurídico desprotegido em frente a condutas que constituem verdadeiras ofensas, por seu caráter ameaçador - o que as torna temíveis - e que o perturbam, podendo, inclusive, ofendê-lo eventualmente, através do perigo".

Por isso, a teoria formal objetiva passou por refinamentos doutrinários, até se chegar ao que se denomina de critério objetivo individual, sustentado por *Welzel* na seguinte fórmula:

"a tentativa começa com aquela atividade com que o autor, de conformidade com seu plano de delito, se esmera de maneira imediata à realização do tipo de delito".

Tal fórmula, aliás, foi expressamente consagrada no parágrafo 22 do vigente Código Penal alemão, que dispõe: "Intenta um fato penal aquele que, conforme sua representação do fato, se esmera imediatamente à realização do tipo".

Assim, há que se distinguir no furto o plano do autor. Se pretende subtrair algo que se encontra fora de casa, livre de obstáculos, somente inicia a subtração quando tenta apanhá-lo, iniciando o gesto de retirar, de afastar, de pegar a coisa para si. Se o plano é furtar bens do interior de uma residência, ao tentar invadi-la inicia a execução, põe em perigo o patrimônio nela guardado, bem jurídico tutelado pela lei penal. E isso independentemente dos gestos finais de pegar ou tentar apanhar os objetos visados.

O eminente juiz Renato Talli, que honrou este Tribunal, dispôs em acórdão de sua lavra: "Sempre que o inculpado põe a mão sobre objetos que quer subtrair, existe tentativa, porque a subtração está começada, mas o começo da execução pode existir quando ainda não há subtração. O que o artigo que trata da matéria requer é que o agente tenha começado não o crime mesmo, mas a execução deste, o que não é sempre a mesma coisa. O que se deve perquirir é se os atos tendem à subtração da coisa, se a intenção do agente é apossar-se desta, intento não realizado pela interferência de circunstâncias alheias à sua vontade" (JUTACRIM 69/479).

O artigo 14, II, do Código Penal, conceitua tentativa quando "iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente". Menciona início de execução e não início de realização da conduta típica. Esta se incluirá naquela, porém a tentativa

ocorrerá sempre que iniciada a execução do delito, consoante o plano de realização do agente, ainda que não iniciada a ação descrita no núcleo tipificador da conduta.

Assim, se o agente tencionava praticar furto, mediante rompimento de obstáculo à subtração, ao começar o rompimento desse obstáculo, estará realizando a ação imediatamente anterior à subtração propriamente dita e, por isso, segundo o seu plano de conduta individual para o crime, já terá iniciado a sua execução.

Apenas se deve exigir dos atos imediatamente anteriores, que sejam inequivocamente demonstrativos dessa intenção criminosa. Assim, o simples quebrar do vidro de uma janela, pode caracterizar dano e não tentativa de furto. Contudo, a instalação de objetos de arrombamento na porta da casa, tais como uma talhadeira ou um "pé-de-cabra", inequivocamente revelam o objetivo que é romper o obstáculo à subtração, maneira adotada pelo agente para a prática do furto, naquela situação. Da mesma forma se o agente procura retirar os parafusos da grade protetora da janela. Não quer simplesmente danificada. Fosse essa a intenção e procuraria, sem maiores cuidados, quebrar-lhe a estrutura, entortar-lhe as grades ou realizar atos de vandalismo semelhante. A retirada da grade revela propósito diverso, de ingressar no imóvel, pelo que esse ato era necessário para permitir a passagem do corpo do agente pelo local, como era seu plano de conduta na execução do crime.

Daí ser inequívoco, na hipótese dos autos, se estivesse diante de tentativa de furto e não meros atos preparatórios, ainda impuníveis, ou de simples crime de dano. (...)

Pois bem, mas, afinal, quando se consuma a pesca?

A argumentação expendida, como se percebe, implica necessariamente reconhecer a consumação do ato de pesca com o simples lançamento, na água, do anzol, ou da rede, ou de qualquer outro petrecho apto à apanha, captura ou morte dos espécimes da fauna ictiológica.

É que tal lançamento já consubstancia ato tendente à apanha, que por sua vez consuma (= é o resultado) do ilícito, nos termos do art. 36, da Lei 9.605. A retirada do espécime, pela lei, caracteriza exaurimento do crime.

O pescador pode desistir e retirar o anzol da água antes de qualquer físga. Como poderia fazê-lo antes de lançá-lo. E como poderia fazê-lo ao arrumar o anzol. Nestes casos todos, estará desistindo eficazmente da execução do delito, impedindo que o resultado se produza (art. 15, do CP); por isso, início de execução houve.

O exímio pescador que permaneceu horas e horas com o caniço em riste e nada físgou, certamente envolveu-se com uma casualidade qualquer - mas já periclitou a vida aquática. E a prevenção é essencial nas condutas lesivas ao meio ambiente, inclusive pelo caráter fictício da reparação do dano respectivo.

Se somente a físga do espécime caracterizasse o início da execução do delito, ter-se-ia que admitir não esteja em flagrante quem se encontre em alto rio, em um barco, com caniço e anzol n'água. Portanto, contra tal pessoa nada se poderia fazer, malgrado o senso comum indique que esteja pescando!

Da mesma forma, uma rede estendida por toda a largura do rio também não seria um ato de pesca, e, se os policiais florestais arriscassem sua retirada, e nenhum peixe encontrassem, poderiam responder pelo abuso!

Será que somente com a físga do peixe, e sua luta lancinante pela vida, se poderia dizer iniciada a execução da pesca?

Será realmente necessário esperar, para caracterização

da tentativa, que o espécime tente se desvencilhar, desesperadamente, do petrecho apto a apanhá-lo, quando se machuca, muitas vezes mortalmente, com a isca, ou com os fios cortantes da rede em que se emaranhou?

Não seria lícito evitar tal dano ao meio ambiente, impedindo a própria apanha, cujas seqüelas muitas vezes são irremediáveis?

Teria realmente a Constituição determinado, no art. 225, § 3º, seja tal situação apenas *remediada*, **vedando** sua *prevenção*?

Seria jurídico aplicar a essa norma o argumento *a contrario sensu*, já por si perigoso¹, para impedir, preempatoriamente, toda tipificação penal preventiva da lesão ao meio ambiente, diante de resultados tão nefastos?

Será que a proteção da fauna e da flora, "*vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica...ou submetam os animais a crueldade*" (Constituição, art. 225, § 1º, VII; g.n.) não respaldaria a definição do art. 36, da Lei 9605?

Será que o espírito de uma proteção **efetiva** (Constituição, art. 225, § 1º, *ab initio*) ao meio ambiente se satisfaz com a restituição dos pescados ao meio aquático, malgrado vivos, mas com a boca destrocada, ou com o corpo cortado?

Ou será que a vida, em si, do espécime, *não tem a menor importância*, podendo ele ser substituído por outro, como se se tratasse de *coisa fungível*? E quanto às suas eventuais crias?

Pode-se consagrar tamanha *insensibilidade*, ao arrepio do senso comum?

A lei foi sábia. Como já vinha fazendo antes, corporificou o *espírito* da Constituição. "*Melhor prevenir, do que remediar*", diz o ditado – e nem o constituinte pode revogá-lo; aliás, seguiu-o. O ecossistema não fica em compasso de espera, aguardando a reposição das coisas no estado em que se encontravam. O constituinte sabia disso e não se pode presumir tenha querido alterar a natureza... da própria natureza. Na realidade, a indenização do dano ambiental nunca é completa, sendo tão **ficta**, em sua completude, quanto a indenização pelo dano moral (art. 5º, V e X, da Carta) – mas, antes alguma coisa do que nada. Mais vale o dever de reparar do que o resultado.

Se a Constituição determinasse que todos os ilícitos ambientais fossem de resultado, proibindo a tipificação preventiva somente por prever a indenização do dano – sendo, portanto, inconstitucional a tipificação (entre muitas outras) do art. 54, *caput*, 2ª parte, da Lei 9.605² –, seria o caso de indagar: como se faria a indenização de uma prática poluidora que acarrete uma doença *incurável* no ser humano? Pelo tratamento da doença terminal às custas do Estado? Pela indenização do funeral e pensionamento dos familiares?

Não é razoável. O que diferencia o homem dos animais é, entre outras coisas, a capacidade de prever as conseqüências de seus atos, pelo raciocínio abstrato. E, portanto, de preveni-las, quando indesejáveis. A Constituição certamente não o negaria.

Contra qualquer outra exegese da Carta Fundamental, haveria ainda a *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*, proclamada em assembléia da Unesco, em Bruxelas, a 27 de janeiro de 1978, em que se propugna, *in verbis*:

Art. 1º. "Todos os animais...têm o mesmo direito à existência."

Art. 2º, "c": "Cada animal tem o direito à consideração, à cura e à proteção do homem."

Art. 3º, "a": "Nenhum animal será submetido a mau trato e atos cruéis."

Art. 4º, "a": "Cada animal que pertence a uma espécie selvagem tem o direito de viver livre no seu ambiente natural terrestre, aéreo ou aquático, e tem o direito de reproduzir-se." (gg. nn.)

Tais proposições de princípio – que, aliás, são imanentes ao homem, pois (também) o diferenciam dos animais –, não justificariam por si a prevenção do biocídio contra qualquer tipo de fauna? Se todos os animais têm direito à existência livre, à cura, à proteção, ao afastamento de atos cruéis, como admitir possa a fauna aquática ser restituída ao seu meio "despedaçada" ou "retalhada"?

A Constituição, prevendo a reparação do dano ambiental, não permitiu, por isso, sejam os animais tratados como *coisa*, *objeto*, ou *número* – muito embora, se o permitisse, pudesse se inspirar no "fino trato" deferido pelas ortodoxias econômicas ao próprio ser humano, hoje, aliás, criticadas inclusive por juízes.

Não haveria, ainda, termo de comparação com a conduta de quem, em tocaia, à espera do desafeto para alvejá-lo, não o consegue porque a vítima não aparece.

É que, se o desafeto não aparece, ao contrário do esperado, tal situação é símile à de um rio que *deveria ter peixes, e não tem* – o que não é o caso, via de regra.

De fato, na hipótese a tentativa de pesca caracteriza crime impossível, pela *absoluta impropriedade do objeto* (rio sem peixes); já a pesca em rio com peixes, ainda que não se *exaura* com a apanha efetiva, assemelha-se, no exemplo do homicídio, a alvejar a vítima e não conseguir sua morte, porque o tiro não a atingiu.

Além disso, a comparação peca por assemelhar condutas díspares: no homicídio doloso direto, o resultado é muito menos influenciado pela casualidade do que na pesca com caniço. Tal *modus* de execução do homicídio é melhor comparável com a pesca primitiva, "a pauladas", em que o resultado depende todo o tempo da "destreza" do pescador (= sua capacidade de acertar o alvo). A pesca com caniço, em que a isca é jogada para atrair o peixe, assemelha-se, no *modus*, no máximo ao homicídio doloso **eventual**, isto é, em que o agente, com a conduta, cria uma situação de risco para a vida, assumindo o pior resultado (= morte).

Sabe-se que, em determinados locais (e.g., a menos de mil metros de uma barragem), a piscosidade é maior. É região fértil, mais propícia à pesca *quantitativa* – e por isso mesmo preferida pelos predadores (humanos). Quem realmente quer se distrair (= age sem dolo), procura outro lugar; não se presume inocente quem lá se encontra.

Por todo o exposto, escorreita a definição do art. 36, da Lei 9.605, em consonância que está com a Constituição e a Declaração Universal dos Direitos dos Animais.

¹ CARLOS MAXIMILIANO, com proficiência, doutrina: "[o]...argumento *a contrario*, muito prestigioso outrora, malvisto hoje pela doutrina, pouco usado pela jurisprudência... Do fato de se mencionar uma hipótese não se deduz a exclusão de todas as outras. Pode-se aduzir com o intuito de demonstrar, esclarecer, a título de *exemplo*. Portanto o argumento oferece perigos, é difícil de manejar no terreno vasto do Direito comum. Ali caberia a parêmia oposta – *positio unius non est exclusio alterius*: "a especificação de uma hipótese não redunde em exclusão das demais". " (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 13ª edição. Rio de Janeiro:Forense, 1993, 296, pág. 243)

² *Verbis*: "Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou **possam resultar** em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa" (g.n.). Seguem-se ainda três parágrafos.

RESENHA

Por **Dyrceu Aguiar Cintra Júnior**

Juiz no Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo,
sócio fundador e ex-presidente da Associação Juizes para a Democracia.

JUSTIÇA & DEMOCRACIA - Revista de Informação e Debates. Publicação oficial da Associação Juizes para a Democracia (www.ajd.org.br). Número 4. São Paulo: Ateliê Editorial (www.atelie.com.br), 2001. 309 páginas.

Órgão oficial de divulgação da Associação Juizes para a Democracia, a revista *Justiça & Democracia*, cujo número 4 acaba de sair, procura criar um canal de comunicação entre juizes e sociedade.

Traz informações e artigos vinculados a uma visão moderna, libertária e humana da experiência jurídica, compromissada com a iluminação ética do Poder Judiciário, o aprimoramento valorativo da prestação jurisdicional e o maior acesso da população à justiça.

Como nos números anteriores, a revista é dividida em seis seções temáticas: *Entrevista, Judiciário, Doutrina, Jurisprudência sobre Direitos Humanos, Noticiário e Outro Espaço*.

A entrevista é com o professor Goffredo Telles Junior: um comovente depoimento de um dos mais importantes juristas brasileiros da atualidade, que viveu intensamente todo o breve século XX e muito colaborou, como político, professor da Faculdade de Direito da USP e filósofo, para o desenvolvimento do pensamento jurídico em nosso país.

Na parte relativa a Judiciário e juizes destacam-se artigos do ministro Celso de Mello (*Democratização do Poder Judiciário e Acesso à Justiça*) e do professor José Reinaldo de Lima Lopes (*Os Juizes e a realização dos Direitos Humanos: Alguns Problemas Teórico-Jurídicos e Político-Sociológicos em Países de Economia Periférica*).

A doutrina, subdividida em doutrina geral e doutrina jurídica, bem reflete a proposta interdisciplinar da publicação: há artigos integrantes do Judiciário, como o equatoriano Simón Valdiviesco Vintimilla (*Justiça Penal Equatoriana*), e de profissionais de outras áreas, como o diplomata brasileiro José Augusto Lindgren Alves (*A desumanização do humano*); artigos mais técnicos, como o do advogado e professor Clito Fornaciari Junior (*Da Necessária Releitura do Fenômeno da Suspeição*) e artigos sobre temas mais universais, abordando direitos humanos, ética, política, em que comparecem os professores Luiz Edson Fachin (*Ética Política e Jurídica: As Três Dimensões Contemporâneas do Exercício Profissional numa Universidade Pública*), Fábio Konder Comparato (*Sentido e Alcance do Processo Eleitoral no Regime Democrático*) e Flávia Piovesan (*Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização*), e o desembargador Aduino Suannes (*A Tutela Efetiva dos Direitos Humanos*), dentre outros.

Na seção de jurisprudência, além de um ementário de julgados abordando os direitos humanos em diversas áreas do conhecimento jurídico, organizado pelo juiz José Henrique Rodrigues Torres, a publicação traz acórdãos na íntegra, dois deles sobre a questão agrária.

A reforma do Judiciário mereceu destaque especial em texto que resume as propostas da **Juizes para a Democracia**, levadas à comissão especial da Câmara dos Deputados (*Esgotamento do Modelo do Poder Judiciário – Proposta de Mudança*), muitas delas, aproveitadas no projeto aprovado naquela Casa. Na mesma seção (*Noticiário*) há um trabalho do juiz Luís Fernando de Barros Vidal, apresentado em seminário internacional ocorrido em Porto Alegre (*Inquisitividade e Eficácia do Inquérito Policial*).

Um texto diferente de tudo fecha o volume, na seção *Outro Espaço*. Um poema especial, inédito, do jurista Pontes de Miranda, que demonstrou ter apreendido magistralmente o estado de dualidade da alma do compositor Franz Liszt, que na vida caminhou entre os prazeres mundanos e a extrema religiosidade.

Exemplo de que o jurista não pode se ater às fronteiras do Direito, porque exala cultura e sensibilidade, o poema, escrito por aquele que foi talvez o maior jurista brasileiro do século passado, calha bem com o espírito da publicação.