

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 410

(ano VII)

(03/08/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



03/08/2015 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Drogas Virtuais](#)

ARTIGOS

03/08/2015 Fabiano Saraiva Medeiros

» [A Lei n. 11.232/2005, suas implicações no processo civil e repercussões do Art.475-J](#)

03/08/2015 Ederson Couto da Rocha

» [Oferecimento de imóvel em cautelar de caução para fins de Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa \(CPD-EN\) e necessidade de avaliação oficial](#)

03/08/2015 Renato Saeger Magalhães Costa

» [O que é o fenômeno da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade?](#)

03/08/2015 Daniel Miranda Ribeiro

» [O Projeto de Lei 1.057/2007 e as diferentes concepções sobre o Infanticídio indígena](#)

03/08/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O Reconhecimento do Direito à Moradia Adequada como Direito Humano: Primeiros Comentários](#)

MONOGRAFIA

03/08/2015 Walyson Pinheiro Inácio

» [Solicitação e cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar: conflito de atribuição ou eficiência em benefício da coletividade](#)

DROGAS VIRTUAIS

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

O desenvolvimento do mundo virtual informático e sua união aos recursos das neurociências já vão proporcionando novidades no que diz respeito à possibilidade de acesso às alterações psíquicas e motoras provocadas pelas drogas convencionais legais e ilegais.

Já existe um programa denominado “iDoser” que é um simulador baseado em arquivos sonoros que se afirma a princípio não fazerem mal à saúde e oportunizarem ao usuário as sensações e percepções alteradas pelo emprego das mais diversas drogas. Tais arquivos sonoros podem ser adquiridos “online” ou através de “download”.

Os arquivos são capazes de simular os efeitos de narcóticos, entorpecentes, estimulantes, estimulantes sexuais, calmantes, antiansiolíticos etc., sem necessidade de que o usuário faça uso real de drogas. O efeito seria produzido por alterações na frequência em que o cérebro trabalha.

Alguns exemplos dessas drogas virtuais são o “White Crosses” que seria um estimulante, causador de sensações de euforia, verborragia e suposta “expansão intelectual”; o “Sleeping Angel” que produz sonolência e evita a insônia. ; o “Antisad”, que combate a ansiedade.

Ademais há simuladores para efeitos de todo tipo de drogas, tais como maconha (“QuickHappy”), cocaína, heroína, ópio etc.

É fato que vários usuários criticam o “iDoser”, classificando-o como mero placebo ou não sentindo qualquer efeito concreto. Mas, também há depoimentos de pessoas que sustentam a narrativa de que as doses obtidas produzem efeitos similares às drogas físicas com duração variável entre 30 e 50 minutos. Também há a opção para os chamados “Quick Hits” que são doses de curta duração entre 10 e 15 minutos.

Segundo instruções do próprio site os arquivos devem ser utilizados com fones de ouvido, ficando o usuário sozinho, de preferência antes de dormir e com iluminação indireta ou de baixa intensidade.

A questão é saber se a comercialização no Brasil desses arquivos pode ser abarcada pela Lei de Drogas (Lei 11.343/06).

A resposta nos parece claramente negativa, tendo em vista o Princípio da Legalidade, uma vez que em todos os tipos penais da Lei 11.343/06 se faz menção explícita a “drogas”, ou seja, substâncias concretas e não arquivos virtuais sonoros com capacidade de alteração do funcionamento cerebral. A aplicação dos dispositivos existentes no momento ao caso enfocado constituiria analogia “in mallam partem”, inviável na seara penal. Mesmo no caso do § 2º. do artigo 33 da Lei de Drogas que dispõe sobre a conduta de “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de drogas”, novamente a barreira vocabular se faz presente, eis que é expressa a menção às “drogas” e não a arquivos informáticos ou similares. Talvez, sob a égide da antiga Lei 6368/76 e seu artigo 12, § 2º., III pudesse haver alguma tipificação. Naquela época constituía crime “contribuir *de qualquer forma* para incentivar ou

difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”. Com essa redação, considerando a expressão “*de qualquer forma*”, talvez (e mesmo assim seria discutível) fosse viável alguma tipificação. A argumentação seria que a disponibilização dos arquivos poderia contribuir para o experimentador inicial e assim produzir, indiretamente, um incentivo tanto ao uso como ao comércio de drogas ilícitas. No entanto, a Lei 6368/76 foi expressa e totalmente revogada pelo artigo 75 da Lei 11.343/06, inclusive esse dispositivo específico que não encontra reprodução no atual diploma atinente à matéria das drogas.

Assim sendo, as chamadas “drogas virtuais” não encontram tipificação para a posse de dispositivos informáticos e nem mesmo para seu comércio no Brasil, constituindo fato atípico.

A LEI N. 11.232/2005, SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO CIVIL E REPERCUSSÕES DO ART.475-J

FABIANO SARAIVA MEDEIROS: Graduado em Direito pela PUC MG em 2006. Oficial de Justiça - TJMG 2005/2010 - Nível médio. Analista do MPMG 2010/? - Nível Superior. Atualmente se encontra na PJ com atribuições na Execução Penal e Infância e Juventude - Infracional, tendo passado pelas Pjs de Patrimônio Público, Infância e Juventude Cível, Meio Ambiente e Cível.

1 Evolução do Cumprimento da Sentença

Segundo Grinover (2007), em nosso sistema processual civil, poucos eram os casos de cumprimento da sentença condenatória independentemente de um processo de execução sem intervalo. A tradição romana da *actio iudicati*, recepcionada pelos sistemas continentais europeus, deixava pouco espaço para a aglutinação das fases de conhecimento e de execução no mesmo processo. Segundo a autora:

Isso ocorria, por exemplo, nas ações possessórias e na de despejo, ou ainda, no mandado de segurança, dando margem ao surgimento de uma classificação quádrupla das demandas que colocava ao lado da sentença condenatória, a executiva lato sensu e a mandamental, o que não significa que a sentença executiva lato sensu e a mandamental não sejam condenatórias, mas tenham um tipo diverso de

efetivação, ou seja, a ausência de um processo autônomo de execução. Tanto é assim que passou a chamar aquela que demandava execução ex intervallo de condenatória pura, para distingui-la das condenatórias sem processo de execução, ou seja, a executiva lato sensu e a mandamental. (GRINOVER, 2007, p.1)

Coube a Kazuo Watanabe a ampliação da categoria de sentenças condenatórias mandamentais, em que as atividades de conhecimento e execução se aglutinam no mesmo processo, quando sugeriu a redação do art. 11^[1] da Lei da Ação Civil Pública – n. 7.347 de 1985, sendo seguida mais tarde pelo Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078 de 1990 em seu art. 84^[2] (GRINOVER, 2007).

Do Código de Defesa do Consumidor, a disposição passou para o Código de Processo Civil, que, pela Lei n. 8.952 de 1994, adotou, no art. 461, a mesma técnica para as obrigações de fazer e não fazer.

Na mesma esteira, o art. 461-A do CPC, acrescentado pela Lei n. 10.444 de 2002, estendeu o cumprimento da sentença condenatória, sem necessidade de execução ex intervallo, às obrigações de entregar coisa certa, porém faltavam as obrigações de pagar, sendo suprida em 22 de dezembro de 2005, pela Lei n. 11.232.

2 O Cumprimento da Sentença na Lei n. 11.232 de 2005

Leciona Grinover (2007), que, decorrente de projeto de Athos Gusmão Carneiro, amplamente debatido no Instituto de Direito Processual e em seguida com a comunidade jurídica, a Lei n.

11.232/2005 traz profunda mudança em todo o direito processual brasileiro e em seus institutos.

A principal característica da lei, conhecida como cumprimento da sentença, consiste na eliminação da figura do processo autônomo de execução fundado na sentença civil condenatória ao pagamento de quantia certa, generalizando o disposto nos arts. 461 e 461-A do CPC, sendo a efetivação dos preceitos contidos em qualquer sentença civil condenatória, realizado em prosseguimento ao mesmo processo no qual esta for proferida.

O que antes se fazia através do exercício de uma ação executiva, agora se fará mediante um requerimento do credor (arts. 461, § 5º, e 475-J do CPC). “O obrigado não será citado, justamente porque não existe um novo processo, mas simplesmente intimado na pessoa de seu patrono para a liquidação ou do ato de penhora e avaliação.” (GRINOVER, 2007, p.3)

Segundo Cramer (2007), o que houve foi uma verdadeira revolução ideológica no Direito Processual Civil, uma revolução no entendimento do que deve ser um processo mais comprometido com as garantias constitucionais em com o direito material. Esse modelo, segundo o autor, passou a ser chamado de processo sincrético, ou seja, aquele processo que não apenas conjuga as atividades de conhecimento e execução, mas todas as questões referentes à relação jurídica de direito material deduzida em juízo, julgadas e executadas na mesma relação processual, sem ruptura procedimental.

A lei não prevê intimação da condenação líquida para efeito do depósito do art. 475-J, que isenta o devedor da multa de 10%, cabível no caso de haver impugnação, “mas em homenagem ao princípio da segurança jurídica, é provável que se chegue à conclusão de que a intimação é necessária: na pessoa do patrono, contudo em observância ao espírito utilitário da lei”, acrescenta Grinover (2007, p.4).

A nova lei denomina de cumprimento da sentença, em sentido genérico, as atividades destinadas à efetivação do preceito contido em qualquer sentença na qual se reconheça a existência de uma obrigação a ser cumprida pelo vencido. Quando se trata de dar cumprimento a uma obrigação de fazer ou não fazer ou de entregar coisa certa, a efetivação de faz mediante o cumprimento da sentença em sentido estrito, e quando se trata de obrigação de pagar mediante a execução, isso referente ao art. 475-I – execução por quantia certa contra devedor solvente. Assim, temos o cumprimento da sentença *stricto sensu* (obrigação específica) e a execução (obrigações de pagar), sendo que o conceito de execução não se estende ao cumprimento das obrigações específicas, o qual continua regido pelos arts. 461 e 461-A.

O resultado disso é que não haverá mais um processo de execução autônomo, fundado em sentença proferida no processo civil (art. 475-N, I). Leciona Grinover (2007) que quando a sentença reconhecer a existência de uma obrigação específica a ser cumprida pelo réu (obrigação de fazer, de não fazer, de entregar coisa certa), a efetivação do preceito se fará mediante as atividades qualificadas como cumprimento da sentença (*stricto sensu*); e, quando a obrigação for em

dinheiro, mediante a execução, tudo no mesmo processo aglutinado de cognição-efetivação (art. 475-I).

Resulta daí que a disciplina do processo de execução, contida no Livro II do CPC, só se aplicará quando o título executivo for extrajudicial, sendo que os preceitos do processo de execução se aplicam apenas em caráter subsidiário ao cumprimento da sentença, incluindo a execução por quantia (art. 475-R).

Em paralelo ao tema, leciona Cramer (2007) que não devemos reservar o termo “execução” tão-somente à atividade jurisdicional realizada no processo executivo, caracterizando a execução como a imposição de uma conduta contra a vontade da parte.

A partir desse conceito mais amplo de execução, é que para Cramer (2007, p.750), “[...] o cumprimento da sentença no prazo de 15 dias, sob pena de multa de 10%, deve ser considerado atividade executiva, e não um segmento processual anterior à atividade executiva, que só começaria a partir do requerimento de penhora.”

Haverá, no entanto, um processo autônomo de execução quando a sentença houver sido proferida fora do processo civil estatal (que pode ser a sentença penal condenatória, laudo arbitral ou sentença estrangeira homologada), isso porque o art. 475-N, parágrafo único, determina, para esses casos, que haja citação. A citação instaura o processo de execução, havendo aí ação executiva, sendo de entendimento de Grinover (2007) que o procedimento da execução será o previsto na Lei n. 11.232/2005.

3 *Tempus iudicati*

De acordo com o caput do novo art. 475-J do CPC, o devedor tem o prazo de quinze dias para pagamento da quantia certa ou já fixada na liquidação, sob pena de incorrer em multa de 10% sobre o montante da condenação. De plano, o texto do dispositivo legal causa estranheza, porquanto não demarca o termo inicial do prazo de que o devedor dispõe para pagar sem incorrer em multa. Os doutrinadores, por sua vez vêm digladiando-se em opiniões mutuamente excludente.

Segundo as diversas correntes, o prazo é iniciado: a) no momento em que a sentença se torna exeqüível, seja por haver trânsito em julgado seja porque interposto recurso sem efeito suspensivo; b) só com o trânsito em julgado; c) a partir da intimação da sentença líquida ou da decisão de liquidação ao advogado; d) da intimação pessoal do executado. A resposta correta para Costa (2007), deve partir, todavia, de um entendimento cuidadoso da natureza jurídica desse prazo de quinze dias. Não obstante o devedor tenha deixado de cumprir a obrigação no plano do direito material, o art. 475-J do CPC confere-lhe uma nova oportunidade para adimplir, agora em âmbito processual, dentro de um prazo específico. Se o prazo houver expirado e o devedor não tiver cumprido a obrigação, incorrerá de pleno direito em multa de 10%.

Segundo Ciani (2007), é que tal multa referente ao art. 475-J do CPC, não poderá incidir se contra tal decisão foi interposto recurso com efeito suspensivo, porque suspensa a execução da decisão, não praticará o devedor ilícito ao omitir o cumprimento voluntário. Não estará ainda esse prazo sujeito a interrupção ou suspensão, contando-se na forma do

disposto no art. 240, parágrafo único, do CPC. Tratando-se de prazo processual, incide ainda a regra do art. 184, § 1º, do CPC, de modo que caindo em feriado, prorroga-se o prazo para o dia útil seguinte.

E de se ter em mente, pois, que a ameaça de uma pena processual pecuniária exige a fixação clara do termo inicial do prazo de que deve dispor o devedor para adimplir, sob pena de ferir-se o princípio da segurança jurídica. Em outras palavras, deve-se saber a partir de quando o devedor estará interpelado e, por conseguinte, constituído em mora processual. Ora, se a lei fixa um prazo peremptório e improrrogável para o pagamento, sob pena de multa, o termo inicial deve ser sublinhado por ato processual que cientifique contundentemente o devedor de que dilações e protelações não mais serão aceitas.

Segundo Costa (2007), para tanto, as opiniões (a) e (b) mostram-se inapropriadas. Para elas, a interpelação processual deve ser ex re. Contudo, para a parte devedora nem sempre é fácil identificar o preciso instante em que a sentença se tornou exigível. Daí por que as opiniões (c) e (d) revelam-se mais imunes a incertezas: a interpelação processual dever ser ex persona. Por outro lado, uma vez que o objetivo da Lei n. 11.232/2005 foi simplificar a atividade executória e dar maior presteza à tutela jurisdicional – exorcizando a figura do devedor esquivo -, é melhor entender-se que a intimação deva ser feita ao advogado, não à parte devedora.

4 Da Necessidade de Intimação Pessoal do Réu

Questão que se tornou polêmica foi a consistente em saber se, para o cumprimento da obrigação constante da sentença referida no art.

475-J, caput, do CPC, é necessária a intimação pessoal do réu, ou se basta que a intimação se dê na pessoa de seu advogado.

Assim estabelece o referido dispositivo legal: “Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.” (BRASIL 2005)

Segundo Medina, Wambier e Wambier (2007, p.359) há, na doutrina, várias opiniões a respeito da questão:

[...] para uma corrente, o prazo tem início a partir do momento em que a sentença se torna exeqüível, seja porque transitou em julgado, seja porque impugnada por recurso destituído de efeito suspensivo; para outra, o prazo somente tem início com o trânsito em julgado da decisão, ainda que esta seja impugnada por recurso que não tenha efeito suspensivo; de acordo com outro ponto de vista, tendo havido recurso, o prazo em questão tem início após a intimação das partes acerca da baixa dos autos, bastando, neste caso, que a intimação se dê na pessoa de seus advogados; para uma outra concepção, o prazo referido somente tem início com a intimação pessoal do executado.

Ainda segundo os autores, a interpretação da norma processual deve amoldar-se à realidade fática, proporcionando a realização mais célere e simples do direito. Deve-se privilegiar a idéia de se permitir o desenvolvimento mais simples do processo e menos suscetível de gerar incidentes processuais desnecessários. Há que se considerar, ainda que as regras processuais relativas à atuação executiva dos direitos incidem de modo mais rente à realidade social e econômica de uma comunidade, que é extremamente variável, em cada uma das regiões do País.

Mencionam os autores em outro texto de autoria suas que o executado não é intimado para pagar ou nomear bens à penhora, mas simplesmente para cumprir a obrigação. “[...]Nessas linhas deixamos entrever que, segundo nosso entendimento, é necessária a intimação do executado para que esse cumpra a sentença. Entendemos, além disso, que a intimação para o cumprimento da sentença deve se dar na pessoa do devedor, e não deve ser feita através de seus advogados.” (MEDINA, WAMBIER e WAMBIER, p.360)

São várias as razões que conduzem a essa conclusão. De acordo com o art. 475-J, caput, “caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa, ou já fixado em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante será acrescido de multa no percentual de 10%”. É importante que inexista na referida regra jurídica, qualquer disposição no sentido que basta, para que tenha início o prazo de quinze dias, a intimação do advogado do réu.

É certo que, de acordo com o § 1º desse mesmo dispositivo legal, “do auto de penhora e avaliação será de imediato intimado o executado,

na pessoa de seu advogado, (arts. 236 e 237) ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias”. No entanto a intimação do auto da penhora e avaliação ocorrerá em momento procedimentalmente posterior e eventual, isto é, se e quando ocorrer a penhora, diante da negativa do devedor em cumprir a obrigação após ter sido a isto adequada e suficientemente instado pelo Poder Judiciário.

Não basta, no caso, justificar-se que a intimação seja feita na pessoa do advogado, porque o ato a ser realizado – apresentação de impugnação à execução – é ato para o qual se exige capacidade postulatória, isto é, a parte apresentará a impugnação através de advogado, o que explica plenamente haver disposição expressa no sentido de que a intimação se dê na pessoa deste. O mesmo ocorre no caso do art. 475-A, § 1º, também inserido pela Lei n. 11.232/2005.

Para Cianci (2007) o prazo deve fluir, todavia, não desde o momento em que a decisão judicial deva ser cumprida (ou reúna eficácia suficiente, ainda que parcial), mas desde que, reunindo essa eficácia, seja o devedor pessoalmente intimado, pois não se trata de prazo para o advogado, mas para a parte e, nos termos do art. 240 do CPC, tais prazos correm da intimação, especialmente tendo em conta que o art. 475-J não traz disposição especial, de modo a ensejar a aplicação da regra geral.

Ainda, menciona a aludida autora que sendo o devedor patrocinado por Defensor Público, há de ser pessoal a intimação daquele. A se admitir, todavia, que ta se dê por meio do Defensor, a LC n.

80/94 exige que, de todos os atos processuais, seja ele pessoalmente intimado. Quanto à prerrogativa do prazo em dobro, da mesma forma deverá ser considerado, mesmo sob o argumento de não se tratar de prazo para o Defensor se manifestar no processo, mas para o executado cumprir a obrigação.

Assim é necessário distinguir os atos processuais que exigem capacidade postulatória dos atos materiais de cumprimento da obrigação.

No sistema jurídico processual, há intimações que devem ser dirigidas às partes, e intimações que devem ser dirigidas aos advogados. Para tanto, como apontam Medina, Wambier e Wambier (2007), são observados os seguintes critérios em regra: (a) para a prática de atos processuais que dependem de capacidade postulatória (CPC, art. 36), a intimação deve ser dirigida ao advogado; (b) para a prática de atos pessoais da parte, atos subjetivos que dependem de sua participação e que dizem respeito ao cumprimento da obrigação que é objeto do litígio, a parte deve ser intimada pessoalmente.

Assim, por exemplo, a citação inicial, em regra, é pessoal, permitindo-se excepcionalmente a citação de “procurador legalmente autorizado”. (cf. art. 215 do CPC). Para apresentação desse depoimento pessoal também deve ser a parte. “Intimada pessoalmente”. (CPC, art. 343, § 1º), e assim por diante, em outros casos, o sistema impõe a intimação do advogado, e não necessariamente a

intimação da parte, porque o ato a ser realizado é iminentemente processual e exige capacidade postulatória (cf., dentre outros CPC, art. 242, § 2º). (MEDINA, WAMBIER e WAMBIER, 2007, p.362)

Assim pode-se concluir que o cumprimento da obrigação não é ato cuja realização dependa de advogado, mas é ato da parte. Ou seja, o ato de cumprimento ou descumprimento do dever jurídico é algo que somente será exigido da parte, e não de seu advogado, salvo se houver execução expressa a respeito, o que inexistente no art. 475-J, caput, do CPC.

É interessante observar, a propósito que nesse sentido vem se manifestando a jurisprudência, em relação ao cumprimento da sentença proferida em ações fundamentadas do art. 461 do CPC. Também naquele caso, a exemplo do que ocorre com o art. 475-J, caput, inexistente disposição expressa no sentido que basta, para que se tenha por exigível o cumprimento da sentença a mera intimação do advogado, ademais, também na ação fundada no art. 461 do CPC, o cumprimento da obrigação é ato que deve ser realizado pela parte e não pelo seu advogado.

Contra esse ponto de vista poder-se-ia opor o argumento de que a necessidade intimação pessoal do devedor seria obstáculo ao cumprimento mais célere da sentença. Ainda segundo os autores não parece, contudo, que seja assim. É certo que a possível incidência da multa é algo que deve desempenhar o papel de “estímulo”, já que consiste em medida coercitiva, tendente a compelir o devedor ao cumprimento da obrigação, mas a eficácia intimidatória de tal medida

pode frustrar-se, caso não dirigida diretamente ao devedor. Afinal, não pode ser desprezada a hipótese de o advogado, motivadamente ou não, deixar de informar ao réu que o descumprimento da sentença acarreta a incidência da multa, circunstância esta que pode tornar inócuo o objetivo de tal medida.

Assim, caso não haja pagamento, a multa será somada ao valor da condenação, sendo, portanto, devida pelo réu, e não por seu advogado. Parece, portanto, mais consentânea com o princípio do contraditório a orientação de que o réu deve ser previamente advertido quanto à consequência negativa do descumprimento da obrigação.

Por fim, é necessário ressaltar que o respeito irrestrito à Constituição Federal, não pode ceder passo, qualquer que seja o argumento, sob pena de desmanche da difícil, longa e trabalhosa construção do Estado de Direito Brasileiro.

A regulamentação infraconstitucional da EC n. 45/2004 e consequente reforma do CPC tem sido palco de diversas iniciativas, algumas já transformadas em lei, evidentemente desprovidas de maior cuidado com respeito à Constituição Federal. Veja-se, por exemplo, infeliz regra do art. 285-A do CPC, que, a pretexto de permitir julgamento mais célere de processos ditos “repetitivos” afasta irremediavelmente o princípio do contraditório.

No caso ora analisado, a mera intimação do advogado pelo Diário da Justiça, não pode ser considerada como um instrumento hábil e adequado à imprescindível comunicação da parte, sob pena de se

perpetrar nova ruptura no sistema constitucional de garantias processuais, agora com conseqüências ainda mais graves.

Isso porque a “intimação” se dá para que seja cumprido ato pela própria parte, independentemente da participação do advogado, sob pena de sanção pecuniária que será suportada por ela.

Nada justifica, à luz dos mais rudimentares e básicos princípios constitucionais do processo, que se corra o risco de a própria parte não ser cientificada.

Na hipótese, devem ser respeitados tanto o princípio do contraditório [em resumo, direito de informação a respeito dos atos processuais], quanto o princípio do devido processo legal [que abarca todas as demais regras processuais, inclusive àquelas relativas às figuras do juiz, do ministério público e do advogado].

Concluindo, A propósito do atual movimento de reformas do CPC, muitas delas oriundas de iniciativas de corporações, convém registrar aquilo que deveria ser, sempre, o verdadeiro norte dos movimentos reformistas da lei infraconstitucional. Trata-se de pensamento do ex-presidente do Tribunal Constitucional alemão, Konrad Hesse, para quem: “os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a observância revela-se incômoda”. (MEDINA, WAMBIER E WAMBIER, 2007, p.364)

5 Bibliografia

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. Temas atuais da execução civil. São Paulo: Editora Saraiva. 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 24ª Edição. São Paulo: Malheiros. 2008.

CRAMER, Ronaldo. O prazo e a multa do cumprimento de sentença. Temas atuais da execução civil. São Paulo: Editora Saraiva. 2007.

VADE MECUM Acadêmico de Direito. 5ª Edição. São Paulo: Editora Rideel. 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC (inserido pela Lei 11.232/2005). Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=25880> Acesso: 13 out. 2008.

Notas:

[1] Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

[2] Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da

obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

OFERECIMENTO DE IMÓVEL EM CAUTELAR DE CAUÇÃO PARA FINS DE CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS COM EFEITO DE NEGATIVA (CPD-EN) E NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO OFICIAL

EDERSON COUTO DA ROCHA: Procurador da Fazenda Nacional; Especialista em Administração Pública pela FGV; Especialista em Direito Constitucional pela Uniderp (LFG).

RESUMO: O lapso temporal existente entre o vencimento do débito e o ajuizamento da respectiva execução fiscal não pode prejudicar o contribuinte que precisa de Certidão de Regularidade Fiscal, de modo que, nos termos da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, pode este contribuinte valer da cautelar de caução, a fim de antecipar os efeitos da penhora que seriam obtidos com a execução fiscal. No entanto, quando o bem ofertado for um imóvel, a aferição de sua suficiência e idoneidade deve ser objeto de avaliação oficial, por meio de oficial de justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Cautelar de Caução. Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa. Bem Imóvel. Penhora. Avaliação Oficial.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca, de forma breve, discutir um dos aspectos práticos afetos à cautelar de caução, proposta pelo contribuinte com o fim específico de obter Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa (CPD-EN), qual seja, a avaliação do bem imóvel ofertado para tal fim,

após o vencimento do débito, porém antes do ajuizamento da execução fiscal correspondente.

2. POSSIBILIDADE DE CAUTELAR DE CAUÇÃO PARA FINS DE CPD-EN

Embora a possibilidade de ajuizamento de cautelar de caução com objetivo precípuo pelo contribuinte de obter em seu favor a concessão de CPD-EN já tenha sido objeto de ampla discussão no âmbito judicial, o fato é que esta questão já se encontra sedimentada na jurisprudência, no sentido de sua viabilidade.

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Resp n.º 1.123.669[1], sob a sistemática dos julgamentos dos recursos repetitivos, definiu que *“o contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa”*.

3. OFERECIMENTO DE IMÓVEL COMO CAUÇÃO PARA FINS DE CPD-EN E A NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO OFICIAL

Com efeito, dispõe o artigo 206 do Código Tributário Nacional (CTN) que *“tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.”* Em suma, a caução oferecida pelo contribuinte, antes da propositura da execução fiscal é equiparável à penhora antecipada e viabiliza a certidão pretendida, **desde que prestada em valor suficiente à garantia do juízo.**

Entre as possíveis ofertas de garantia, na presente discussão interessa à relativa ao bem imóvel ofertado pelo contribuinte, com o

desiderato de antecipar os efeitos que seriam obtidos com a penhora na execução fiscal, de modo a viabilizar a concessão de CPD-EN.

O ponto é como deve se aferir a suficiência e idoneidade do bem imóvel objeto da garantia ofertada por meio de cautelar de caução.

Em algumas situações, mormente no primeiro grau, o Judiciário vem aceitando a avaliação indicada pelo contribuinte na inicial de cautelar de caução, comumente embasada em laudo de avaliação particular, e, por conseguinte, determinando em sede de liminar a expedição de CPD-EN, em favor do contribuinte.

Todavia, em nosso entendimento, a urgência alegada pelo contribuinte não pode se sobrepor à imposição legal de que o bem imóvel indicado pelo contribuinte seja avaliado por oficial de justiça, a fim de que seja corretamente aferida a suficiência e idoneidade da garantia apresentada.

A avaliação unilateral do bem imóvel pelo contribuinte não se coaduna com a premissa de que o bem imóvel ofertado busca antecipar os efeitos que seriam obtidos com a penhora na execução fiscal, tendo em vista que nesta é imperiosa a avaliação por oficial de justiça, em atenção ao que prevê o inc. V do art. 143^[2] do Código de Processo Civil (CPC), bem assim o art. 13^[3] da Lei n. 6.830/1980.

A propósito, neste sentido já se manifestou o TRF4:

AGRAVO DE INSTRUMENTO.
TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL.
EXECUÇÃO FISCAL. AVALIAÇÃO DE BEM.
ATRIBUIÇÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA. ART.
143, IV, CPC. O inciso V do art. 143 do Código de

Processo Civil atribui ao oficial de justiça a incumbência de avaliar os bens penhorados, assim como o art. 13 da Lei nº 6.830, de 1980, que estabelece que o termo de penhora conterá avaliação efetuada por quem o lavrar. Essa atribuição legal só pode ser superada quando a avaliação exigir conhecimentos especializados (CPC, art. 680), caso em que se exigirá a intervenção de perito. O que não se admite é que o valor da avaliação, utilizado para balizar futura alienação forçada do bem, seja definido tão somente pelo executado, unilateralmente, como se fez no caso dos autos. (TRF4, AG 5025684-96.2014.404.0000, Segunda Turma, Relatora p/ Acórdão Carla Evelise Justino Hendges, juntado aos autos em 17/12/2014)

Como se vê, o bem imóvel ofertado em cautelar de caução para fins de obtenção de CPD-EN não pode prescindir de avaliação oficial, por meio de oficial de justiça, como condição legal para a correta aferição da sua suficiência e idoneidade.

4. CONCLUSÃO

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Resp n. 1.123.669, sob a sistemática dos julgamentos dos recursos repetitivos, definiu que *“o contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa”*.

Entre as possíveis ofertas de garantia, com o desiderato de antecipar os efeitos que seriam obtidos com a penhora na execução fiscal, de modo a viabilizar a concessão de CPD-EN, insere-se à garantia concernente ao bem imóvel.

O bem imóvel ofertado em cautelar de caução para fins de obtenção de CPD-EN não pode prescindir de avaliação oficial, por meio de oficial de justiça, como condição legal para a correta aferição da sua suficiência e idoneidade, ante às disposições legais estatuídas pelo inc. V do art. 143 do Código de Processo Civil (CPC), bem assim o art. 13 da Lei n. 6.830/1980.

NOTAS:

[1] PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AÇÃO CAUTELAR PARA ASSEGURAR A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DA CAUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa. (Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1057365/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 02/09/2009; EDcl nos EREsp 710.153/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 01/10/2009; REsp 1075360/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 23/06/2009; AgRg no REsp 898.412/RS, Rel.

Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 13/02/2009; REsp 870.566/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 11/02/2009; REsp 746.789/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 24/11/2008; EREsp 574107/PR, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA DJ 07.05.2007) 2. Dispõe o artigo 206 do CTN que: "tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa." A caução oferecida pelo contribuinte, antes da propositura da execução fiscal é equiparável à penhora antecipada e viabiliza a certidão pretendida, desde que prestada em valor suficiente à garantia do juízo.

3. É viável a antecipação dos efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal, através de caução de eficácia semelhante. A percorrer-se entendimento diverso, o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco não se voltou judicialmente ainda.

4. Deveras, não pode ser imputado ao contribuinte solvente, isto é, aquele em condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida, prejuízo pela demora do Fisco em ajuizar a execução fiscal para a cobrança do débito tributário. Raciocínio inverso implicaria em que o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco ainda não se voltou judicialmente.

5. Mutatis mutandis o mecanismo assemelha-se ao previsto no revogado art. 570 do CPC, por força do qual era lícito ao devedor iniciar a execução. Isso porque as obrigações, como vínculos pessoais, nasceram para serem extintas pelo cumprimento, diferentemente dos direitos reais que visam à perpetuação da situação jurídica nele edificadas.

6. Outrossim, instigada a Fazenda pela caução oferecida, pode ela iniciar a execução, convertendo-se a garantia prestada por iniciativa do contribuinte na famigerada penhora que autoriza a expedição da certidão.

7. In casu, verifica-se que a cautelar restou extinta sem resolução de mérito, impedindo a expedição do documento de regularidade fiscal, não por haver controvérsia relativa à possibilidade de garantia do juízo de forma antecipada, mas em virtude da insuficiência dos bens oferecidos em caução, consoante dessume-se da seguinte passagem do voto condutor do aresto recorrido, in verbis: "No caso dos autos, por intermédio da análise dos documentos acostados, depreende-se que os débitos a impedir a certidão de regularidade fiscal perfazem um montante de R\$ 51.802,64, sendo ofertados em garantia pela autora chapas de MDF adquiridas para revenda, às quais atribuiu o valor de R\$ 72.893,00. Todavia, muito embora as alegações da parte autora sejam no sentido de que o valor do bem oferecido é superior ao crédito tributário, entendo que o bem oferecido como caução carece da idoneidade necessária para aceitação como garantia, uma vez que se trata de bem de difícil alienação.

8. Destarte, para infirmar os fundamentos do aresto recorrido, é imprescindível o revolvimento de matéria fático-probatória, o que resta defeso a esta Corte Superior, em face do óbice erigido pela Súmula 07 do STJ.

9. Por idêntico fundamento, resta inteditada, a este Tribunal Superior, a análise da questão de ordem suscitada pela recorrente, consoante infere-se do voto condutor do acórdão recorrido, litteris: "Prefacialmente, não merece prosperar a alegação da apelante de que é nula a sentença, porquanto não foi observada a relação de dependência com o processo de nº 2007.71.00.007754-8. Sem razão a autora. Os objetos da ação cautelar e da ação ordinária em questão são diferentes. Na ação cautelar a demanda limita-se à possibilidade ou não de oferecer bens em caução de dívida tributária para fins de obtenção de CND, não se adentrando a discussão do débito em si, já que tal desbordaria dos limites do procedimento cautelar. Ademais, há que se observar que a sentença corretamente julgou extinto o presente feito, sem julgamento de mérito, em relação ao pedido que ultrapassou os limites objetivos de conhecimento da causa próprios do procedimento cautelar." 10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1123669/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

[2] Art. 143. Incumbe ao oficial de justiça:

(...)

V - efetuar avaliações.

[3] Art. 13 - O termo ou auto de penhora conterà, também, a avaliação dos bens penhorados, efetuada por quem o lavrar.

O QUE É O FENÔMENO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE?

RENATO SAEGER MAGALHÃES COSTA: Advogado na área de Direito Administrativo Econômico. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduando em Direito Público pela Universidade Anhuera-Uniderp.

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal tem firmado entendimento segundo o qual as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade podem ter efeitos *erga omnes*, buscando estabelecer o que se entende por abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. O presente artigo visa explanar em que consiste tal fenômeno, e quais os fundamentos que o lastreia.

PALAVRAS-CHAVE: controle de constitucionalidade; abstrativização; Supremo Tribunal Federal; Senado Federal.

INTRODUÇÃO

A rigidez formal de uma Constituição traz consigo a possibilidade de se aferir a constitucionalidade do ordenamento jurídico. Tal procedimento, impende destacar, apenas é perceptível em Constituições escritas, uma vez que a rigidez formal culmina em sistema mais complexo de modificação constitucional, mediante procedimentos mais solenes (prazos mais extensos para apreciação, quórum de aprovação qualificado, etc.), o que leva à indubitável superioridade hierárquica das

normas constitucionais em relação às demais normas do ordenamento jurídico.^[1]

Historicamente, dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade das normas foram instituídos: o austríaco e o norte-americano.

No primeiro, também denominado de sistema europeu, o tribunal constitucional aprecia a norma apenas em sua abstração, sem que se encontre tangenciada a fatos ou ações judiciais concretas. O motivo que leva a cabo a análise da sua constitucionalidade ou não, portanto, é a própria existência da norma. Em suma, a (in)constitucionalidade da lei ou ato normativo é o pedido estrito da pretensão levada ao Poder Judiciário.

No modelo norte-americano, por sua vez, a constitucionalidade de eventual norma será impugnada em adstrição à lide concretamente trazida perante o magistrado. Ou seja, a (in) constitucionalidade de uma lei ou ato normativo é requerida no bojo de uma ação judicial, como uma das suas causas de pedir.

Tal distinção é relevante, uma vez que implica diferenciação dos efeitos oriundos de tais declarações de inconstitucionalidade. Nos termos de um controle direto (abstrato, concentrado, por via de ação direta) de constitucionalidade, os efeitos da decisão poderão ser extensíveis a todas as pessoas (*erga omnes*), visto que não se traz à baila uma análise da norma em determinado caso concreto, mas sim, da sua própria característica e subsistência como ato normativo.

Quando se está deparado com o controle difuso (concreto, por via de exceção) de constitucionalidade, em sentido oposto, se aprecia a norma em nítida aplicação em um caso concreto. Não será a constitucionalidade ou não da norma que acarretará a concessão do direito pleiteado; porém, a sua eventual declaração de inconstitucionalidade tratará consigo implicações visíveis ao caso apresentado perante as partes conflitantes. Diz-se, pois, que os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade se darão apenas entre as partes (*inter partes*).

Eis, pois, em apertada síntese, a tese adotada pela doutrina: “*se a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, pela acolhida da questão prejudicial que é fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta, mesmo inter partes — fora do processo no qual foi proferida*” [2].

Em suma, portanto, tem-se que a decisão do controle concentrado de constitucionalidade será aplicável *erga omnes*, ao passo que as decisões emanadas em sede de controle difuso de constitucionalidade terão aplicação apenas *inter partes*.

Visível, pois, que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das normas não adotou fielmente o modo norte-americano de se estabelecer precedentes no caso concreto. É indubitável a inexistência da figura do *stare decisis* no Brasil.

Trocando-se em miúdos, mesmo quando o STF vier a decidir um determinado caso concreto, tal julgamento não implica observância necessária da parte dos demais membros do Poder Judiciário, ou seja,

não é vinculante. Tal decisão – que não é uma *stare decisis*–, portanto, apenas restará aplicada ao caso em apreço pelo Supremo, com efeitos exclusivamente entre as partes.

Foi para suprir tal carência de se designarem efeitos *erga omnes* para as decisões do STF em controle concreto de constitucionalidade que foi introduzida a regra do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

Tal disposição preceitua que o Senado Federal possui a prerrogativa de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF. Assim sendo, a decisão do Supremo Tribunal Federal que viesse a declarar a inconstitucionalidade pela via de exceção, passaria, em princípio, a ter a sua eficácia contra todos.

O próprio artigo 178, do Regimento Interno do STF assinala que uma vez declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, far-se-á comunicação, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, X, da Constituição.

Resta patente, portanto, que não obstante, em sede de controle concreto de constitucionalidade, a Suprema Corte apenas poderia proferir decisões com efeito *inter partes*, sendo da incumbência do Senado Federal ampliar tal efeito, mediante a suspensão da execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Como dito, o STF, em sede de controle incidental de constitucionalidade, proferirá decisão com efeitos entre as partes, e, após o trânsito em julgado, comunicará ao Senado Federal para que esse suspenda ou não a lei declarada, por via de exceção, como inconstitucional.

Nem sempre, porém, é isso o que se verifica.

Há algum tempo tem-se verificada a difusão – ao menos conceitualmente, e em debates doutrinários e jurisprudenciais^[3] – do fenômeno denominado de “abstrativização do controle concreto de constitucionalidade”, que nada mais é do que a prolação de decisão, em sede de recurso extraordinário em processo no qual se analisa a constitucionalidade de lei ou ato normativo, pelo STF, com eficácia *erga omnes*, em lugar de vincular apenas as partes.

Pelo fenômeno da abstrativização, então, o órgão pleno do Supremo Tribunal Federal decidiria um caso concreto com a mesma eficácia perante terceiros que o controle concentrado de constitucionalidade. Ou seja, de modo vinculante e *erga omnes*.

Marcelo Novelino^[4], sobre o tema, afirma que a abstrativização tem se estabelecido como regra em razão de duas vertentes distintas: a judicial e a legislativa.

No que toca à primeira dimensão, dois institutos merecem ser destacados: a súmula vinculante e a repercussão geral. Em breve síntese, impende demonstrar, nos termos do que apresentado pelo autor, que ao editar uma súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal confere eficácia *erga omnes* a decisões prolatadas em sede de processos em grau

de recurso, dentre as quais, os processos de controle concreto de constitucionalidade; o que culmina na abstrativização das decisões do STF.

Ademais, e noutra perspectiva, o requisito da repercussão geral como pressuposto de admissibilidade para a análise dos recursos extraordinários pelo STF também configuram a tendência fenomênica de se transcender os efeitos das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal.

Na seara jurisprudencial, por sua vez – e com fulcro na tese da possibilidade de mutação constitucional das decisões do STF, segundo a qual resta dispensada a resolução do Senado prevista no artigo 52, X, da Constituição Federal –, é possível se atribuir eficácia *erga omnes* em sede de controle concreto de constitucionalidade. Para tanto, basta que o próprio Supremo Tribunal Federal, em quórum qualificado, conceda a transcendência dos efeitos de sua própria decisão.

De acordo com tal corrente, então, o artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988 passou por uma mutação constitucional, o que implicou a mudança de entendimento quanto ao papel do Senado após a definitividade do *decisum* prolatado pelo STF. Em tal cenário, o Senado, funcionando como um mero “mensageiro”, teria por função unicamente dar publicidade às decisões prolatadas pelo STF^[5].

Nessa nova visão, e apoiados em tese de mutação constitucional, o Supremo Tribunal Federal dotaria de abstratividade as decisões emanadas em sede recursal, sempre que se votasse pela incidência *erga*

omnes e vinculante dos efeitos decisórios, resultando em uma nítida convergência de sistemas de controle de constitucionalidade das leis[6].

Na doutrina, Gilmar Mendes afirmou ser *“possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988”* [7].

Seguindo o mesmo fluxo, o atual ministro do STF, Teori Zavascki, também em sede doutrinária[8], sustentou a possibilidade de transcendência, com caráter vinculante e erga omnes, das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo em sede de controle concreto de constitucionalidade.

Atualmente, então, a função estabelecida constitucionalmente para o Senado Federal seria a de dar apenas publicidade à decisão do STF, não mais suspendendo a execução legal.

A doutrina, contudo, está cindida. Relevante parcela de constitucionalistas entende inexistir a mutação constitucional no caso em tela, defendendo que *“Embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5.º, LXXVIII — Reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), afigura-se faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais, sejam constitucionais, para a sua implementação”* [9], e alegando não existir a mutação constitucional,

nos precedentes do STF, mas sim, uma “*manipulação inconstitucional*” [10], visto que a Corte Suprema desvirtuou o estrito sistema constitucionalmente estabelecido.

CONCLUSÕES.

Como se vê, as críticas quanto à matéria têm sido formuladas basicamente abstraindo-se da visão do STF e buscando concretizar o real papel do Senado Federal a ser desempenhado por força do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988.

Ademais, muitos doutrinadores entendem indevida a interferência do Supremo Tribunal em simplesmente adicionar competências constitucionais em sua alçada pela mera alegação de mutação constitucional.

Em que pese o Supremo Tribunal Federal apresente a possibilidade de modulação dos efeitos para as decisões em controle concreto de constitucionalidade como instrumento de se efetivar, para todos, os direitos e as garantias tuteladas pelo afastamento da existência de norma inconstitucional, é inegável que o Senado possui a prerrogativa constitucional de “abstrativizar” os efeitos da decisão prolatada pelo Supremo.

Caso o Senado passe a dar apenas a mera publicidade a decisões do STF, estaremos diante de nítida afronta às disposições constitucionais de competência, o que configuraria conduta reprovável pelo ordenamento jurídico pátrio.

Em outro sentido, porém, é visível uma recente aproximação do Direito pátrio com o sistema de *common law* praticado pelos Estados

Unidos e Inglaterra, por exemplo, no qual os precedentes e as decisões judiciais ganham maior relevância jurídica na defesa de direitos.

Incorporadas certas raízes da *common law* ao ordenamento jurídico brasileiro, resta inegável a necessidade de se conceder poderes maiores e mais amplos ao Supremo Tribunal Federal, de maneira que se permita ao Tribunal, dentre outros, estabelecer precedentes com efeitos *erga omnes* mesmo que em sede de controle difuso de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUZUID e GRINOVER. **Controle da constitucionalidade**. RePro 90/11.

LEAL Roger Stiefelmann. **A convergência dos sistemas de constitucionalidade**: aspectos processuais e institucionais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. RDCI 57/62, out. – dez. 2006. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (organizadores). Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos: doutrinas essenciais (...). vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LENZA, Pedro. **Abstrativização do controle difuso? O Senado transformou-se em um mero "menino de recado"? O STF reconheceu a mutação constitucional do art. 52, X?** Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/abstrativizacao-do-controle-difuso-o-senado-transformou-se-em-um-mero-menino-de-recado-o-stf-reconheceu-a-mutacao-constitucional-do-art-52-x/13769>

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011.

_____. **Teoria da Constituição e Controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPodvim, 2008.

PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris (editor), 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**.

NOTAS:

[1] NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 246.

[2]BUZAID e GRINOVER. **Controle da constitucionalidade**, RePro 90/11.

[3] Cita-se, pois, os paradigmáticos casos do STF: “Mira Estrela” – RE 197.917, e “progressividade do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos” – HC 82.959; e também do STJ, como o REsp 828.106.

[4]NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPodvim, 2008, p. 168-170.

[5]PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris (editor), 2012. p. 204.

[6] LEAL Roger Stiefelmann. **A convergência dos sistemas de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. RDCI 57/62, out. – dez. 2006. Clèmerson

Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (organizadores). Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos:

doutrinas essenciais (...). vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 494.

[7] RIL, 162/165.

[8] ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. p.135-136.

[9] LENZA, Pedro. **Abstrativização do controle difuso? O Senado transformou-se em um mero "menino de recado"? O STF reconheceu a mutação constitucional do art. 52, X?** Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/abstrativizacao-do-controle-difuso-o-senado-transformou-se-em-um-mero-menino-de-recado-o-stf-reconheceu-a-mutacao-constitucional-do-art-52-x/13769>

[10] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.227

O PROJETO DE LEI 1.057/2007 E AS DIFERENTES CONCEPÇÕES SOBRE O INFANTICÍDIO INDÍGENA

DANIEL MIRANDA RIBEIRO: Graduado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB Brasília.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo conceituar diferentes pontos de vista a respeito do interdito de vida, prática presente em algumas das tribos existentes no Brasil. Após esta análise, tanto o relativismo cultural quanto a universalização de direitos fundamentais estudados, questionando a intervenção estatal por meio do direito penal.

Palavras chaves: **infanticídio indígena; relativismo cultural; universalização de direitos.**

Introdução.

O ensaio a ser desenvolvido busca analisar antropologicamente o Art 2º, incisos I a IX do Projeto de Lei 1.057/2007 que se encontra pronto para pauta no plenário da Câmara dos Deputados. O projeto, segundo seu próprio texto: *“Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais.”*. Os incisos citados dizem respeito, mais especificamente, ao chamado infanticídio indígena - que não deve ser confundido com o artigo 123 do código penal, pois este se trata de homicídio doloso cometido pela mãe durante o estado puerperal, enquanto aquele ocorre segundo as tradições de cada tribo.

Esta prática é presente em algumas das mais de 200 tribos indígenas brasileiras, e, segundo o projeto Hanaki - que tem por objetivo erradicar o interdito de vida-, tem sido registrada nas etnias uaiuai,

bororo, mehinaco, tapirapé, ticuna, amondaua, uru-eu-uau-uau, suruwaha, deni, jarawara, jaminawa, waurá, kuikuro, kamayurá, parintintin, yanomami, paracaná e kajabi, dentre outras. O “infanticídio” pode ocorrer por diversas razões, o não conhecimento do pai, a gemeidade e deformidades congênicas, entre outras.

A metodologia será feita pela análise: (i) da exposição de motivos e pareceres da Lei em questão; (ii) das opiniões presentes nos sítios eletrônicos cristãos; (iii) da dissertação de mestrado “Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena” da autora Marianna Assunção Figueiredo Holanda e; (iv) da tese de doutorado “A caminhada de Tanyxiwè: Uma teoria Javaé da História” da autora Patrícia Mendonça Rodriguez.

O ensaio tem por objetivo expor as divergências entre a opinião cristã universalista sobre o infanticídio, ilustrada pelos tópicos i e ii, e o ponto de vista aproximado do indígena sobre este conceito, representado pelos tópicos iii e iv.

O projeto de Lei 1.057/2007.

O artigo primeiro do projeto de lei em questão pretende reafirmar “o respeito e o fomento a práticas tradicionais indígenas e de outras sociedades ditas não tradicionais”^[1] desde que “estejam em conformidade com os direitos humanos fundamentais, estabelecidos na Constituição Federal e internacionalmente reconhecidos”^[2]. Para isso, a lei determina quais seriam as práticas nocivas a esses direitos, entre elas, o homicídio de recém-nascidos e jovens:

Para fins desta lei, consideram-se nocivas as práticas tradicionais que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica, tais como:

- I. Homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores;
- II. Homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla;
- III. Homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais;
- IV. Homicídios de recém-nascidos, quando há preferência de gênero;
- V. homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão;
- VI. Homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo;
- VII. Homicídios de recém-nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais;
- VIII. Homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo;
- IX. Homicídios de crianças, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto de maldição, ou por

qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição[3].

A lei prevê, ainda, a possibilidade de detenção por omissão de socorro para qualquer pessoa que tenha conhecimento de algum destes casos e não notifique a FUNASA, FUNAI, Conselho Tutelar, autoridade judiciária, ou policial. Segundo a norma, Caso alguma destas autoridades não adotem imediatamente as medidas cabíveis.

Com o objetivo de proteger a vida dos índios jovens e recém-nascidos, a lei possibilita sua retirada provisória ou definitiva, além de determinar que *“Serão adotadas medidas para a erradicação das práticas tradicionais nocivas, sempre por meio da educação e do diálogo em direitos humanos[4]”*.

O projeto seria justificado pela postura de órgãos governamentais de não interferir em práticas tradicionais, com base no “relativismo radical[5]”, o que figuraria como um atentado contra o ordenamento jurídico brasileiro e à legislação internacional.

A vida como direito universal.

Para entender o conflito entre a lei e a prática do interdito de vida, é fundamental estudar as diferentes perspectivas sobre infanticídio, assim como as noções de vida. Afinal, como se mostrará a frente, enquanto um lado defende a universalização do direito à vida, adquirida, no mínimo, no ato do parto; o outro concebe o conceito de vida de forma diversa, sendo adquirida, entre outros meios, através do convívio social.

O Direito a vida no Projeto de Lei

Ainda na Câmara dos Deputados, é possível observar a preocupação com a legitimação legal e constitucional do Projeto de Lei, a

exposição de motivos expõe diversos trechos de diplomas legais que possibilitariam a aprovação do PL, como a Resoluções da ONU A/RES/56/128, A/S-27/19 e a Constituição Brasileira. Segundo o parecer estas normas:

[...] garantem o direito à vida como o direito por excelência. Desta maneira, o Estado brasileiro deve atuar no sentido de amparar todas as crianças, independentemente de suas origens, gênero, etnia ou idade, como sujeitos de direitos humanos que são. Obviamente, as tradições são reconhecidas, mas não estão legitimadas a justificar violações a direitos humanos, como dispõe o art. 8, nº 2, do Decreto 5.051/2004, o qual promulga a Convenção 169 da OIT.[6]

E continua:

Desta maneira, não se pode admitir uma interpretação desvinculada de todo o ordenamento jurídico do art. 231 da Constituição, o qual reconhece costumes e tradições aos indígenas. É necessário que este artigo seja interpretado à luz de todos os demais artigos mencionados acima, bem como o art. 5º sobre os direitos fundamentais da Constituição, o qual norteia todo o ordenamento jurídico nacional[7]

Este primeiro momento aparentemente trata de uma discussão entre dispositivos jurídicos, contudo, ele também pode ser entendido como um

conflito entre o conceito de vida. Isto porque o conceito cristão e universalizante da vida é adotado por várias legislações[8], inclusive a brasileira. Então, o discurso que aparentemente aborda o conflito entre o ordenamento jurídico pode ser, na verdade, a imposição ou não de um conceito hegemônico já estabelecido.

Após reconhecer a juridicidade do PL, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça de Cidadania aponta para a universalidade dos direitos humanos:

Direitos humanos são para todos, sem distinção. São direitos inatos, inerentes a todos os seres humanos. Eles não são privilégios de alguns. A natureza universal dos direitos humanos é inquestionável. Independente das perspectivas culturais, o Estado tem a obrigação de implementar a observância desses direitos.[9]

E o parecer continua:

O exposto acima não significa que negamos os direitos culturais indígenas, que são legítimos aos diversos grupos étnicos presentes em todo território nacional. O direito à diversidade cultural é limitado até o ponto em que infringe qualquer outro direito fundamental da pessoa humana, como o direito à vida. Isso significa que o direito à diversidade cultural não pode ser evocado para justificar a violação do direito fundamental inerente ao ser humano.[10]

Ainda segundo o parecer, o estado deve “assegurar o exercício dos direitos à vida e à saúde de crianças indígenas”, mas não há, explicitamente, determinação de qual conceito de vida é esse. Apontar que um direito é universal não quer dizer que todos os seres humanos adotam a mesma definição para ele, mas, no contexto da lei, que o Estado e a Sociedade Civil podem usar dos meios que utilizar adequados para impor o “melhor conceito” ainda que o polo passivo dessa ação não esteja em concordância com ele.

Desta forma, faz-se necessário analisar as diferenças entre os conceitos de vida, seja o cristão ocidental – que aparentemente parece embasar o ordenamento jurídico – e o indígena – que não é considerado.

A Vida segundo opiniões cristãs

Segundo o sítio www.estudosdabiblia.net, o velho testamento poderia dar a entender que a vida começaria somente após o nascimento: “Algumas pessoas usam Gênesis 2:7 para "provar" que a vida começa quando a pessoa respira pela primeira vez, assim sugerindo que o embrião, feto ou nascituro não tem vida.”^[11]. Para o caso em tela essa discussão é inoportuna, tendo em vista que o que se discute não é o aborto, mas o interdito de vida após o nascimento.

Uma vez que é indiscutível que a vida, para a Bíblia, já estaria presente no ato da respiração, deve-se analisar quais são as características dela:

A vida humana é santificada porque o homem foi feito à imagem de Deus.

Os seres humanos foram especificamente postos acima de todas as plantas e todos os animais.

Podemos matar e comer animais, mas é expressamente proibido cometer homicídio[12].

Ainda nesse sentido, o sítio www.jesusvoltara.com.br: “Por que a vida humana é tão valiosa? Porque os seres humanos foram criados à imagem de Deus[13]”. E complementa “Cada momento de vida é um dom de Deus[14]”.

Desta forma, nem mesmo os seres humanos dispõem da vida, pois “só Deus pode tirar a vida. [...] Diz que Deus deu a vida e determinou o limite para cada um de nós e diz que daquele limite não passará[15]”.

Ou seja, por ser um dom divino e por ser criado à imagem de Deus, qualquer ser humano que já tenha respirado representa a imagem do Divino, e por isso deve ser defendido, inclusive, nos casos de eutanásia, suicídio, aborto e o homicídio[16] (a questão do infanticídio indígena é considerada, para muitos cristãos, como homicídio[17]).

Associando este raciocínio com o papel evangelizador - pois “Viver altruistamente em favor do evangelho dá mais valor à vida[18]” – somado ao primeiro mandamento – “Amar a deus sobre todas as coisas[19]” e; ao quinto mandamento – “Não matar[20]”; tem-se que os cristãos devem defender a vida humana, a todo o momento e em qualquer local ou cultura.

Este conceito parece ser idêntico ao Direito universal à vida presente tanto no parecer da Comissão de Constituição e Justiça quanto no próprio projeto de lei e sua justificação. É este ponto de vista que aparentemente embasa não só o projeto de lei, como também campanhas, ONG’s e outras associações para impedir a prática do infanticídio.

O Infanticídio Indígena segundo opiniões cristãs

A universalização do conceito de vida implica na campanha pela aplicação deste conceito a todos os indivíduos, inclusive àqueles com culturas e princípios diversos aos do padrão hegemônico. Este processo compõe-se de diversos meios, inclusive a demonização da prática e interpretações do exterior para o interior, não levando em consideração a cultura inerente destes povos e o significado de suas ações.

Neste sentido está exposto o Projeto Hakani, que tem por objetivo erradicar a prática do infanticídio no Brasil. O projeto, nomeado em homenagem a uma menina indígena que supostamente fora enterrada viva, salva pelo seu avô e abandonada por sua tribo[21]. A história de Hakani embasou o Documentário “Quebrando o silêncio”, filme do gênero docu-drama (segundo o próprio sítio) que simula o soterramento da índia.

Segundo o sítio eletrônico do projeto:

A cada ano, centenas de crianças indígenas são enterradas vivas, sufocadas com folhas, envenenadas ou abandonadas para morrer na floresta. Mães dedicadas são muitas vezes forçadas pela tradição cultural a desistir de suas crianças. Algumas preferem o suicídio a isso[22]

E Define o Infanticídio Indígena como assassinato de crianças indesejadas[23]. Já o sítio do Evangeliza Brasil esclarece que:

Ainda hoje essa prática está acontecendo no Brasil; quando uma criança nasce com deficiência física, deve ser enterrada viva ou abandonada na aldeia enquanto todos vão embora. Os índios alegam que

“os espíritos” roubaram a alma daquelas crianças, assim, elas têm que morrer ou ser abandonadas para que a tribo toda não seja amaldiçoada.[24].

O sítio ainda aponta sobre a possibilidade de interferir na prática, sem afetar a cultura local:

Sem ser ignorantes da questão de contextualização e aculturação, por exemplo, temos conosco que o Evangelho não tem cultura, isso é inegociável. Ele é o poder de Deus para a salvação dos pecadores, como diz o apóstolo Paulo. Poderíamos pensar sobre a cultura judaica em que o Evangelho foi recebido, no entanto, o evangelho foi colocado na cultura, ele não é judaico, ele é evangelho do Reino de Deus, incontaminado da ação humana. No que diz respeito a qualquer “prática cultural” aqui entre os indígenas no Brasil ou qualquer outro povo na Indonésia, por exemplo, deve haver prioridade do Evangelho à tal cultura ou à prática. O apóstolo Pedro queria obedecer às autoridades, desde que as mesmas fossem conforme as leis de Deus[25].

Completando que eles (os evangelizadores) têm “muito que falar, apreender e agir em favor da evangelização e salvação deles[26]”

Observa-se, de modo geral a preocupação com a universalização da vida, como se toda e qualquer interpretação que não homenageie a concepção hegemônica é errada e cruel, devendo ser erradicada. Esta concepção torna-se vazia no momento em que ela impõe o seu ponto de

vista sobre a cultura de outrem, supondo que o outro tem, ainda que de uma forma “primitiva”, suas concepções. Considerando então que o outro é um “eu” não evoluído, com crenças e conceitos que ainda vão se lapidar e se aperfeiçoar para alcançar o estágio em que as concepções hegemônicas se encontram.

Conclui-se que este ponto de vista é perigoso, pois as culturas não podem ser avaliadas com parâmetro no desenvolvimento de outros povos, pois estas sociedades não têm os contextos culturais, não dispõem dos mesmos recursos e sofreram influências externas distintas ao longo da história. Assim, para entender melhor o tema deve-se analisar o conceito de vida ameríndio, assim como seu ponto de vista sobre o interdito de vida.

A vida para os povos indígenas.

Ainda que a generalização não abarque totalmente as concepções de vida para estes povos, o presente tópico procura se aproximar deste ponto de vista, trazendo, ou ao menos tentando explicar melhor, qual a relação indígena aproximada deste conceito.

Em termos gerais, na cultura ameríndia os seres não nascem humanos, eles são entes que, por meio de sua interação com seus pais, ancestrais -mágicos ou não- e os indivíduos da tribo se tornam humanos. Para estes povos, o interdito não é para seres humanos, mas para entes ainda não humanizados. Um indivíduo que não tem um pai ou que não é capaz de produzir para a tribo tem uma parte de sua humanidade negada. Marianna Assunção esclarece: “Em contextos sociais baseados nas atividades de subsistência, parte da humanidade de uma pessoa está no

que ela oferece ao grupo, no que contribui para a continuidade de seu mundo social[27]”.

Ainda mais elucidante, na Revista de Direito da Universidade de Brasília, v.01, n.01, de janeiro-julho, Rita Laura Segato transcreve Patricia de Mendonça Rodrigues- etnóloga dos Javaé:

O fato de que nasce como um estranho absoluto, segundo acredito, justifica a prática do infanticídio. Os Javaé não dizem isso abertamente, mas tudo indica que a justificação consciente para o infanticídio, na maior parte dos casos, é que o bebê não tem um provedor (seja porque a mãe não sabe quem é o pai, seja porque o pai a abandonou, ou por outra razão) não somente para sustentá-lo economicamente, mas, e, sobretudo, para se encarregar do requerido para os longos e complexos rituais que o identificarão novamente com seus ancestrais mágicos, conferindo-lhe sua identidade pública de corpo fechado. Cabe ao pai, principalmente, a responsabilidade social pela transformação pública do filho de corpo aberto num parente de corpo fechado, isto é, um ser social. Um filho sem pai social é o pior insulto possível para um Javaé e um motivo plenamente aceitável para o infanticídio.[28]

Segundo a Autora, para os Javaé o recém-nascido é uma alteridade radical, um “outro” não humano que deve ser humanizado ritualmente

pelo carinho e cuidado providos pelos pais. Eles nascem “com o corpo aberto”, uma mistura das substâncias de seus progenitores, isto é, o sangue da mãe e o sémen do pai. Este ente deve ser humanizado, para que se constitua como sujeito individual e social.

Já nas tribos estudadas por Figueiredo Holanda, o reconhecimento da humanidade se dá por diferentes formas:

Para os Araweté, o reconhecimento da humanidade de um ser ocorre com a “tomada de consciência” – quando a criança começa a interagir, a responder a estímulos comunicativos – aí então recebe o nome. Um dos caminhos de transferência da alma a uma pessoa é a nomeação, um processo de aquisição de personalidade que envolve trocas; a conquista de um nome é mais um passo na elaboração da personalidade e na pertença à humanidade.^[29]

No mesmo sentido os Bororo acreditam que:

[...] um dos momentos de consolidação de paz na aldeia é representado pelo processo de outorga de nomes pessoais, profundamente ritmado pelo ciclo funerário. É por esta razão que, para se falar de vida, devemos, antes de mais nada, entendê-la como não-morte^[30].

O que demonstra a importância da alteridade para afirmar o social, no mesmo sentido, para a cerimônia *Nheemongarai*:

O *Nheemongaraié* a principal cerimônia realizada na casa de reza e ocorre quando os cultivos tradicionais

são colhidos e abençoados; o ritual deve coincidir com a época dos “tempos novos” (*ara pyau*), caracterizado pelos fortes temporais que ocorrem no verão. Portanto, há uma associação entre a colheita do milho e a cerimônia do seu benzimento com a atribuição dos nomes-almas, relacionados ao calendário agrícola da aldeia. Tudo isso afirma sociológicas e elabora as dinâmicas relacionais que compõem o cosmos.

Além disso, para que uma criança possa ser nomeada, participando da cerimônia do batismo, é necessário que elas tenham um ano ou mais, quando seu corpo “já está firme”. Não se pode ser inserido no social sem que se dê provas de que dele podemos participar. A aquisição de um nome é outorga de pertença, uma transformação ontológica que inicia a criança em novas relações. Uma fronteira importantíssima para ser humano[31].

A partir da diferença entre as concepções, tem-se que as noções sobre o infanticídio são totalmente diversas, enquanto aquela via o interdito como um ato bárbaro e desumano, aqui esta intervenção tem um significado diferente.

O interdito de vida para os povos ameríndios

Uma vez que a vida para os ameríndios está intimamente ligada ao social, tem-se que o “infanticídio” não envolve morte, pois o ser nunca foi realmente vivo:

Morrer é retirar-se *plenamente* do social. Chegamos então ao ponto: estamos falando de sistemas em que para morrer é necessário, antes, pertencer. Isso indica que, no intuito de pensar a negação do status de pessoa a alguns entes não estamos falando de morte, nem de crime, nem de movimento.

O despertencimento do universo social é um processo tão gradual como a aquisição de humanidade; esta é, inclusive, a função dos ritos funerários, retirar o consubstancial. Ritos que não são efetuados para neonatos que nunca vieram a pertencer. Nenhuma marca social é registrada nestes entes. Tampouco eles apresentam índices de potencial metamórfico. Contudo, é justamente por estarem fora do sistema de relações que compõe o mundo, inclusive do sistema vida e morte, humanos e não-humanos que, paradoxalmente, podem *ser* constitutivos de toda esta sócio-lógica ameríndia: eles *falam* de tudo que se ausentam. Parte indispensável de mundos onde a negação é presença de afirmação, onde o que não é elabora cuidadosamente o que deve ser, mesmo pelos vazios.^[32]

Como exemplo disso, diversos relatos de missionários que presenciaram situações de interdito de vida a um neonato e tentaram evitar, decidindo cuidar do bebê.

Entretanto, os relatos etnográficos sugerem que quando o interdito de vida não se efetua, a criança começa a ser resignificada e inicia-se a sua inser o no plano doméstico. Uma socializa o que encontra como determinante principal a amamenta o e, portanto, o início de sua consubstancializa o. Ela começou a tornar-se humana e, por isso, suas mães reivindicaram seus parentes. As portas do social se abrem e a partir daí torna-se difícil uma extrusão.[\[33\]](#)

O interdito geralmente não é anunciado nem tampouco celebrado, a prática também pode ocorrer das mais diversas maneiras, como o abandono, a asfixia e até mesmo o soterramento, ainda que não seja tão comum.

Não se deve, portanto, considerar que esta prática seja um ato de monstruosidade ou um ato bárbaro, é preciso ter um olhar mais íntimo para que se possa analisar melhor o interdito, fora de julgamentos e tabus pr -concebidos.

Conclusão.

A partir da análise dos pareceres e da fundamenta o da Lei em questão, foi possível demonstrar que a norma, ao denominar a vida como um “direito universal”, na verdade se propõe a universalizar uma concep o sobre o que é esse direito. O que não significa, então, que este conceito seja compreendido da mesma maneira por todas as culturas, nem mesmo que este seja um direito mínimo inerente.

Os sítios cristãos estudados permitem aludir a importância da vida humana para esta religião: uma vez que a vida é um dom sagrado e os

humanos são criados à imagem do divino, qualquer atentado contra este direito seria, para os cristãos um atentado contra o sagrado. Somada esta concepção com o papel evangelizador da religião, tem-se que este conceito deve ser difundido universalmente, para salvar aqueles que estão sendo evangelizados e “intensificar” o sentido da vida dos evangelizadores.

Neste contexto, o infanticídio torna-se um atentado contra a religião – que tem sua concepção defendida pelo ordenamento jurídico. A partir daí são criados mecanismos sociais e jurídicos que buscam impedir a prática, que vão desde Leis –que supostamente não têm conteúdo moral– à demonização da prática.

A dissertação de Mestrado e a Tese de doutorado acima estudados foram de fundamental importância para se ter um olhar íntimo acerca do tema, mostrando não só que o conceito de vida destes povos é diferente, como também a possibilidade, para os indígenas, de haver o interdito de vida sem, necessariamente, haver morte.

Este novo conceito foi de fundamental importância para entender o infanticídio indígena, pois apesar de não ser considerada uma ocasião festiva, alegre ou anunciada, também não deve ser considerada uma atitude monstruosa.

Sem esgotar os problemas do relativismo cultural, deve-se atentar à possibilidade desta relativização em permitir toda e qualquer prática. O que se buscou por meio deste estudo é entender melhor o interdito de vida, sob estes dois pontos de vista distintos. Este mecanismo não significa necessariamente que a prática deva ser legítima, mas que os

mecanismos para o diálogo devem ser vistos sob esta ótica, para dar forças aos movimentos de mudança internos destes povos.

A mudança aqui, também não poderá ser vista como uma “evolução”. O apoio ao abandono destas práticas deve ser visto como uma mudança exercida pelos próprios índios, de forma a favorecer o convívio entre povos, evitando ao máximo a mitigação cultural, a dominação e a imposição de conceitos.

Bibliografia.

BRASIL, Câmara dos Deputados Projeto de lei 1.057-A - Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. 2007

_____. Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados- Parecer sobre a Lei 1.057/2007. 2013.

HOLANDAMarianna Assunção Figueiredo. **Quem são os humanos dos direitos?** Sobre a criminalização do infanticídio indígena. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília. 2008.

SEGATO, Rita Laura. **Que cada povo teça os fios da sua história:** O pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. Em Revista de Direito da Universidade de Brasília, v.01, n.01, de janeiro-julhopágs, 65-92. 2014.

SUZUKI. M. **A estranha teoria do homicídio sem morte.** 2015

Sítios:

<http://www.catequisar.com.br>

<http://www.estudosdabiblia.net>

<http://www.hakani.org>

<http://www.igrejacristovive.com.br>

<http://www.jesusvoltara.com.br>

Notas:

[1] BRASIL, Câmara dos Deputados Projeto de lei 1.057-A - Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. 2007

[2] *loc. cit.*

[3] *Loc. Cit.*

[4] BRASIL, 2007.

[5] BRASIL, 2007.

[6] BRASIL, 2007.

[7] *Ibid.*

[8] Apesar de não haver consenso sobre o exato momento em que surge a vida.

[9] BRASIL, Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados- Parecer sobre a Lei 1.057/2007. 2013.

[10] *Idem.*

[11] Disponível em: <http://www.estudosdabiblia.net/bd91.htm>

[12] *Idem.*

[13] Disponível em: <http://www.jesusvoltara.com.br/info/vida.htm>

[14] *Idem.*

[15] Disponível em: <http://igrejacristovive.com.br/mensagens/a-favor-da-vida-nao-mataras/>

[16] CF. <http://igrejacristovive.com.br/mensagens/a-favor-da-vida-nao-mataras/>

[17] CF. SUZUKI. M. **A estranha teoria do homicídio sem morte.** 2015

[18] <http://www.jesusvoltara.com.br/info/vida.htm>

[19] Disponível em: <http://www.catequisar.com.br/texto/catequese/crisma/apostila/01/imaculada/pfo/02.htm>

[20] Idem.

[21] Disponível em http://www.hakani.org/pt/historia_hakani.asp.

[22] Disponível em http://www.hakani.org/pt/oque_e_infanticidio.asp.

[23] Idem.

[24] Disponível em <http://www.evangelizabrasil.com/2008/09/03/os-indios-sao-cidadaos-de-2%C2%AA-classe/>.

[25] Idem.

[26] Idem.

[27] HOLANDA Marianna Assunção Figueiredo. Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília. 2008. Pág. 58.

[28] SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: O pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. Em Revista de Direito da Universidade de Brasília, v.01, n.01, de janeiro-julho págs, 65-92. 2014. Pág. 76.

[29] HOLANDA, 2008 pág. 27.

[30] VIERTLER 1976, pág. 40, apud HOLANDA 2008, pág. 27.

[31] HOLANDA, 2008 pág. 28.

[32] HOLANDA, 2008.

[33]Ibiden, pág. 42.

O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA ADEQUADA COMO DIREITO HUMANO: PRIMEIROS COMENTÁRIOS

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e

econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Direito à Moradia Adequada. Direitos Sociais.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 O Reconhecimento do Direito à Moradia Adequada como Direito Humano: Primeiros Comentários.

1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz

evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*^[1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A

segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”* [2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e

profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”* [3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”* [4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais

permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”*, como bem afiança Alexandre de Moraes^[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos

súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”* [7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja aceção, na visão adotada, excluía aqueles. *“É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida”* [9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico.

A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos”^[10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato^[11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito^[12], devido processo legal^[13], acesso à Justiça^[14], liberdade de locomoção^[15] e livre entrada e saída do país^[16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia

limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que florescia.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. *“Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”*[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania,

cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[26].

3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[27]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para

que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[28] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[29], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais

garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[30], da reserva legal[31] e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[32], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[33].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”*[34], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças,

os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjuguou a maioria[35]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. *“Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados”* [36]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[37], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga

horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”*^[38], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado^[39], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas,

é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais[40].

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão *“são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal”* [41]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. *“Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”* [42], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio [43], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção

e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. *“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo”* [44] ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da

solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[45].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”* [46]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. *“Têm*

primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta” [47]. A respeito do assunto, Motta e Barchet [48] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

6 O Reconhecimento do Direito à Moradia Adequada como Direito Humano: Primeiros Comentários

Em um primeiro painel, ao refletir sobre o que é o direito à moradia adequada, pode-se afirmar que uma série de condições devem ser atendidas antes que formas particulares de abrigo possam ser consideradas como moradia adequada. Para que o direito à moradia adequada seja satisfeito, há alguns critérios que devem ser atendidos. Tais critérios são tão importantes quanto à própria disponibilidade de habitação. Neste aspecto, é possível enumerar elementos estruturantes para a materialização do direito humano à moradia adequada [49]. O primeiro requisito repousa na segurança da posse, porquanto a moradia não é considerada adequada se os seus ocupantes não são detentores de um grau de segurança de posse que assegure a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças. Igualmente, há que se computar a disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura, eis que a moradia não é adequada se o seus ocupantes não possuem água potável, saneamento básico, energia para cozinhar,

aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo. No que compete à economicidade, quadra explicitar que a moradia não é descrita como adequada, caso o seu custo ameace ou comprometa o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes. Em relação à habitabilidade, cuida ponderar que a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde[50].

No que pertine à acessibilidade, na condição de requisito para a materialização do direito em comento, a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levados em conta. Já a localização estabelece que a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas. Por fim, no que toca à adequação cultural, a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural. As características do direito à moradia adequada são esclarecidas em comentários gerais do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O Comitê reforçou que o direito à moradia adequada não deve ser interpretado de forma restritiva[51]. Pelo contrário, deve ser visto como o direito de viver em algum lugar em segurança, paz e dignidade. A melhor forma de entender o direito à moradia adequada é entender que ele é composto por três elementos: liberdades, garantias e proteções. O direito à moradia adequada inclui, mas não se limita, às seguintes liberdades: (i) proteção

contra a remoção forçada, a destruição arbitrária e a demolição da própria casa; (ii) o direito de ser livre de interferências na sua casa, à privacidade e à família; (iii) O direito de escolher a própria residência, de determinar onde viver e de ter liberdade de movimento. O direito à moradia adequada inclui, mas não se limita, às seguintes garantias: (i) segurança da posse; (ii) restituição da moradia, da terra e da propriedade; (iii) acesso igualitário e não discriminatório à moradia adequada; (iv) participação, em níveis internacional e comunitário, na tomada de decisões referentes à moradia. Por fim, o direito à moradia adequada também inclui proteções: (i) proteção contra remoção forçada é um elemento-chave do direito à habitação adequada e está intimamente ligada à segurança da posse.

No mais, consoante a ONU já assentou, o direito à moradia adequada abrange medidas que são necessárias para evitar a falta de moradia, proibir as remoções forçadas e a discriminação, focar nos grupos mais vulneráveis e marginalizados, garantir a segurança da posse a todos, e garantir que a habitação de todos seja adequada^[52]. Essas medidas exigem a intervenção governamental em vários níveis: legislativo, administrativo, de políticas e/ou prioridades de gastos. Porém, o direito à moradia adequada pode ser implementado através de uma abordagem em que o governo viabilize a habitação, ao invés de provê-la. O governo torna-se o facilitador das ações de todos os participantes na produção e na melhoria das habitações. Políticas, estratégias e programas baseados na abordagem da viabilização têm sido promovidos pela ONU desde 1988.

Referências:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho.** Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 21 jun. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Direito à Moradia Adequada.** Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jun. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus.** Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 21 jun. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral.** 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais.** 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 21 jun. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência.** 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP).** Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015.

_____. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 21 jun. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 21 jun. 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 21 jun. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 21 jun. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece

sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jun. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 21 jun. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 21 jun. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009, s.p.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 21 jun. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles

aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou

da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] MORAES, 2003, p. 28.

[27] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[28] SILVA, 2004, p. 157.

[29] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[32] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[33] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 jun. 2015: “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[34] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[35] COTRIM, 2010, p. 160.

[36] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 8](#), [n. 157](#), [10 dez. 2003](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

[37] MORAES, 2011, p. 11.

[38] SANTOS, [2003](#), s.p.

[39] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[40] SANTOS, [2003](#), s.p.

[41] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[42] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[43] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[44] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[45] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jun. 2015.

[46] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[47] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[48] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração.[...]”

[49] BRASIL. **Direito à Moradia Adequada**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013, p. 13.

[50] Ibid.

[51] BRASIL. 2013, p. 13-14.

[52] Ibid, p. 16.

Faculdade de Ciências Jurídicas Prof. Alberto Deodato

Walyson Pinheiro Inácio

**SOLICITAÇÃO E CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E
APREENSÃO PELA POLÍCIA MILITAR: CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO
OU EFICIÊNCIA EM BENEFÍCIO DA COLETIVIDADE.**

Belo Horizonte

2012

Walyson Pinheiro Inácio

**SOLICITAÇÃO E CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E
APREENSÃO PELA POLÍCIA MILITAR: CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO
OU EFICIÊNCIA EM BENEFÍCIO DA COLETIVIDADE.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para a conclusão do Curso de
Direito e obtenção do título de Bacharel em
Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas
Professor Alberto Deodato.

Orientador : Prof. Me. Estevão de Melo.

Belo Horizonte

2012

Walysom Pinheiro Inácio

Solicitação e cumprimento de mandado de busca e apreensão pela polícia militar: Conflito de atribuição ou eficiência em benefício da coletividade.

Trabalho de conclusão de curso

Bacharelado em direito

Faculdade de Ciências Jurídicas Professor

Alberto Deodato

Examinado por:

Prof. Estevão Melo – Professor Mestre – Faculdade de Ciências Jurídicas Professor Alberto
Deodato – Orientador

Prof. Warley Rodrigues Belo – Professor Mestre – Faculdade de Ciências Jurídicas Professor
Alberto Deodato – Examinador

Profª. Bárbara Carolina de Almeida Mendes Lima – Professora Mestre– Faculdade de Ciências
Jurídicas Professor Alberto Deodato – Examinadora

Belo Horizonte, de, de 2012.

RESUMO

Com a evolução do sistema de defesa social em tempos atuais, onde a criminalidade apresenta uma forma de atuação “organizada”, as instituições responsáveis pela segurança pública têm adotado medidas de atuação consideradas às vezes conflituosas diante das atribuições previstas na Constituição Federal. A solicitação e o cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar pela Polícia Militar tem sido tema polêmico no Direito Processual Penal, devido às divergências de entendimento quanto à legalidade e legitimidade da medida realizada pelo órgão policial. Diante desse fato, o presente trabalho pretende demonstrar que a atuação “investigatória preventiva” e de “auxiliar da justiça”, nas solicitações e cumprimentos de mandados de busca e apreensão domiciliar, é legal e “legítima” à Polícia Militar no cumprimento de sua missão constitucional de *preservação da ordem pública*. Essa medida pode ser adotada na prevenção de delitos, e principalmente prisão de autores dos denominados crimes permanentes – como o tráfico de drogas ilícitas e posse ilegal de arma de fogo. Com base na legislação e no entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, chegou-se a conclusão de que não se trata, portanto, de conflito de atribuições como sugere alguns, mas sim, de uma atuação eficiente em benefício da coletividade, sendo meio de prova legal, legítima e em consonância com sua atribuição constitucional, sobre a ótica da preservação da ordem pública, conforme preceitua Lei Maior.

Palavras-chave: Atribuição. Mandado. Busca. Apreensão. Solicitação. Cumprimento. Polícia Militar. Ordem Pública. Crime Permanente.

ABSTRACT

With the evolution of social defense system in current times, where crime has a way of action "organized", the institutions responsible for public safety have adopted measures of performance considered in the face of sometimes conflicting powers under the Constitution. The application and enforcement of the warrant of search and seizure at home by the military police has been a contentious issue in the Criminal Procedural Law, due to differences of opinion as to the legality and legitimacy of the measurement performed by the national police. Given this fact, this study aims to demonstrate that the action "preventive investigatory" and "help of justice", in requests and greetings sent home search and seizure is legal and "legitimate" to the Military Police in fulfilling its mission preservation of constitutional order. This measure can be adopted in the prevention of crime, and especially the arrest of perpetrators of crimes called permanent - such as trafficking in illicit drugs and illegal possession of firearm. Based on the legislation and the prevailing understanding of the doctrine and jurisprudence, came to the conclusion that it is not, therefore, the conflict of jurisdiction as suggested by some, but of an effective action for the benefit of the community, and through legal evidence, legitimate and in line with his constitutional authority, on the perspective of preserving public order, as provided highest law.

Keywords: Competence. Warrant. Searching. Seizure. Request. Compliance. Military Police. Public Order. Permanent crime.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. BREVE HISTÓRICO DA BUSCA E APREENSÃO NO DIREITO BRASILEIRO	10
2.1. A busca e apreensão no Brasil Império	10
2.2. A busca e apreensão no Brasil República	11
3. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO (MBA)	12
3.1. Conceito	12
3.2. Natureza Jurídica	15
3.3. Procedimento	17
4. POLÍCIA ADMINISTRATIVA X POLÍCIA JUDICIÁRIA	23
5. ATRIBUIÇÕES DOS ÓRGÃOS POLICIAIS ESTADUAIS	26
5.1. Atribuições da Polícia Militar	26
5.1.1. O Policial Militar como autoridade policial	30
5.2. Atribuições da Polícia Civil	31
6. LEGITIMIDADE X LEGALIDADE	34
7. LEGITIMIDADE PARA SOLICITAÇÃO E A LEGALIDADE NO CUMPRIMENTO DO MBA	38
8. CONCLUSÃO	44
9. BIBLIOGRAFIA	49

1. INTRODUÇÃO

A segurança pública tem sido um dos assuntos mais discutidos na atualidade, momento em que as instituições responsáveis pela sua manutenção enfrentam uma crise de identidade organizacional sob os paradigmas conflituosos das atribuições previstas na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais, além de outras leis.

Um dos temas que tem gerado controvérsias entre as atribuições dos órgãos policiais é a solicitação e o cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar realizados pela Polícia Militar. Tema polêmico que tem gerado muitas discussões no meio policial e entre os operadores do direito.

Disciplinado como meio de prova no Código de Processo Penal, o Mandado de Busca e Apreensão tem se mostrado medida cautelar eficiente no combate ao crime organizado, utilizada tanto preventiva como repressivamente.

Alguns delegados de polícia se manifestaram contrários a essa prática, alegando usurpação de função pública, por parte de policiais militares, que solicitam e cumprem ordens judiciais de busca e apreensão domiciliar.

Segundo esse pensamento, no âmbito estadual, caberia apenas à autoridade de Polícia Judiciária a representação junto ao poder judiciário para a expedição de mandados de busca e apreensão, através do Delegado de Polícia (autoridade policial), e, somente mediante prévia investigação criminal, isso, em fase pré-processual ou de inquérito, já que na fase processual é possível o requerimento por qualquer uma das partes que compõe a relação processual.

Há também alguns doutrinadores que corroboram com a tese apresentada pelos delegados de polícia, alegando ainda, “ilegitimidade da parte” aos policiais militares que solicitam e cumprem os mandados de busca e apreensão expedidos pela autoridade judiciária.

Dispõe o artigo 240 do CPPB que a busca será “domiciliar” ou “pessoal”, sendo a domiciliar realizada quando fundadas razões a autorizarem, para: prender criminoso; apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; apreender pessoas vítimas de crimes; e, colher qualquer elemento de convicção.

Já em seu artigo 241, dispõe que quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado. Este dispositivo foi derogado, ou seja, parcialmente revogado, pelo artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu como requisito para a busca domiciliar a obrigatoriedade de mandado judicial.

É aí que nascem as indagações: A quem a ordem judicial poderá ser dirigida para o cumprimento? Seria o policial militar “autoridade policial” competente para dar cumprimento a essa ordem? Teria o policial militar “legitimidade” para solicitar junto ao judiciário a expedição dessa ordem? Daí tantas outras poderiam surgir sobre as dicotomias “legitimidade e ilegitimidade”, “legalidade e ilegalidade”, para a solicitação e cumprimento de mandados de busca e apreensão domiciliar, pela Polícia Militar.

Para esclarecer sobre a legalidade ou não desse procedimento adotado por policiais militares, promotores de justiça e magistrados, analisaremos alguns tópicos que irão nos direcionar a uma elucidação do tema, sendo: a definição de autoridade policial, a atribuição constitucional e legal dos órgãos policiais responsáveis pelo sistema de segurança pública, a legalidade ou ilegalidade dos chamados “levantamentos” ou “investigações preventivas”, realizados pela Polícia Militar, a analogia sobre o cumprimento de mandados de busca e apreensão domiciliar, e o cumprimento de mandados de prisão, entre outros temas pertinentes.

Trata-se de tema de suma importância para os operadores do direito, vez que poderá acarretar na validação ou invalidação desse meio de prova, influenciando no oferecimento ou não da denúncia pelo órgão do Ministério Público e até mesmo culminar na condenação ou absolvição e conseqüentemente no cerceamento ou não da liberdade do réu.

2. BREVE HISTÓRICO DA BUSCA E APREENSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. A busca e apreensão no Brasil Império

No Brasil o instituto da busca e apreensão teve inicialmente grande influência das leis lusitanas, o que não poderia ser diferente, já que o país era uma colônia de Portugal.

Com a vinda da família real portuguesa para o Brasil, antes mesmo da existência de uma Constituição ou leis próprias, o Imperador Dom Pedro I em 1823, disciplinou a restrição de entrada em casa alheia, garantindo alguns direitos considerados invioláveis, como a segurança individual, a propriedade e a imunidade da casa do cidadão.

Em 1832 com o advento do Código do Processo Criminal o instituto foi disciplinado sobre o tema “Das Buscas” e teve estabelecido alguns requisitos para a entrada em casa alheia, como a constatação de veementes indícios, prazo de validade, a inviabilidade, atribuição para a execução, proibição da execução durante a noite, e impôs ainda sanção em caso de ocultação de coisas e pessoas objetos da busca. A apreensão foi tratada como objetivo da busca e, portanto, não era considerado um procedimento autônomo.

O Código do Processo Criminal deixou de tratar de alguns pontos importantes, como por exemplo, não estabeleceu a competência para a expedição do mandado de busca, tendo ainda, omitido outros pontos importantes sobre o instituto.

Na tentativa de sanar alguns desses erros, em 1841 foi elaborada a primeira reforma do Código de Processo Criminal. O advento da Lei 261 alterou o Código instituindo-se capítulo específico para a polícia, atribuindo à autoridade policial a função de expedir o mandado de busca, bastando para a legalidade do ato, a comprovação de veementes indícios ou fundada probabilidade da existência de objetos ou criminoso, no lugar da busca, que se pretendia apreender.

Com a finalidade de disciplinar a parte policial da Lei 261, em 1842 foi elaborado o Regulamento 120, que previu a divisão das funções policiais, instituindo a polícia judiciária e atribuiu à

autoridade de polícia judiciária, (chefes de polícia, delegados, subdelegados e Juízes Municipais) a função de conceder o mandado de busca. O Regulamento deu ainda à busca e apreensão a finalidade de servirem ao corpo de delito, descobrir objetos furtados ou roubados e também realizar a prisão de pessoas.

2.2. A busca e apreensão no Brasil República

No Brasil República, ainda sob forte influência das legislações da época imperial, com o advento da primeira Constituição, foi estabelecida a competência aos Estados para legislar em matéria processual.

Com a delegação da competência aos Estados, poucos ousaram legislar sobre o assunto, tendo a maioria dos se limitado a observar a legislação imperial, como nos mostra Cleunice Bastos Pitombo¹:

“O resultado, entretanto, mostrou-se lamentável, sob dúplice aspecto, salvo raras exceções. Alguns Estados jamais elaboraram Código de Processo. Limitaram-se a observar a legislação imperial: Código de Processo Criminal de 1832 e Regulamento 737 de 1850. Outros criaram diplomas sem precisão técnica, onde, por exemplo, se imiscuam meras disposições de organização judiciária, entre normas processuais”

O primeiro Código de Processo Penal a surgir foi o do Estado do Rio Grande do Sul em 1898, que abandonou a estrutura trazida pelo ordenamento jurídico do império. Esse código tratou do instituto da “busca” no Capítulo que versava sobre as provas, retirando o tema do capítulo que fazia referencia á polícia, como previa o Código do período imperial.

Já, o primeiro Código de um estado da República que tratou o instituto sob a denominação “busca e apreensão”, foi o do Estado do Amazonas em 1917. Nesse Código a “busca e apreensão” à semelhança do Código de Processo Penal do Estado do Rio Grande do Sul, foi acolhida no Capítulo “Das Provas”.

¹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2005, p. 37.

A partir daí, outros ordenamentos processuais foram surgindo nos Estados. Alguns trataram o instituto como uno, outros faziam referência apenas à “busca”, sendo a apreensão mera finalidade da busca.

3. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO

Como mencionado no item anteriormente (Breve Histórico da Busca e Apreensão no Direito Brasileiro) o instituto “busca e apreensão” teve início no direito brasileiro sobre influência do ordenamento jurídico lusitano e existiu legalmente desde o tempo imperial.

3.1. Conceito

Antes de tudo, a “busca e apreensão” é um dos meios de provas previstos no Código de Processo Penal Brasileiro, no título VII, intitulado de “DA PROVA”, mais especificamente no capítulo XI – “Da busca e da apreensão”.

Mas, o que é prova para o Processo Penal? Prova é o meio como se pretende provar um fato que se defende como verdadeiro. Na definição de Tourinho Filho², provar é:

“[...] antes de mais nada , estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.”

Para Denílson Feitoza (2009. p.688) prova é “atos e meios utilizados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, e reconhecidos pelo juiz como a verdade dos fatos alegados”.

Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 356) define prova como sendo uma palavra de origem latina que significa ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstração.

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 2010.

Conforme preleciona Pacelli³:

“A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, insto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*”..

Sobre a busca e apreensão podemos classificá-la não como uma prova em si, mas, como um meio de obtenção de prova. Assim, o que se está buscando será apreendido para que sirva como prova em um processo.

Esclarece Denílson Feitoza (2009, p.727) que o Código de Processo Penal Brasileiro apenas estabelece os *meios legais de prova* e não distingue os meios de provas dos meios de obtenção das provas, como acontece com o Código de Processo Penal Português; este distingue expressamente entre os meios de prova e os meios de obtenção de prova, estabelecendo que as buscas e apreensões sejam classificadas como meios de obtenção de prova.

Alguns autores fazem uma classificação das provas, quanto ao objeto, quanto ao sujeito, quanto à forma, etc., contudo iremos nos ater apenas a definição do vocábulo, vez que a classificação não irá influenciar no resultado do trabalho, contudo, iremos realizar a diferenciação de *prova lícita*, *prova ilícita* e *prova ilegítima*, pois, essa classificação, será essencial à conclusão dos trabalhos.

Trataremos mais detalhadamente desse assunto no capítulo “Legitimidade X Legalidade”

Retornando ao conceito, Guilherme de Souza Nucci⁴ define a busca e apreensão como:

“são termos diferenciados. *Busca* significa o movimento desencadeado pelos agentes do Estado para investigação, descoberta e pesquisa de algo interessante para o processo penal, realizando-se em pessoas ou lugares. *Apreensão* é medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir provas ou preservar direitos”.

³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 2011, p. 317.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2011, p.545.

Na definição de Marcus Cláudio Acquaviva (2009, p.149) é o meio de prova processual penal efetuado para a apreensão de pessoas ou de objetos cuja natureza contribua para a elucidação do crime.

Para Mirabete (1993, p. 306) “a busca é a diligência destinada a encontrar-se a pessoa ou coisa que se procura e a apreensão é a medida que a ela se segue”.

Na mesma linha de raciocínio, Nestor Távora⁵ preleciona que:

“a busca é a procura, a diligência que objetiva encontrar o que se deseja, ao passo que a apreensão é medida de constrição, para acautelar, pôr sob custódia determinado objeto ou pessoa. Nada impede que exista busca sem apreensão, e vice-versa”.

Aury Lopes Junior⁶ destaca ainda que:

“a sistemática do CPP não é, tecnicamente, a melhor, pois mistura cautelar com meios de prova e, ainda, sob uma mesma designação, dois institutos diversos (busca de um lado e a apreensão de outro)”.

“são institutos diversos, mas que foram tratados de forma unificada. Nem sempre a busca gera a apreensão (pois pode ocorrer que nada seja encontrado) e nem sempre a apreensão decorre da busca (pode haver a entrega voluntária do bem)”.

Para Cleunice Valentim Bastos Pitombo⁷ a busca e a apreensão também são dois institutos distintos, tendo definido os termos da seguinte maneira:

“A busca, portanto, é ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e da integridade física ou moral), consiste em procura, que pode ostentar-se na *revista* ou no *varejamento*, conforme a hipótese: de *pessoa* (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito) *semoventes*, coisas (objetos, papéis e documentos), bem como de *vestígios* (rastros, sinais e pistas) da infração”.

⁵ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 2011, p. 446.

⁶ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2011, p. 695-696.

⁷ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2005, p. 109, 230.

No direito processual penal brasileiro, pode-se conceituar a apreensão como ato processual penal, subjetivamente complexo, de apossamento, remoção e guarda de coisas – objetos, papéis ou documentos -, de semoventes e de pessoas, do poder de quem as retém ou detém; tornando-as indisponíveis, ou as colocando sob custódia, enquanto importarem à instrução criminal ou ao processo. A apreensão pode ser coercitiva - originada em busca -, ou espontânea - livre apresentação, ou exibição. Implica, sempre, constrição”.

Após analisarmos as definições dos ilustres doutrinadores podemos concluir que a “busca e a apreensão” são na realidade, procedimentos distintos, realizados em ações diferentes, porém, com uma mesma finalidade, pois, busca-se algo (coisa ou pessoa) no intuito de realizar a sua apreensão, para que sirva de prova no processo, ou ainda, para que se preserve um direito.

Portanto, corroboramos com o entendimento de quem afirma serem medidas que sempre andam juntas, “*a finalidade da busca é sempre a apreensão*”, apesar de que em alguns casos, possa se realizar uma busca sem que haja apreensão e uma apreensão sem que tenha sido realizada a busca.

3.2. Natureza Jurídica

Segundo Guilherme de Souza Nucci⁸ a busca e apreensão:

“são medidas de natureza mista. Conforme o caso, a busca pode significar um ato preliminar à apreensão de produto de crime, razão pela qual se destina à devolução à vítima. Pode significar, ainda, um meio de prova, quando a autorização é dada pelo juiz para se proceder a uma perícia em determinado domicílio. A apreensão tem os mesmo ângulos. Pode representar a tomada de um bem para acautelar o direito de indenização da parte ofendida, como pode representar a apreensão da arma do delito para fazer prova. Assim, tanto a busca, quanto a apreensão, podem ser vistos, individualmente, como meios assecuratórios ou como meio de prova, ou ambos”.

⁸

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2011, p.546.

A “busca e apreensão” além de prova, conforme dito anteriormente, é também uma medida de natureza cautelar e como tal visa o acautelamento de material probatório, para contribuir na formação da convicção do julgador, nesse sentido afirma Denílson Feitoza⁹:

“No Código de Processo Penal, apesar de estar prevista apenas no título referente às provas, a medida de busca e apreensão também pode ser uma medida cautelar. No processo penal, é utilizada, na maioria dos casos, como meio de obtenção de prova. A busca e apreensão quando recai sobre coisas, é medida cautelar *real*”.

Esclarece ainda Feitoza¹⁰, que a busca e apreensão tem dupla natureza:

“[...]para a lei: meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva; para a doutrina: também medida acautelatória, destinada a impedir o perecimento de coisas e pessoas. Nessa linha, pode ser medida cautelar real ou pessoal, conforme o objeto da busca seja, respectivamente, coisa ou pessoa.

Ainda, sobre a natureza da busca e apreensão Mirabete (1993, p. 306) ensina que “para a nossa lei é ela meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva...” e conclui que “...a doutrina as considera mais como medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas e das pessoas”.

Para Pacelli (2011, p. 423), “Trata-se, por certo, de medida de natureza eminentemente *cautelar*, para acautelamento de material probatório, de coisa, de animais e até de pessoas, que não estejam ao alcance, espontâneo da justiça”.

Já, Nestor Távora (2011, p. 446) entendi que “a busca e apreensão tanto pode figurar, cada um de per si, como meio de prova, ou como medida instrumental, cautelar, a depender da finalidade pretendida com o ato’.

Assim, apartando a busca da apreensão, afirma Cleunice Bastos Pitombo¹¹ que:

⁹ FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal, Teoria Críticas e Práxis**. 2009, p. 937.

¹⁰ FEITOZA, op. cit., 937.

¹¹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da Busca e da Apreensão no Processo Penal**. 2005, p. 116, 117.

“[...]a busca, no processo penal brasileiro, não constitui *prova*, nem *meio para a sua obtenção*; consiste, na verdade, em *medida instrumental*, com restrição a certos direitos fundamentais, no escopo de achar, encontrar pessoas, semoventes, coisas ou vestígios, que, de modo direto ou indireto, se relacionem com fato, pretensamente, ilícito e típico, investigado ou perquirido.

“A apreensão, por seu turno, pode consistir em meio cautelar de obtenção de provas, quando visa a assegurar elementos indispensáveis à comprovação da verdade criminal perquirida”.

Conclui Cleunice Bastos Pitombo que quanto a natureza dos institutos *busca* e *apreensão* a doutrina não é unânime, entendendo-se que a busca consiste em medida instrumental restritiva de direito, e também, em medida cautelar real. Já a apreensão não tem única natureza jurídica, podendo ser medida cautelar, meio de prova, e ainda, meio de obtenção de provas, dependendo da função que lhe der. (PITOMBO, 2005, p. 115-119, 239-240).

3.3. Procedimento

A matéria é tratada no CPPB nos artigos 240 a 250 e segundo o instituto a busca será domiciliar ou pessoal e será realizada quando houver *fundadas razões* ou ainda *fundadas suspeitas* que a autorizarem para:

1. prender criminosos;
2. apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
3. apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
4. apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinadas a fim delituoso;
5. descobrir objetos necessários a prova de infração ou à defesa do réu;
6. apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
7. apreender pessoas vítimas de crimes; e
8. colher qualquer elemento de convicção.

Observa-se a distinção entre a busca domiciliar e a busca pessoal quando nos artigos do CPPB que tratam do assunto, diferenciam a *motivação* dos procedimentos, ou seja, quando houver *fundadas razões* estamos falando de busca domiciliar, já quando falamos em *fundada suspeita* estamos diante da busca pessoal.

Por hora, vamos nos ater mais especificamente à busca domiciliar, tema de análise do presente trabalho.

Sobre o mandado de busca e apreensão domiciliar, Pacelli¹² ensina que:

“Por busca domiciliar entende-se aquela realizada em residência, bem como em qualquer compartimento habitado, ou aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, no qual alguém exerce profissão ou atividade, nos termos do art. 246 do CPP. Todos esses locais, bem como os quartos de hotéis, motéis ou equivalentes, quando habitados, encontram-se incluídos e protegidos pela cláusula constitucional da inviolabilidade de domicílio”.

A busca domiciliar será sempre precedida de mandado (desde que a autoridade judiciária não a realize pessoalmente) que deverá ser expedido por autoridade judiciária, devendo o respectivo mandado indicar o local onde será realizada a busca, o nome do respectivo morador ou proprietário, mencionar o motivo e os fins da diligência, e ser subscrito por escrivão e assinado pelo juiz (Desembargador ou Ministro) que o expedir.

Conforme esclarece Pacelli¹³:

“... a adoção de quaisquer providências que estejam protegidas pelas cláusulas da reserva da jurisdição, isto é, que digam respeito ao tangenciamento dos direitos fundamentais das pessoas, deverá vir precedida de ordem judicial”.

“Por isso, mandados de busca e apreensão de coisas e/ou pessoas, interceptações telefônicas e/ou de dados, gravações ambientais, e, assim, qualquer invasão das

¹² PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 2011, p. 423.

¹³ Ibid, p.59.

inviolabilidades constitucionais (direito a honra, à imagem, à privacidade, à intimidade etc., art. 5º, X, XI e XII) dependem de ordem judicial”.

De posse do mandado de busca e apreensão, a autoridade policial, ou a quem este (mandado) indicar, deverá cumprir outro requisito indispensável que é o cumprimento dentro do horário estabelecido pelo CPPB, ou seja, de dia (segundo o entendimento majoritário é o horário que compreende-se entre 6h e 18h), salvo se houver o consentimento do morador.

Vale observar que se iniciada a diligência no período diurno e esta se prolongar ao período noturno, não há que se falar em interrupção dos trabalhos, pois, há a necessidade apenas de se iniciar as buscas no horário diurno, não se exigindo momento de término.

Outro requisito procedimental a ser observado, no cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar, para se caracterizar a legalidade da ação, é a apresentação e leitura da ordem judicial, antes do início das diligências, e finda essa, será lavrado auto circunstanciado assinado por duas testemunhas presenciais.

A inobservância desses preceitos legais poderá, conforme o caso concreto, sujeitar aos seus executores ao enquadramento no artigo 150 do Código Penal Brasileiro, podendo responder pelo crime de “violação de domicílio”.

Por tratar-se de cautelar, deve a medida ser considerada como excepcional, pois a regra conforme a Carta Magna é a inviolabilidade do domicílio, e portando devem ser observadas duas situações que visam a legalidade da concessão, quais sejam: a) *periculum in mora*; e b) *fumus boni iuris*, à semelhança do procedimento cível.

Presente o risco e sendo razoável a hipótese de que o provimento jurisdicional seja favorável, porque existem fortes indícios de autoria e de materialidade, fica plenamente aceitável a concessão e execução da medida, para garantir a eficácia de um processo principal, ou ainda, de subsídio para a abertura de um novo processo.

Nesse sentido preleciona Pacelli¹⁴:

“A medida, cautelar no que se refere à questão probatória e à segurança de pessoas, também é excepcional por implicar a quebra da inviolabilidade do acusado ou de terceiros, tanto no que se refere à inviolabilidade do *domicílio* quanto no que diz respeito à inviolabilidade *pessoal*”.

O mandado de busca e apreensão domiciliar por ter uma natureza cautelar, pode ser determinado de ofício pelo juiz, quando as provas forem consideradas urgentes e relevantes, podendo ser realizada antes mesmo de iniciada a ação penal (fase pré-processual).

Mirabete¹⁵ discorrendo sobre o assunto ensina que:

A busca e apreensão podem ocorrer: a) anteriormente a qualquer procedimento policial ou judicial, ou seja, quando a autoridade policial tem conhecimento da infração penal (art. 6º, II) ou na hipótese de crime contra a propriedade imaterial apurado mediante ação penal incondicionada; b) durante o inquérito policial; c) na fase da instrução criminal; d) durante a execução, como, por exemplo, na busca necessária a verificar o procedimento do liberado condicional no caso de revogação (art. 145 da LEP).

Ainda, sobre o momento do mandado de busca e apreensão Nestor Távora¹⁶ explica que:

“Existe ampla liberdade temporal para a realização da medida, que pode ocorrer antes do início formal da persecução penal. Da mesma forma, tem cabimento durante a investigação preliminar, no curso da instrução processual, na fase recursal, onde o tribunal, no julgamento da apelação, poderá determinar a realização da diligência (art. 616, CPP), ou até mesmo na fase executória”.

Devemos lembrar que tal procedimento deve pautar-se pelos critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade.

¹⁴ PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 2011, p.423.

¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 1993, p. 306.

¹⁶ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 2011, p. 448, 449.

Guilherme de Souza Nucci¹⁷, sobre a busca determinada de ofício pelo juiz afirma:

“tal providência faz parte da busca da verdade real, princípio que rege a atuação do magistrado no processo penal, bem como o impulso oficial, que comporta o procedimento. Não deve, no entanto, o juiz exceder-se na avaliação da prova, antecipando julgamentos e buscando culpados a qualquer custo. Somente se a diligência se mostrar imprescindível à formação do seu convencimento, não tendo havido requerimento das partes, pode o julgador intervir, determinando seja feita a busca, fazendo-o de modo fundamentado”.

Além de poder ser determinada de ofício pelo juiz, o mandado de busca e apreensão domiciliar poderá ser requerido pelas partes, conforme reza o artigo 242 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”.

Assim ensina Guilherme de Souza Nucci (2011, p.560), “não basta a parte interessada solicitar a diligência, sendo indispensável que a justifique ao magistrado, dando-lhe seus fundados motivos e procurando convencê-lo da sua necessidade”.

Falaremos melhor sobre o requerimento do mandado de busca e apreensão domiciliar pelas partes, no item 7 “*legitimidade para o requerimento e a legalidade no cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar*”.

Todo requerimento do mandado de busca e apreensão deverá conter a motivação e a finalidade da diligência, conforma orienta Guilherme de Souza Nucci¹⁸:

“outra característica fundamental do mandado de busca, decorrente da necessidade de ser preciso e determinado, é indicar o motivo gerador da diligência, bem como o motivo a ser alcançado. Sem essa menção, pode a busca tornar-se genérica e insegura. Se algum

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2011, p.560, 561.

¹⁸ Ibid, p. 561, 562.

lugar necessita ser revistado ou se alguém precisa ser investigado diretamente, é curial que a pessoa, cujo interesse vai ser violado, saiba a razão e o fim”.

Entendemos que “parte” no sentido estrito da palavra somente deve ser usada no momento processual, ou seja, momento em que a relação processual está completa, composta pelo órgão do Ministério Público, Réu e Juiz.

Também entendemos que o “requerimento” no sentido estrito da palavra, somente pode ser utilizado na fase processual.

4. POLÍCIA ADMINISTRATIVA X POLÍCIA JUDICIÁRIA

O termo “polícia” advém do grego *politéia*, que significava a “arte de governar”. Hoje a palavra “polícia” é referida ao órgão estatal subordinado ao poder executivo que tem a função de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e de seu patrimônio, isso quer dizer: prevenir e reprimir as infrações consideradas como crime ou contravenção penal.

Para Edílson Mougnot Bonfim (2011, p. 131) polícia “é órgão estatal incumbido de prevenir ocorrência de infrações penais, apurar autoria e materialidade das já perpetradas, sem prejuízo de outras funções atinentes à persecução penal”.

Jorge César de Assis¹⁹ esclarece que:

“Em nosso País o sistema policial dos Estados está baseado na dicotomia Polícia Militar X Polícia Civil, sendo a responsabilidade da Polícia Civil o exercício da polícia judiciária: apuração dos fatos envolvendo o ilícito penal, consubstanciando-o no inquérito policial; já às Polícias Militares cabe o policiamento ostensivo, fardado, além da missão mais ampla de preservação da ordem pública e da segurança interna”.

Há na doutrina uma grande divergência sobre a classificação das polícias. Para a maioria dos doutrinadores do direito administrativo o tema é tratado dentro do assunto intitulado como “poder de polícia” e há uma divisão entre polícia administrativa e polícia judiciária. É importante anotar, sobre a visão desses, que tanto a polícia Militar quanto a Polícia Civil se enquadram na classificação de polícia Judiciária. Já para os doutrinadores do Processo Penal a classificação das polícias estaria embasada apenas na dicotomia Administrativa ou Preventiva e Judiciária ou Repressiva.

Nesse momento caberá a análise das polícias apenas sobre o paradigma da Segurança Pública.

¹⁹ ASSIS, Jorge César. **Lições de Direito para a Atividade Policial Militar**. 2002, p. 18.

Para Pedro Lenza no âmbito estadual a polícia *Stricto Sensu*, estaria dividida em dois órgãos, a polícia militar (polícia administrativa) e a polícia civil (polícia judiciária).

Nesse sentido leciona Walber de Moura Agra²⁰ que:

“A segurança pública no Brasil pode ser preventiva, de natureza administrativa, ou judiciária, de natureza repressiva. Preventiva é aquela que atua no sentido de evitar a prática de condutas delituosas e judiciária é aquela que busca desvendar a autoria da infração já praticada. A primeira tem como missão primordial a vigilância e a proteção da sociedade, mantendo a ordem, a tranquilidade pública e velando pela garantia dos direitos fundamentais. A segunda concentra a sua atuação no momento posterior à infração, colhendo todos os elementos para a identificação dos autores do ilícito e fornecendo os subsídios que vão embasar a ação penal”.

Porém, mais adiante podemos observar na definição de Walber de Moura Agra que a distinção entre as polícias militar e civil não ficam muito claras já que define a polícia militar como uma polícia repressiva. (AGRA, 2002, p. 583, 584).

Não há um consenso na doutrina, aliás, há divergência entre os doutrinadores do Direito Penal, do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, quanto à classificação das polícias.

Para os penalistas, as polícias Militar e Civil, são respectivamente, polícia administrativa e judiciária. Já, para os doutrinadores do Direito Administrativo tanto a polícia Militar quanto a Civil são polícias Judiciárias, pois, embora seja atividade administrativa, prepara a atuação da função jurisdicional penal.

Para o professor Antônio Álvares da Silva²¹, titular da Faculdade de Direito da UFMG:

“A atividade policial é essencialmente unitária. Prevenir e reprimir crimes e infrações penais é uma só atividade que se divide didaticamente em duas, para melhor compreensão dos iniciantes.

²⁰ AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. 2002, p. 583, 584.

²¹ SILVA, Antônio Álvares. **Polícia e carreira jurídica**. Jornal Hoje em Dia, Belo Horizonte, 1º de julho de 2010.

Dom João VI criou o cargo de Intendente Geral de Polícia da Corte, que tinha poderes de polícia e jurisdicionais. Posteriormente instituiu a divisão militar da guarda real de polícia do Rio de Janeiro, estabelecendo então o cerne originário das polícias militares que se organizaram nas províncias e depois nos estados-membros.

Formada como organização militar, a polícia chegou até mesmo a ser utilizada em guerras, demonstrando que o foco de sua constituição não coincidia com as funções de governo da cidade (polícia vem de pólis, cidade, em grego). Esta adaptação viria mais tarde com os ajustes constitucionais.

Já a evolução da Polícia Civil se deu com o desenvolvimento político e jurídico do país. Seu embrião foi a Lei 261 de 1841, que estabeleceu para as províncias um chefe de polícia, delegados e subdelegados, escolhidos dentre os cidadãos. Mais tarde, a exigência de especialização integrou a PC no Estado, exigindo concurso público e conhecimento jurídico para seu exercício.

Esta origem diversa firmou raízes históricas nas duas corporações, erguendo entre elas muros intransponíveis, mantendo estanques as duas finalidades. Hoje, a divisão está superada. Para as funções tipicamente militares foram criadas as Forças Armadas - art. 142 da Constituição - ficando as polícias com a atuação ostensiva, a preservação da ordem pública, a prevenção de crimes e sua apuração.

Estas funções são inerentes a toda e qualquer atividade policial, o que enfraqueceu a divisão institucional entre elas. No fundo, exercem a mesma atividade, embora separadamente. Daí a necessidade de unificá-las para o melhor exercício de suas funções.

Ambas exercem funções jurídicas imediatas, portanto estão dentro do que se pode chamar de carreira jurídica”.

Assim, corroborando com esse entendimento podemos afirmar que tanto a Polícia Militar quanto a Polícia Civil são a exteriorização da atividade administrativa do Estado e que tanto os agentes públicos, civis e militares, que exerçam atividade de polícia, são autoridades administrativas e não judiciárias.

5. ATRIBUIÇÕES DOS ÓRGÃOS POLICIAIS ESTADUAIS

Conforme vimos anteriormente, quando tratamos da distinção da Polícia Administrativa e Polícia Judiciária, no Brasil, o sistema de segurança pública (policial) estadual, foi dividido sobre as atribuições de dois órgãos, sendo a Polícia Militar e a Polícia Civil.

Rogério Greco²² falando a respeito das distinções que existem entre as polícias Militar e Civil esclarece:

“Hoje, a separação existente entre a polícia militar, considerada ao mesmo tempo, como uma polícia repressiva e preventiva, e a polícia civil (e mesmo a federal em sua área de atuação), cuja finalidade precípua é investigar os delitos já ocorridos, vem diminuindo”.

Mas, apesar de na realidade essas diferenças operacionais estarem diminuindo, pois, algumas tarefas já são consideradas comuns entre as polícias, existem funções que são específicas de cada um desses órgãos policiais. Essa especificidade nas funções é determinada pela Constituição Federal e não pode ser desconsiderada ou ignorada, sob pena de estarmos infringindo o próprio “Estado Democrático de Direito”.

Dessa forma, cabe destacar e esclarecer quais são as atribuições, específicas e comuns, de cada um dos órgãos policiais estaduais.

5.1. Atribuições da Polícia Militar

Segundo nossa Carta Magna, a segurança pública é um dever do Estado, e direito e responsabilidade de todos os cidadãos, brasileiros, ou estrangeiros residentes no país, tendo como objetivo, a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

²² GRECO, Rogério. **Atividade policial**: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 2010, p. 4.

No artigo 144 e seus incisos, o legislador originário elencou os órgãos responsáveis por essa missão constitucional, e em seus parágrafos subseqüentes ele estabeleceu as atribuições gerais de cada um desses órgãos.

Nos estados as atribuições para o exercício do poder de polícia *estrito senso*, ficou a cargo das polícias Militar e Civil.

Estabelece o parágrafo 5º do artigo 144 da CF/88 que às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.

Portanto, conforme a Carta Magna, à Polícia Militar coube o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública.

Explica Mougenot²³ que:

“as polícias militares dos Estados atuam preventivamente, com o intuito de assegurar que os bens jurídicos penalmente tutelados permaneçam incólumes, isto é, têm como objetivo evitar crimes e contravenções penais. Excepcionalmente exercem função judiciária, apurando a ocorrência de crimes militares, na forma prevista no Código de Processo Penal Militar”.

Denílson Feitoza (2009, p.173) ensina que, “As polícias militares normalmente são polícias de segurança, ou seja, procuram evitar que o crime seja praticado”.

Já para Walber de Moura Agra, a polícia militar tem uma função repressiva, executando o policiamento ostensivo para manter ou restabelecer a ordem pública e garantir o cumprimento da lei (AGRA, 2002, p. 583, 584).

Podemos definir o policiamento ostensivo como um tipo de policiamento caracterizado pela visibilidade de seus agentes, com o uso de fardas ou uniformes, a semelhança das forças armadas.

²³

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 2011, p. 133.

Quanto ao policiamento ostensivo, não há dúvidas sobre a sua aplicabilidade, pois apenas com o uso de fardas, as polícias militares executam essa missão constitucionalmente atribuída. Mas, a sua missão não se resume ao policiamento ostensivo, cabendo também a polícia militar a preservação da ordem pública.

O que podemos entender por *ordem publica*? Podemos definir a palavra ordem como sendo o estado natural das coisas; de harmonia das pessoas com as leis e os costumes de um determinado lugar.

“É o inverso de desordem. É a adequação das relações sociais segundo parâmetros preestabelecidos” (AGRA, 2002)

Esclarece ainda Walber de Moura Agra²⁴ que:

“Obviamente, o conceito de ordem pública não pode ser delineado apenas no seu sentido repressivo, com descaso pelos princípios que permeiam um Estado Democrático de Direito. A ordem pública também deve ser analisada no seu sentido positivo, em que os entes governamentais são chamados para proporcionar condições dignas de vida à coletividade. O estabelecimento da ordem pública encontra sua razão de ser na realização dos direitos fundamentais”.

O objetivo primeiro da preservação da ordem pública seria o de garantir o cumprimento e execução das normas legais, tendo como parâmetro de atuação os direitos e garantias fundamentais.

A Constituição do Estado de Minas Gérias, em seu artigo 142, estabelece que a Polícia Militar, força pública estadual, é órgão permanente, organizado com base na hierarquia e na disciplina militar e a qual compete: a polícia ostensiva de prevenção criminal, de segurança, de trânsito urbano e rodoviário, de florestas e de mananciais e as atividades relacionadas com a preservação e restauração da ordem pública, além da garantia do exercício do poder de polícia dos órgãos e entidades públicos, especialmente das áreas fazendária, sanitária, de proteção ambiental, de uso e

²⁴

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. 2002, p. 581.

ocupação do solo e de patrimônio cultural; além, da função de polícia judiciária militar, nos termos da lei federal.

No parágrafo primeiro do artigo 142, a Constituição Estadual estabelece ainda, em conformidade com a Constituição Federal, que a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar são forças auxiliares e reservas do Exército.

Como podemos perceber a Constituição Estadual “ampliou” as atribuições de atuação da Polícia Militar em comparação à Constituição Federal.

É nesse sentido, que ao falar sobre a função da Polícia Militar, Rogério Greco²⁵ destaca que:

“[...] que à Polícia Militar caberia o papel precípua de, ostensivamente prevenir a prática de futuras infrações penais, com a finalidade de preservar a ordem pública, o que não a impede, outrossim, de exercer também uma função investigativa, que caberia, inicialmente, e também de forma precípua, à polícia civil. Também não se descarta a possibilidade de a Polícia Militar exercer um papel auxiliar ao Poder Judiciário, o que na verdade é muito comum, a exemplo do que ocorre com frequência no Tribunal do Júri, onde a escolta dos presos é por ela realizada”.

No mesmo sentido Álvaro Lazzarini²⁶ defende que:

“A competência ampla da Polícia Militar na preservação da ordem pública engloba, inclusive, a competência específica dos demais órgãos policiais, no caso de falência operacional deles, a exemplo de suas greves e outras causas, que os tornem inoperantes ou ainda incapazes de dar conta de suas atribuições, pois, a Polícia Militar é verdadeira força pública da sociedade. Bem por isso as Polícias Militares constituem os órgãos de preservação da ordem pública e, especificamente, da segurança pública. A investigação policial militar preventiva, aliás, é a atribuição da Polícia Militar, conforme concluiu o E. TJSP, pela sua C. 4ª Câmara Criminal, ao referendar a missão que policial militar desenvolvia, em trajes civis, e que culminou na prisão de traficante de entorpecentes”.

²⁵ GRECO, Rogério. *Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*. 2010, p. 5.

²⁶ LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 1996, p. 61.

Corroborando com Rogério Greco e Álvaro Lazzarini, Guilherme de Souza Nucci²⁷, afirma que não se trata de regra, mas, poderá a polícia militar realizar investigações, conforme destaca:

“A nós, parece que a função investigatória precípua , de acordo com a Constituição Federal, de fato, cabe à Polícia Civil, embora não descartemos a possibilidade excepcional, no interesse da justiça e da busca da verdade real, de os policiais militares atuarem nesse sentido. Não deve, naturalmente, ser regra, mas trata-se de uma exceção viável e legal”.

5.1.1. O Policial Militar como Autoridade Policial

O termo autoridade policial decorre única e exclusivamente da lei, conforme esclarece Jorge César de Assis²⁸:

“A não aceitação da autoridade policial militar, ou a tentativa de colocá-la num plano inferior, decorre tão somente da falta de conhecimento legal, da dificuldade de alguns em fazer interpretação e da falta de convívio com o direito administrativo”.

Ainda, Jorge César de Assis²⁹ citando Caio Tácito esclarece:

“A primeira condição da legalidade é a competência do agente, não há, em Direito Administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua em relação a cada função pública, a forma e o movimento do exercício das atribuições. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador³⁰”.

Analogicamente, podemos concluir que, se não fosse o policial militar uma “autoridade policial” não estaria sujeito à aplicabilidade da lei 4.898/65, que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de **autoridade**.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2011, p. 564, 565.

²⁸ ASSIS, Jorge César de. **Lições de Direito para a Atividade Policial Militar**. 2002, p. 21.

²⁹ ASSIS, op. cit., p. 21.

³⁰ TÁCITO, Caio. **O Abuso do Poder Administrativo no Brasil**, co-edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas. Rio de Janeiro, 1959, p.27.

A todo o momento a lei 4.898/65 faz referência à autoridade civil ou militar, o que corrobora com o entendimento dos estudiosos do direito administrativo. Ademais, cabe ressaltar que o Direito é uno, sendo as divisões em ramos, apenas de caráter metodológico.

Assim, podemos concluir que tanto o policial militar como qualquer outro agente policial é “autoridade”, dentro de uma interpretação administrativa do termo. Não é o policial militar, uma autoridade de polícia judiciária, assim como também não o é, o policial civil, pois, ambas são polícias administrativas, e apenas exercem funções de “auxiliares” do poder judiciário.

5.2. Atribuições da Polícia Civil

Conforme estabeleceu a Constituição Federal de 1988, no Capítulo III , intitulado “Da Segurança Pública”, mais precisamente no artigo 144, parágrafo 4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

A Constituição Estadual do Estado de Minas Gerais, em seu artigo Art. 139 definiu que a Polícia Civil, órgão permanente do Poder Público, dirigido por Delegado de Polícia de carreira e organizado de acordo com os princípios da hierarquia e da disciplina, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração, no território do Estado, das infrações penais, exceto as militares, e lhe são privativas as atividades pertinentes a:

I - Polícia técnico-científica;

II - processamento e arquivo de identificação civil e criminal;

III - registro e licenciamento de veículo automotor e habilitação de condutor.

Sobre a natureza das atividades desenvolvidas pela Polícia Civil, Denílson Feitoza (2009, p.172) esclarece que “as Polícias Civis são polícias judiciárias, e não policiais de segurança. Atuam de maneira “repressiva”, no sentido de perseguir criminalmente o fato delituoso que já ocorreu”.

Segundo Denílson Feitoza (2009, p.170, 171), com base no artigo 144, § 4º, da CF, que estabelece incumbir às polícias civis as funções judiciária e de apuração de infrações penais,

sustenta que a Lei Maior empregou o significado “polícia judiciária” tão-somente para designar a atividade de auxílio ao Poder Judiciário no cumprimento de determinações (mandado de prisão, conduções coercitivas etc.), ao passo que a função de apurar infrações penais seria da denominada “polícia investigativa”.

A apuração das infrações penais já ocorridas, em âmbito estadual, é em regra da Polícia Civil (polícia investigativa) mediante procedimento administrativo denominado de inquérito policial (competência administrativa), sendo competente para exercer a função o delegado de polícia, autoridades policiais de carreira (art. 4º do CPP c/c art. 144, § 1º, caput, e § 4º da CF/88), sendo ainda, privativas as atividades previstas pela Constituição Estadual, quais sejam, polícia técnico-científica; processamento e arquivamento de identificação civil e criminal; e, registro e licenciamento de veículo automotor e habilitação de condutor.

Edílson Mougenot Bonfim completa: “assim, a função das polícias civis resume-se a investigação de ilícitos penais por meio de inquérito policial” (MOUGENOT, 2011, p. 133).

No mesmo sentido Walber de Moura Agra leciona que a polícia civil tem a missão de exercer a função de polícia judiciária estadual, buscando a elucidação dos delitos já praticados (AGRA, 2002, p. 583, 584).

Corroborando com o entendimento de Mougenot Bonfim e Walber de Moura Agra, Eugênio Pacelli de Oliveira defende que a Constituição Federal reservou à Polícia Judiciária a missão de investigação, porém acrescentou que, conforme se vê disposto no artigo 4º do Código de Processo Penal, há que se ressaltar a atribuição investigatória a outras autoridades. (Pacelli, 2011, p.51, 83).

Portanto, a polícia civil tem a missão constitucional precípua de exercer as funções de polícia judiciária no âmbito estadual, tendo por finalidade a apuração das infrações penais e a autoria destas, além das atribuições privativas previstas na Constituição Estadual.

Porém, cabe ressaltar que na fase pré-processual é possível, para a formação do convencimento do *opinio delicti*, do encarregado da acusação, a realização “de atividades desenvolvidas em outros procedimentos administrativos levados a cabo por outras autoridades administrativas e até mesmo por atuação de particular” (Pacelli, 2011, p. 51).

6. LEGITIMIDADE X LEGALIDADE

Os critérios de avaliação da legalidade e legitimidade são diferentes. A legitimidade não pode ser reduzida apenas ao seu conceito legal, confundindo o ato legítimo como ato legal, em que o requisito para a legitimidade é a lei.

Será legal o procedimento que não for contrário à Lei. Conforme estabelece a Constituição Federal, artigo 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A legalidade diz respeito à Lei material. Ilegal será o procedimento realizado que ir de encontro, ou seja, contrariar o estabelecido em lei.

Legitimidade diz respeito ao direito formal, ao procedimento. A legitimidade a ser analisada diz respeito à legitimidade para agir no processo penal e em regra somente podem demandar no processo penal aqueles que fazem parte da relação processual, quais sejam, os sujeitos da relação processual penal: o autor, o réu e o juiz. Cada qual propondo “ações” ou “procedimentos”, conforme seja seu direito ou dever.

Nessa distinção entre o que seria ilegalidade e ilegitimidade das provas, Denílson Feitoza esclarece que “vários autores brasileiros se inspiram em Pietro Nuvolone para estabelecer o que são as provas obtidas por meios ilícitos ou, mais sinteticamente, provas ilícitas, distinguindo-as das provas ilegítimas”(FEITOZA, 2009, p. 692).

Sobre o tema Eugênio Pacelli³¹ assevera que:

“A doutrina do processo penal faz distinção conceitual entre a prova ilícita e a denominada prova *ilegítima*. Ainda, segundo a doutrina, as provas ilícitas seriam aquelas obtidas com violação ao direito material, enquanto as provas ilegítimas receberiam tal definição por violarem normas de Direito Processual”.

Mas, Pacelli afirma ainda (idem), que as conseqüências jurídicas para ambas são as mesmas, ou seja, “seja como for, uma (prova ilícita) e outra (prova ilegítima) são inadmissíveis no processo.

³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 2009, p. 324.

O conceito de ilícito tem origem no latim (*illicitus* = *il* + *licitus*), possuindo dois sentidos, um restrito que quer dizer o proibido por lei, e outro mais amplo, que tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito.

Prova lícita é meio pelo qual se provará a veracidade dos fatos alegados, sendo aquela obtida dentro dos parâmetros estabelecidos em Lei, e, portanto, estritamente legal. O entendimento de Lei deve ser observado no sentido formal da palavra, ou seja, lei em sentido estrito (elaborada pelo Estado e imposta a todos, conforme artigo 59 da Constituição Federal). Assim, qualquer recurso utilizado para alcançar a verdade dos fatos alegados no processo que não contrariem o ordenamento jurídico, pode ser considerado prova lícita.

Já as provas ilícitas são aquelas que, como regra, não pode ser admitida no processo, por vício, pois em regra contraria um preceito legal.

A violação de norma de direito material, segundo Feitoza (2009, p.692) “dizem respeito à obtenção ou coleta da prova”. Como exemplo, a prova obtida por meio de tortura, que no caso há uma violação de uma norma material, pois a lei prevê essa conduta como crime, conforme previsto na lei 9.455/97.

Já as provas ilegítimas, violam norma de direito processual e dizem respeito à produção da prova. Por exemplo, a realização da busca e apreensão por um delegado de polícia sem o devido mandado judicial, e sem o flagrante delito, pois, conforme estabelece o artigo 240 do Código de Processo Penal, há requisitos para a realização da busca e apreensão, e, estar de posse de um mandado judicial é um deles (desde que não seja realizada pela própria autoridade judiciária).

A diferenciação entre elas – provas ilícitas e provas ilegítimas - está no tipo de violação, se de direito material ou de direito processual.

A cada uma dessas violações geram-se diferentes efeitos no processo. Segundo estabelece o artigo 157 do Código de Processo Penal as provas obtidas com violação de normas constitucionais ou legais, portando ilícitas, não podem ser admitidas no processo, devendo ser

desentranhadas. São também inadmissíveis no processo as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

No entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2011, p.367) provas ilícitas englobam as provas ilegal e ilegítima, preferindo pelo entendimento mais amplo do termo.

Dentro dessa ótica, Guilherme de Souza Nucci³² nos ensina que:

“O que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei). Esse último enfoque (formalmente ilícito), como defendemos, é o ilegítimo”.

Diferentemente, é o nosso entendimento sobre o assunto, destacando-se uma diferenciação dos termos provas ilícitas e provas ilegítimas. Havendo violação a uma norma de direito material estaríamos diante de uma prova ilícita, por outro lado, se a violação for de natureza processual aí a ilegitimidade.

As irregularidades meramente processuais podem ser convalidadas, ao contrário, as irregularidades materiais jamais poderão ser aceitas no processo. As provas ilegítimas estariam sujeitas ao reconhecimento de sua nulidade e decretação de sua ineficácia no processo, de outra sorte, as provas ilícitas oriundas de uma violação ao direito material, jamais poderão ser aceitas.

Nesse entendimento Feitoza³³ esclarece que:

“As provas ilegítimas já teriam seu regime jurídico resolvido pela teoria das nulidades. Havendo violação de norma processual, estariam sujeitas ao reconhecimento de sua nulidade e decretação de sua ineficácia no processo”.

“As provas ilícitas, é que necessitariam da previsão constitucional, estabelecendo sua inadmissibilidade no processo, pois, do contrário, poderiam ter eficácia, em virtude de

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2011, p. 367.

³³ FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal. Teoria, crítica e práxis**. 2009, p. 692.

nem sempre violarem norma processual. A sua inadmissibilidade no processo significa que devem ser desentranhadas do processo, para que não sirvam de base a uma decisão ou sentença judicial”.

Corroborando com esse entendimento e acrescentando mais uma vertente, Alexandre de Moraes³⁴ defende que:

“as provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto as **provas ilícitas** são aquelas obtidas com infringência ao direito material , as **provas ilegítimas** são obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as **provas ilegais** seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois se configuram pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico”.

Como vimos anteriormente esse entendimento não é pacífico na doutrina, tanto quanto a classificação da provas em ilícitas e ilegítimas, quanto de seus efeitos no processo, são assuntos controversos. Para uns – Pacelli e Nucci - os efeitos são os mesmo, independente da classificação; já, para outros como Feitoza e Alexandre de Moraes, a diferenciação determina efeitos diversos no processo.

Essa diferenciação de provas ilícitas e provas ilegítimas é de suma importância na análise e conseqüente formação da conclusão de nosso estudo, vez que está intimamente ligada ao tema, devendo, portanto, ser motivação para a conclusão do trabalho.

Cabe ressaltar que para alguns doutrinadores, essa diferenciação entre provas ilícitas e provas ilegítimas, com o advento da Lei nº 11.690/2008, deixou de existir, pois, a Lei alterou o artigo 157 do código de Processo Penal e definiu as provas ilícitas como as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

³⁴

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 2000, p.117.

7. LEGITIMIDADE PARA SOLICITAÇÃO E A LEGALIDADE NO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO.

No artigo 242 do CPPB o legislador definiu que a busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

Eugênio Pacelli³⁵ sobre o assunto define *parte* da seguinte maneira:

“No sentido técnico que empresta a boa doutrina processual, refere-se tanto àquela pessoa que pede algo em juízo quanto àquela perante a qual é feito o pedido. Em uma linguagem mais simples, as partes seriam o autor (que pede) e o réu (do qual ou perante o qual se pede)”.

Portanto, na fase processual, quando há a formação da relação processual, com a conseqüente definição dos sujeitos do processo, o autor, àquele que pede, seria o Ministério Público, exclusivo detentor da titularidade da ação penal – na ação penal pública - e de outro lado o réu, àquele sobre o qual recai a acusação, ou ainda, no caso de ação penal privada, a vítima ou seu representante legal.

Nos termos do art. 129, VIII, da Constituição Federal, constitui função institucionais do Ministério Público, dentre outras, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

Nesse mesmo sentido afirma o Desembargador Sérgio Paladino³⁶:

“Conforme salientado pelo operoso Promotor de Justiça, Dr. Alexandre W. Lemos, o Ministério Público é parte no processo penal, e como tal pode apresentar requerimento de busca e apreensão, conforme preceitua o art. 242 da Lei Processual.”

³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 2011, p. 425.

³⁶ Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 050470-5.2007. Rel. Des. Sérgio Paladino.

Até aqui estamos falando especificamente da fase processual, fase esta precedida da denúncia do *parquet*, devendo também ser observada a fase pré-processual, àquela em que irão ocorrer as diligências a fim de subsidiar o Ministério Público no oferecimento da denúncia.

É nessa fase pré-processual que entra, por força do artigo 241 do CPPB, a função de requerimento/representação do mandado de busca e apreensão pelo Delegado de polícia civil - autoridade policial -, já que não poderá mais ser realizada a busca e apreensão, pela autoridade policial sem a expedição de mandado pelo juiz competente, conforme estabeleceu o artigo 5º, XI, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido Nestor Távora citando Cleonice Bastos Pitombo esclarece que nenhuma autoridade administrativa (civil ou militar) podem determinar a busca e apreensão, podem, entretanto, pedir a restrição ao direito fundamental ao poder judiciário. (PITOMBO, 2005, p. 186-187).

Ainda, segundo CPPB em seu artigo 4º, além das autoridades policiais (delegado de polícia), as funções de polícia judiciária poderão ser exercidas por outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Cabe ressaltar ainda, a relevância do artigo 3º do CPPB que prevê a interpretação extensiva e a aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito à lei processual penal.

É nesse entendimento que Denílson Feitoza³⁷ defende o requerimento e o cumprimento do mandado de busca e apreensão pela polícia militar:

“A busca, portanto, não é instrumento exclusivo da polícia investigativa (“polícia judiciária”). A Polícia Militar, mesmo na sua função específica de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, pode requerer a expedição de mandado de busca e apreensão, para cumprimento de seu dever de prender quem esteja em flagrante delito (com fundamento no art. 240, § 1º, alínea *a*, c/c art. 243, § 1º, e art.301, todos do CPP, e art. 144, § 5º, CR), sem significar uma investigação criminal”.

³⁷

FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal**. 2009, p. 773.

Nesse mesmo sentido segue o julgado do TJSC³⁸:

RECLAMAÇÃO. PEDIDO MINISTERIAL DE BUSCA E APREENSÃO A SER CUMPRIDA PELA POLÍCIA MILITAR. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE DAS FUNÇÕES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA NO ÂMBITO ESTADUAL. MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA. PARTICULARIDADES DO CASO QUE EXIGEM ATUAÇÃO IMEDIATA DO ESTADO. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DA POLÍCIA MILITAR EVIDENCIADA. RECURSO PROVIDO.

Em regra, os mandados de busca e apreensão serão cumpridos pela Polícia Civil. Todavia, dadas as particularidades do caso concreto, não há óbice na execução pela Polícia Militar, uma vez que o art. 144 da Constituição Federal, ao tratar dos órgãos da segurança pública, estabelece exclusividade das funções de polícia judiciária tão-somente para a Polícia Federal em relação à União, o que não ocorre no âmbito estadual.

Argumentou, em síntese, que o art. 242 do Código de Processo Penal faculta ao Ministério Público requerer buscas, pois atua como parte, optando o órgão Ministerial pelo cumprimento da medida pela Polícia Militar, resguardando-se o sigilo das informações, essenciais em medidas cautelares desta espécie, e por razões de logística, diante do efetivo superior e de fácil mobilização. Frisou que após cumpridos os mandados de busca e apreensão a autoridade policial civil poderia tomar as providências finais, formalizando inquérito policial ou auto de prisão em flagrante, a critério do Ministério Público, pois o inquérito policial é prescindível.

Asseverou que o Ministério Público pode promover diretamente a investigação criminal, possuindo autonomia para demandar diretamente a busca e apreensão e encetar diligências, ainda que utilize outros órgãos ligados à segurança pública, como a Polícia Militar. Trouxe exemplos de diferentes órgãos atuantes na apuração de práticas criminosas, como a Polícia Militar Ambiental, Banco Central, Receitas Federal e Estadual, bem como forças-tarefa constituídas pela junção de servidores de diferentes instituições, muitas vezes sem participação das polícias judiciárias.

³⁸

Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Reclamação nº 030687-2, 2008**. Relator: Desembargador Victor Ferreira.

Acresce que os policiais militares, que diuturnamente realizam prisões em flagrante e apreensões, por certo possuem conhecimentos suficientes, inclusive jurídicos, para cumprimento dos mandados em questão.

É de conhecimento público que praças e oficiais recebem formação nas áreas do direito que lhes competem, de maneira que estes últimos participam, inclusive, dos Conselhos de Justiça Militar, atuando como Juízes (art. 125, § 5º, CF).

Por derradeiro, cumpre salientar que este Tribunal, em recentes julgados, assentou a possibilidade da Polícia Militar executar interceptações telefônicas e mandados de busca e apreensão:

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS - PROCEDIMENTO EFETUADO PELA POLÍCIA MILITAR - POSSIBILIDADE - ESCUTAS ANTECEDIDAS DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI N. 9.296/96) - INEXISTÊNCIA DE PERÍCIA NAS VOZES GRAVADAS E DE TRANSCRIÇÃO DE TODAS AS CONVERSAS QUE NÃO INVALIDAM AS INFORMAÇÕES COLETADAS - CONFIRMAÇÃO, ADEMAIS, PELA PROVA ORAL PRODUZIDA - VALIDADE - PREJUDICIAL AFASTADA [...] (Apelação Criminal n. 2007.006451-7, de Mafra, rel. Des. Jorge Mussi, j. 3-7-07).

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE RELAXAMENTO FUNDADO NO ARGUMENTO DE QUE O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO FOI CUMPRIDO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. EIVA NÃO VERIFICADA. AUTO FORMALMENTE PERFEITO. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

A Polícia Militar é competente para cumprir mandado de busca e apreensão destinado à apuração de crime comum, hediondo ou a este equiparado, visto que o Decreto Estadual n. 660/07 veda apenas a investigação de crime de menor potencial ofensivo [...] (Habeas Corpus n. 2008.005571-7, de Canoinhas, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 1-4-08).

Nos termos do voto do relator, esta Primeira Câmara Criminal, à unanimidade de votos, resolveu julgar procedente a reclamação para deferir a busca e apreensão, a ser cumprida na forma pleiteada pelo Ministério Público.

Esse é também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça³⁹, conforme julgado:

“a realização de busca e apreensão por policiais militares não ofende o artigo 144 da Constituição Federal, não podendo ser acoimada de ilícita a prova que resulte do cumprimento do mandado por referidas autoridades”.

Sustenta Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo que durante a investigação criminal a diligência será de exclusividade da polícia civil, porém, em casos excepcionais poderá ser realizada pela Polícia Militar (PITOMBO, 2005).

Para Guilherme de Souza Nucci⁴⁰ o cumprimento do mandado de busca e apreensão não é de exclusividade da polícia civil, mas, e somente em casos excepcionais poderá a medida ser cumprida pela polícia militar. É nesse sentido que afirma:

“A nós, parece que a função investigatória precípua , de acordo com a Constituição Federal, de fato, cabe à Polícia Civil, embora não descartemos a possibilidade excepcional, no interesse da justiça e da busca da verdade real, de os policiais militares atuarem nesse sentido. Não deve, naturalmente, ser regra, mas trata-se de uma exceção viável e legal”.

Corroborando com Guilherme de Souza Nucci, Espínola Filho afirma que “apresentando-se **quaisquer agentes policiais**, oficiais, ou serventuários da justiça, com o propósito de realizarem uma busca, [...]” (ESPÍNOLA FILHO, 1955, p.212) (Grifo nosso).

Ainda, defendendo a supremacia do interesse coletivo Guilherme de Souza Nucci⁴¹ aponta:

“[...] a separação das polícias é o principal problema enfrentado, mas tal situação, que é, sobretudo política, **não pode resvalar no direito da população de obter efetiva segurança**, nem tampouco nas atividades judiciárias de fiel e escorreita colheita de provas. Do mesmo modo, embora seja função do oficial de justiça proceder as buscas determinadas pelo juiz, ao longo da instrução, nada impede que a polícia realize a

³⁹ Superior Tribunal de Justiça. **Hábeas Corpus nº 131.836/RJ, 2010**. Relator: Ministro Jorge Mussi.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2011, p. 564.

⁴¹ NUCCI, op. Cit., 565.

diligência, especialmente se for em lugar particularmente perigoso, exigindo experiência policial para a consumação do ato” (negrito nosso).

Mesmo que não seja sob a ótica da supremacia do interesse coletivo em detrimento do direito individual, à luz da Constituição Federal, a Suprema Corte brasileira, através de julgado do Recurso Extraordinário⁴², reconheceu da atribuição da Polícia Militar na solicitação e no cumprimento do mandado de busca e apreensão, conforme se vê:

“o cumprimento do mandado de busca e apreensão pela polícia militar não fere os §§ 4º e 5º do art. 144 da Constituição Federal”.

“Dessas normas tira-se que não houve usurpação de competências, porque não foram realizados atos de investigação nem de instrução, reservados a função de polícia judiciária”.

“A ação, como se vê, cabia no âmbito de atribuições conferidas à polícia militar, podendo ser classificada como atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública”.

Portanto, à luz da interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, sob a ótica da interpretação extensiva e aplicação analógica do direito processual penal, como prevê o artigo 3º da Lei Processual Penal, pode a polícia militar no cumprimento de sua missão constitucional ampla de preservação da ordem pública, solicitar e cumprir o mandado de busca e apreensão. Ainda, sob a ótica majoritária dos doutrinadores, trata-se de procedimento legal e legítimo.

⁴²

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 404.593/ES. Min. Rel. Cezar Peluso. 2009.

8. CONCLUSÃO

Da análise feita da bibliografia consultada, sobre o tema ora proposto, somos do parecer sobre a legitimidade da solicitação e da legalidade no cumprimento do mandado de busca e apreensão pela polícia militar estadual.

Para chegarmos a essa conclusão destacaremos os pontos relevantes aos problemas apresentados sobre o tema, ao que passamos a expor.

Preliminarmente destacamos que nenhum direito ou garantia é absoluto. Mesmo que garantido em nossa Carta Magna, como direito e garantia fundamental não será considerado direito absoluto.

Apesar de a medida cautelar de busca e apreensão restringir direitos constitucionais fundamentais, de inviolabilidade do domicílio, de direito a intimidade e a privacidade, e ainda, de direito a incolumidade física e moral do indivíduo, é cabível quando comprovada as *fundadas razões* que autorizem a medida, que é excepcional. Para tanto, deve-se pautar pela **necessidade**, **conveniência**, e **proporcionalidade** da medida, ou mesmo, por analogia, conforme alteração recente no Código de Processo Penal explicitada no artigo 282, que trata das medidas cautelares, deve-se observar a **necessidade** e a **adequação** como requisitos para a fundamentação da expedição da medida de natureza cautelar.

Devem ser observados ainda, dois requisitos intrínsecos, relativos à prova a ser produzida, quais sejam: a **urgência** e a **relevância**. Quanto à urgência demanda-se a realização de imediato, sob pena de se perder o objeto ou pessoa pretendidos. Quanto à relevância, essa exige-se importância ímportância e de grande valor probatório.

Presentes todos esses requisitos deve o magistrado, ouvido o Ministério Público, deferir a solicitação do manda do de busca e apreensão, para que sejam tomadas as providências cabíveis.

Mesmo que possa parecer contraditório, é possível realizar uma busca domiciliar sem que essa fira os direitos constitucionais de intimidade e violação da vida privada, realizando-a obedecendo aos ditames da lei e ainda sem expor os que têm a medida decretada em seu desfavor.

O direito individual não pode ser resguardado em detrimento de um direito coletivo, pois estaríamos diante de uma violação do próprio direito a dignidade da pessoa humana em âmbito coletivo. A medida é cabível ao que pese o interesse fundamental coletivo, se sobrepôr ao fundamental individual.

O policial militar no uso das atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição Federal, e pelas leis (Constituição Estadual, e outras), sobre a ótica do Direito Administrativo, trata-se de uma autoridade policial administrativa, assim como a autoridade policial - Delegado de Polícia - que exerce a *função* de autoridade de polícia judiciária pelo “poder de polícia”, não pela pessoa, mas, pelo cargo que ocupa.

Para garantir o cumprimento de sua missão constitucionalmente prevista, o policial militar, poderá, para se resguardar de responder por crimes (como a violação do domicílio), solicitar um mandado judicial de busca e apreensão para prender em flagrante, uma pessoa no quais os *indícios* apontem estar cometendo um crime classificado como de flagrante permanente. O que ocorreria no caso do cometimento dos crimes de posse ilegal de drogas ilícitas, mantendo-as em depósito, para comercializá-las, ou ainda, de posse irregular de arma de fogo, por exemplo.

É verdade que nos casos explicitados anteriormente, não haveria a necessidade de um mandado de busca e apreensão, pois, ocorrendo o flagrante é dispensável essa medida cautelar para se adentrar a uma residência e efetuar a prisão do infrator e a apreensão do material ilícito encontrado.

Porém, indícios não resguardam os policiais se caso nada for encontrado, mas, servem como *fundadas razões* para a solicitação e conseqüente expedição do mandado judicial, a fim de que se respeitem as próprias regras constitucionais.

Assim, a medida seria dispensável, no caso de flagrante delito, sendo utilizada apenas para resguardar a ação policial quanto a possível não localização do material ilícito, como poderia ocorrer, por exemplo, se os policiais ao adentrarem a residência não localizassem o material ilícito, por ter o suspeito eliminado as provas antes de sua apreensão, descaracterizando assim o flagrante. Sendo assim, a medida seria para resguardar uma ação policial legal e legítima.

Preferimos utilizar a expressão **solicitação** ao *requerimento*, por ser essa última mais apropriada ao momento processual, sendo aquela utilizada para a fase pré-processual e até mesmo pré-inquérito, pois na fase de inquérito a expressão correta seria a *representação* (feita pelo Delegado de Polícia).

O requerimento é cabível em fase processual e somente é possível às partes: juiz, Ministério Público, assistente da acusação e o réu, sendo essas as pessoas que formam a relação processual.

Na fase pré-processual e até mesmo pré-inquérito é perfeitamente possível à solicitação do mandado de busca e apreensão domiciliar, como pudemos analisar das teses doutrinárias e jurisprudenciais, bem como da própria previsão no Código de Processo Penal em seu artigo 156, I, c/c com o artigo 242 do mesmo ordenamento jurídico. Para tanto, deve ser observado os requisitos previstos no inciso, quais sejam, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, e ainda, os já mencionados para a produção antecipada de provas, quais sejam: a urgência e relevância.

Não há que se falar em conflito de atribuições, pois a polícia civil é exclusivamente responsável pela **apuração dos fatos já ocorridos**, através do inquérito policial, procedimento administrativo que inclusive é dispensável, tanto para a formação da convicção do *Parquet* no oferecimento da denúncia quanto do magistrado.

No caso específico em análise, a polícia militar através de sua missão constitucional de preservação da ordem pública, poderá proceder aos chamados “levantamentos” dos indícios, para que se confirmado, solicitar a medida instrumental/cautelar ao judiciário. Estaríamos aí diante das “fundadas razões” a que alude o Código de Processo Penal.

Dessa forma, se já ocorrido o fato, e descaracterizado o flagrante, caberia única e exclusivamente a polícia civil, a apuração da autoria e da materialidade para o indiciamento do acusado, através do inquérito policial, procedimento administrativo de caráter informativo, preparatório da ação penal.

Os chamados *levantamentos* não podem ser confundidos com as *investigações*, pois essa última nos remete, como já dissemos, à apuração de fatos já ocorridos e descaracterizados do flagrante, sendo aqueles (levantamentos) uma “investigação preventiva” com a finalidade única de confirmar indícios.

Assim, a par dos indícios, poderia sim, o Policial Militar, como autoridade policial que é, investida do poder de polícia legalmente lhe conferido pela Constituição Federal e pelas Leis infraconstitucionais, solicitar junto ao órgão do poder judiciário a expedição do mandado de busca e apreensão domiciliar, quando a medida se mostre urgente e relevante, para que cumpra com seu dever legal de prender quem quer que esteja em flagrante delito.

Assim determina a lei: “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes **DEVERÃO** prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (art. 301 CPPB).

Dessa forma, podemos concluir que é **DEVER** do policial militar prender quem estiver no flagrante de um crime. Cabe ressaltar que, nos casos dos crimes de posse irregular de arma de fogo e de posse de drogas ilícitas, tratam-se de infrações permanentes e, portanto, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Para que se concretize em um ato legal, depois de cumprida a medida judicial de busca e apreensão, deverão os executores (policiais militares responsáveis pelo cumprimento da ordem judicial), remeter todo o material apreendido e as pessoas presas ou apreendidas, à presença da autoridade de polícia judiciária (Delegado) para a ratificação ou não do flagrante.

Assim, podemos observar que o inquérito policial é preservado, assim como a posterior investigação, para a produção de “provas” a fim de subsidiar o órgão do Ministério Público na propositura da ação penal.

Diante do exposto, não há que se falar em ilegalidade da “prova” produzida por meio da solicitação e do cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar pela polícia militar, uma vez que, não há proibição constitucional ou legal expressa sobre o procedimento.

Também, não há que se falar em ilegitimidade para a solicitação do mandado de busca e apreensão domiciliar, porquanto não há vedação legal, e a missão constitucional de “*preservação ordem pública*” ampla, engloba inclusive as atribuições das demais instituições policiais, em caso de falência ou incapacidade operacional delas.

Essa medida por ser excepcional não poderá jamais ser banalizada e para tanto deve sempre ser remetida à análise do Ministério Público, como órgãos que é fiscal da lei e das atividades policiais, para que se evitem abusos, devendo ainda, serem observados pelo magistrado os requisitos de necessidade, adequação e proporcionalidade, para a produção antecipada de provas, afinal busca-se inverter o procedimento natural.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
2. ASSIS, Jorge César de. **Lições de Direito para a Atividade Policial Militar**. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2002.
3. BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
4. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 43 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
5. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 404.593-1/ES. 2. Turma. Min. Rel. Cezar Peluso, julgado em 18.08.09. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604641>>. Acesso em: 20 mar. 2012.
6. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
7. DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
8. FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. Niterói: Impetus, 2009.
9. GRECO, Rogério. **Atividade Policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
10. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.
11. JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
12. LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
13. LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
14. MINAS GERAIS. **Constituição Estadual**. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br>> . Acesso em: 10 set. 2011.
15. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 1.0317.08.087822-4/001. Dês. Rel. Herculano Rodrigues, julgado em 23.04.09. Disponível em:

<http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=317&ano=8&txt_processo=87822&complemento=1>. Acesso em: 03 set. 2011.

16. MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1993.
17. MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
18. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
19. NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
20. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.
21. PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da Busca e da Apreensão no Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
22. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Reclamação n. 2008.030687-2. Dês. Rel. Victor Ferreira, julgado em 29.10.08. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/institucional/diario/a2008/20080046000.PDF>>. Acesso em: 20 Set. 2011.
23. SILVA, Antônio Álvares. **Polícia e carreira jurídica**. Jornal Hoje em Dia, Belo Horizonte, 1º de julho de 2010.
24. TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. Bahia: Juspodivm, 2011.
25. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Síntese do curriculum do autor

Walyson Pinheiro Inácio, bacharel em direito, aprovado no VIII Exame Unificado da OAB, pós-graduando em direito constitucional pelo Instituto Elpídio Donizetti, 2º Sargento da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, atualmente exercendo a função de assessor jurídico/militar do Deputado Estadual Cabo Júlio na Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais.