

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 372.

(ano VII)

(17/06/2015)

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](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DO DIA



17/06/2015 Denis Caramigo

» [A lei penal, o ser humano e o cachorro quente: mudam-se os inquisidores, mas a fogueira permanece a mesma](#)

### ARTIGOS

17/06/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [Os advogados e o sigilo na investigação preliminar](#)

17/06/2015 Luiz Filipe Maloper Bonn

» [O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC](#)

17/06/2015 Douglas Pereira da Silva

» [A \(in\)constitucionalidade do regulamento disciplinar do exército: necessidade de dar uma solução definitiva à controvérsia](#)

17/06/2015 Victor Hugo Marcão Crespo

» [A mudança na forma de intimação em processo administrativo sem a ciência do contribuinte](#)

17/06/2015 Alexandre Pereira Sales

» [A Despenalização do Uso de Entorpecentes e o Código Penal Militar](#)

17/06/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Do Reconhecimento do Acesso ao Patrimônio Cultural como Direitos Humanos: A Releitura dos Direitos de Segunda Dimensão](#)

## **A LEI PENAL, O SER HUMANO E O CACHORRO QUENTE: MUDAM-SE OS INQUISIDORES, MAS A FOGUEIRA PERMANECE A MESMA**

**DENIS CARAMIGO**

O anseio para que tenhamos dias melhores é cristalino em qualquer pessoa, porém, como chegar nesses dias tão almejados?

Na segurança pública, o clamor constante para que as leis penais sejam alteradas (ou tantas outras criadas) pra que se tenha um maior rigor na punição daqueles que cometem um ilícito penal contra seu semelhante está, cada vez mais, sendo inculcado na mente das pessoas.

É redução da maioria penal pra cá; é pena de morte pra lá; é castração química pra outro lado, enfim, teses mirabolantes que visam, somente, a punição do agente causador do “mal”.

Tenho ciência de que serei criticado por muitos que lerem este esboço, porém, devemos analisar as circunstâncias como um todo e não, somente, como um fato isolado de justiça pessoal que habita em cada um de nós.

Criar mais leis como se fossem a solução final está longe de ser o final da solução, pois não adianta mudar os inquisidores se a fogueira permanece a mesma.

O sistema não vai melhorar com mais leis, não é esse o cerne da questão política/criminal que estamos vivenciando nos dias atuais. O cenário que devemos atentar é para o político/social. Sim, o social!

Para aqueles que cursaram Direito, mister lembrar que o Direito é um conjunto de normas que visa regular o comportamento humano, ou seja, as leis foram criadas para o Homem.

Sendo assim, o problema não está nas leis, mas sim no próprio Homem, em seu comportamento.

Em 1948, B.F Skinner já dizia que *"Poderíamos solucionar muitos dos problemas de delinquência e criminalidade, se pudéssemos mudar o meio em que foram criados os transgressores."*

Com base no pensamento acima podemos corroborar, ainda mais, que as mudanças nas leis não alterarão em nada o comportamento criminal, pois o ambiente que define o modo comportamental permanecerá, sempre, o mesmo.

Grande questão que venho abordando, sempre que posso, é a imediatidade da solução dos problemas que muitas pessoas pensam em ter.

Em curto prazo de tempo não teremos nenhuma melhoria efetiva. Não adianta querer achar alguma fórmula mágica, pois inexistente solução criminal *delivery*. É utopia!

Temos que começar a pensar em uma reforma comportamental imediatamente para que possamos colher algum resultado, efetivo, daqui 3 (três), 4 (quatro) décadas.

É admitirmos, antes de mais nada, que a justiça retributiva não regenera ninguém. É admitirmos que, por mais absurdo que pareça, a justiça restaurativa neste momento é a melhor saída.

A partir dessa premissa, podemos começar a “restaurar” os que já estão contaminados pelo sistema para, assim, começar a segunda parte da transformação (e porque não a criação) do novo sistema político/social.

Punir, punir e punir. É só isso que pensamos quando vemos alguém cometer um delito (seja ele qual for), mas não paramos para pensar o porquê do cometimento dele.

Estamos batendo forte em cima dos efeitos que podem desaparecer futuramente se extinguirmos a causa. Como? Abrindo mão de uma geração para que isso ocorra.

Quando falo em “abrir mão” eu me refiro ao modo de tratamento quanto à justiça a ser aplicada. Essa geração “perdida”, na verdade, é a geração que dará início a todas as outras que virão, ou seja, as gerações da justiça restaurativa.

Sei bem que não é fácil mudar nossos conceitos que há anos residem em nós, porém, aqueles que realmente querem uma mudança real, sem sensacionalismo midiático e que fazem mais do que falam, são capazes de começar uma *nova era político/social*.

Darwin foi muito feliz quando disse que ***“Não é o mais forte e nem o mais inteligente que sobrevive, mas sim o que melhor se adapta às mudanças”***.

Muito fácil culparmos sempre o governo, o sistema, as leis que são brandas, a polícia (que é a primeira vítima de tudo isso) se somos coniventes implícitos com tudo isso.

Deixar de ser estático não é ir para as ruas cometer vandalismo; não é pintar a cara; não é gritar fora esse ou fora aquele.

Certa vez, um sábio professor disse em sala de aula: *“Não está contente com o modelo governamental que ai está? Se prepare, vá lá e mude!”*.

Quantas pessoas se preparam anos e anos para prestar um concurso público, apenas, para “mamar nas tetas” da estabilidade profissional como muitos já o fazem e são criticados por estas mesmas pessoas?

Na graduação tive “colega” que, sem pudor algum, dizia que estava estudando apenas para ser corrupto. Eu presenciei isso!

Não, definitivamente a punição com maior rigor não vai recuperar ninguém, muito menos regenerar um ser humano que teve a sua vida toda formada em um ambiente social que nunca apresentou-lhe uma outra possibilidade além da que ele conhece.

Punir mais rigorosamente, nos moldes do sistema atual, como vem sendo feito, é tentar apagar incêndio com gasolina.

Ah, o cachorro quente. Completo por favor!

## OS ADVOGADOS E O SIGILO NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

**RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA:** Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor de várias obras jurídicas.

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados aprovou no último dia 09 de junho, proposta que garante ao advogado a possibilidade de ter acesso a todos os documentos de uma investigação, sejam físicos ou digitais, mesmo que os procedimentos ainda estejam em curso. O [Projeto de Lei nº. 6705/13](#), tem a seguinte redação:

*"Art. 7º. (...) XIV - examinar em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda*



*que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (...)*

*"XXI – assistir aos seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e subseqüentemente de todos os elementos investigatórios e probatórios acaso dele direta ou indiretamente decorrente ou derivado, bem como o direito de apresentar razões e quesitos, e de requisitar diligências, no curso da mesma apuração. (...)*

*"§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV.*

*"§ 11. No caso do inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova que, concomitantemente, ainda não estejam documentados nos autos e sejam relacionados a diligências em andamento, quando aqueles elementos possam, na oportunidade, comprometer a eficiência, a eficácia ou a finalidade das diligências.*

*"§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, inclusive pelo fornecimento incompleto ou pela retirada de peças já incluídas no caderno investigativo, implicará, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado em requerer o acesso aos autos ao juiz competente, em responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa."*

Como tramita em caráter conclusivo, a proposta é considerada aprovada pela Câmara, pois só irá a Plenário se houver recurso.

Pois bem.

Como principais características de uma investigação preliminar podemos apontar o fato de ser um procedimento escrito (art. 9º., CPP), relativamente sigiloso e inquisitório, pois não admite o contraditório[1] e a ampla defesa, o que não significa que o indiciado não seja um sujeito de direitos, muito pelo contrário, sendo-lhe garantidos direitos outros, tais como o direito ao silêncio, o de não se auto incriminar, o de ser tratado com dignidade e respeito, etc., etc.

Exatamente por isso é que os elementos investigatórios (e não provas) colhidos nesta fase precisam ser ratificados em Juízo, a fim de que se legitime um decreto condenatório.

Eis a lição de Tourinho Filho: *“Na hipótese de na instrução não ter sido feita nenhuma prova a respeito da autoria, não pode o Juiz louvar-se no apurado na fase inquisitorial presidida pela Autoridade policial. Não que o inquérito não apresente valor probatório; este, contudo, somente poderá ser levado em conta se na instrução surgir alguma prova, quando, então, é lícito ao Juiz considerar tanto as provas do inquérito quanto aquelas por ele colhidas, mesmo porque, não fosse assim, estaria proferindo um decreto condenatório sem permitir ao réu o direito constitucional do contraditório. Idem se as únicas provas colhidas forem as palavras de co-réus. É possível até tenham eles razão, mas nem por isso deverão suas palavras se sobrepor ao preceito constitucional que exige regular contraditório.”*[2]

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho: *"A presença do juiz como condição de validade das provas. Inválida é a prova produzida sem a*

*presença do juiz. O Código de Processo Civil alemão é expresso na exigência de que a produção da prova seja feita perante o órgão jurisdicional (§ 365, 'caput'), tendo-se salientado que o princípio representa um dos elementos estruturais fundantes de todo o ordenamento processual daquele país. Desta afirmação básica decorre a consequência de que não são provas, que o juiz possa utilizar para a formação de seu convencimento, as que forem produzidas em procedimentos administrativos. É irrelevante indagar se esses procedimentos prévios foram presididos por juízes, porque a questão também se submete ao princípio do juiz natural, em sua dimensão de juiz competente. No processo penal, esse princípio geral toma dimensão mais ampla, na medida em que as provas constantes, quer do inquérito policial, quer de procedimentos ou sindicâncias administrativas em geral, não se prestam senão à formação da 'opinio delicti', para efeito de oferecimento da denúncia, cabe ao Ministério Público provar o que alega, sendo inaceitável que alguém seja condenado apenas com base nos elementos do inquérito policial ou de quaisquer outros procedimentos administrativos prévios.' Essa posição, incontestemente na doutrina brasileira, é corroborada por julgados sem conta dos tribunais, afirmando que prova suficiente para a condenação é aquela colhida em juízo: só para exemplificar, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Soares Muñoz, 'in' RT 540/412. E recorde-se, ainda, a percuciente observação de Alberto Silva Franco, quando Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que ponderou, com lógica irreduzível que se uma condenação pudesse ter por suporte probatório apenas elementos retirados do inquérito policial, ficaria o Ministério Público, no limiar da*

*própria ação penal, exonerado de comprovar a acusação, dando por provado o que pretendia provar, e a instrução criminal se transformaria numa atividade inconseqüente (TACrim, julgados, 66/454). Ver, ainda, Acórdãos n. 1 a 5, 'in' O processo constitucional em marcha (Apelações 38.131, 117.324, 290, 409/3, 128.384/4 e 120.244 do TACrim SP)'. ”[3]*

Outrossim, exige-se o sigilo no inquérito policial por ser “instrumento mediante o qual se garante a inviolabilidade do segredo, e serve à autoridade condutora das investigações, visando à elucidação do fato, mas preserva ao mesmo tempo a intimidade, vida privada, imagem e honra das pessoas envolvidas na apuração”, como bem anotou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso, para quem a quebra do sigilo é “dos mais graves e intoleráveis”. Segundo ele, “processos que tenham sido decretados como sigilosos só podem tornar-se públicos em relação a acusados, defensores e à vítima” e a divulgação de “tais inconfidências, além de serem incompatíveis com os cuidados necessários à condução frutífera das investigações, trazem ainda danos gravíssimos à vida privada dos envolvidos, e sobretudo de terceiros meramente referidos, com seqüelas pessoais gravosas e irremissíveis”, concluiu (Inq. nº. 2424).

Sobre o sigilo, veja-se a lição de Alberto Zacharias Toron e Maurides de Mello Ribeiro:

*“A Lei nº 8.906/94, no seu art. 7º, inc. XIV, é clara e, antes dela, o estatuto anterior (Lei nº 4.215/63), igualmente o era. Constitui **direito do advogado** “examinar em qualquer repartição policial, **mesmo sem procuração**, autos de flagrante e de inquérito..., podendo copiar peças e tomar apontamentos;”. Ante a clareza da lei é evidente que a restrição que se quer impor aos advogados que representam indiciados ou meros*

*investigados, isto é, de examinar e extrair cópias de parte dos autos, mais que odiosa, é patentemente ilegal. De fato, se a lei assegura aos advogados o direito de poder ver os autos e copiar o que for importante, tal se encarta dentro de uma garantia maior que é a da ampla defesa. Sim, porque não se pode exercer esta sem que se conheçam os autos. Afinal, se dentro de um inquérito for determinada de forma abusiva um indiciamento ou, por outra, decretar-se a prisão de um cidadão, como irão os advogados hostilizar eventual coação se não podem ter acesso ao feito? Isto para não falar em toda sorte de abusos que se podem cometer em matéria de colheita de provas ou indícios. Não é à toa que **Fauzi Choukr**, promotor de Justiça em São Paulo, na monografia que lhe valeu a obtenção do título de Mestre pela Universidade de São Paulo em Direito Processual Penal, com propriedade adverte: “... dentro de um Estado democrático não há sentido em se falar de ‘investigações secretas’, até porque, na construção do quadro garantidor e na nova ordem processual acusatória, deve o investigado ser alertado sobre o procedimento instaurado” (Garantias Constitucionais na Investigação Criminal”, SP, ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 92)... ...Até mesmo a famigerada Lei do Crime Organizado, que na obstinada pretensão de salvaguardar dados sigilosos, de forma inédita, prevê a realização de diligências pessoais pelo magistrado, assegura ao advogado constituído acesso aos autos (art. 3º, § 3º). Na verdade, quando se garrotearem as prerrogativas profissionais dos advogados, atinge-se exatamente a garantia constitucional da ampla defesa em razão da falta de conhecimento do conteúdo de diligências ou atos praticados nos autos do*

*inquérito policial, bem como o não acompanhamento regular dos inquéritos policiais. E o direito à ampla defesa, remarque-se, está constitucionalmente previsto, inclusive na fase pré-processual (art. 5º, inc. LV). O que está em jogo não é apenas o interesse corporativo, mas, na verdade, cuida-se de resguardar, dando vida à garantia constitucional da ampla defesa, o cidadão. Tudo isso já seria mais do que suficiente para responder a todos aqueles que pensam em restaurar o sigilo absoluto do inquérito, tal como uma das odiosas regras das investigações promovidas pela Santa Inquisição. Ainda assim, há sempre quem possa defender o sigilo para que se viabilizem as investigações. Esta idéia chega a sugerir, ainda que obliquamente, a prática de crime no exercício da Advocacia, ou, por outra, um inadmissível desconhecimento do que significa o seu exercício. Aliás, considerando que a determinação de diligências normalmente é verbal e só são reduzidas a termo depois de efetivadas, convém perguntar-se: se forem lícitas as providências desencadeadas, por que escondê-las?” [4]*

No mesmo sentido, veja-se esta decisão proferida em um Mandado de Segurança, da lavra do Juiz de Direito Dr. André Andreucci (decisão confirmada à unanimidade de votos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos do recurso de apelação nº 31.228-3/SP):

*“Toda autoridade que não respeitar as prerrogativas legítimas do Advogado, no exercício regular este de seu legal ministério privado, será tida como arbitrária e deverá ter seu comportamento coibido pelo Judiciário, ontem, hoje e sempre, no estado de direito, a esperança dos que buscam Justiça, dos que esperam receber o que lhes é devido por Lei.*

*Se, no futuro, como esperam alguns, nova legislação mudar a orientação estampada na Lei nº 4.215/63, permitindo a proibição que os impetrados pretenderam aplicar, ainda assim caberá ao Judiciário apreciar a questão que implicará violação das garantias constitucionais da ampla defesa e do regular exercício das atividades profissionais. (...) Dessa forma, não poderiam as autoridades impetradas desconhecer as prerrogativas e os direitos dos Advogados, claramente inscritos na legislação pertinente. Como também não poderia desconhecer isso tudo o ilustre representante do Ministério Público que oficiou nos autos. O dispositivo legal que confere aos impetrantes o direito que buscam já foi bastante examinado, ao contrário do que afirma esse mesmo Doutor Promotor de Justiça. Dispensa o tema demorada abordagem, mas, em homenagem ao Direito, que se pretende regule as relações entre os homens e a Justiça, que deve presidir e garantir essas relações, alguns comentários têm que vir à tona, com ilustrações pertinentes. Numa sociedade, que se pretenda seja regida pelo menos com respeito aos mais simples princípios de respeito ao Homem, à Lei, à Justiça, não se pode tolerar a arbitrariedade. “O poder do Estado para realizar seu objetivo, o bem público, é exercido, como já vimos, sob três modalidades: a função legislativa, a executiva e a judiciária”. “O Estado não tem direito de excluir nenhum cidadão da participação nos benefícios que a sociedade política tem por fim oferecer, principalmente quando se trata dos direito individuais. Não somente o Estado não deve oprimir ou perseguir esta ou aquela categoria social, mas, também, evitará toda e qualquer distinção odiosa em qualquer matéria civil, penal ou administrativa. E isso não somente por princípio de*

*humanidade, mas também por um princípio social: igualmente membros da sociedade política, todos os indivíduos, seja qual for a sua classe, categoria ou opinião, têm igualmente direito, por parte do Estado, à mesma solicitude e benevolência (cfr. Darcy Azambuja, in Teoria Geral do Estado, págs. 386/389). No exercício do poder de polícia, o Estado, representado, no caso, pela autoridade policial, não pode, e mais do que isso, não deve, oprimir, perseguir, submeter à odiosa distinção, a classe dos Advogados, notadamente quando seus integrantes estão no exercício regular de suas prerrogativas, no desempenho de suas atividades profissionais. O arbítrio que no passado foi sinônimo de violência, de constrangimentos indevidos, não mais se justifica. Os tempos são outros. A sociedade exige respeito ao ordenamento jurídico.”*

Da mesma forma o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, respectivamente:

*“INQUÉRITO POLICIAL - DIREITO DE VISTA DOS AUTOS I - Habeas Corpus: inviabilidade: incidência da Súmula nº 691 "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar". II - INQUÉRITO POLICIAL: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 1 - Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não está destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não*



*se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2 - Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3 - A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4 - O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. Lei nº 9.296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5 - Habeas Corpus de ofício deferido, para que aos advogados constituídos pelo paciente e faculte a consulta aos autos do*

*inquérito policial e a obtenção de cópias pertinentes, com as ressalvas mencionadas.” (STF - 1ª T.; HC nº 90.232-4-AM; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; j. 18/12/2006; v.u.).*

*“A Comissão Parlamentar de Inquérito, como qualquer outro órgão do Estado, não pode, sob pena de grave transgressão à Constituição e às leis da República, impedir, dificultar ou frustrar o exercício, pelo Advogado, das prerrogativas de ordem profissional que lhe foram outorgadas pela Lei nº 8.906/94. O desrespeito às prerrogativas – que asseguram, ao Advogado, o exercício livre e independente de sua atividade profissional – constitui inaceitável ofensa ao estatuto jurídico da Advocacia, pois representa, na perspectiva de nosso sistema normativo, um ato de inadmissível afronta ao próprio texto constitucional e ao regime das liberdades públicas nele consagrado. Medida liminar deferida.” (Mandado de Segurança nº 23.576-4/DF).*

Ainda no Supremo Tribunal Federal, vale anotar, no mesmo sentido, as decisões proferidas nos **Habeas Corpus** nºs. 82.354/PR (Relator Ministro Sepúlveda Pertence, deferido por unanimidade de votos); 87.619/SP; 82.354/PR (DJU de 24.9.2004); 87.619/SP; 87.827/RJ (j. 25.4.2006).

*“INQUÉRITO. SIGILO. ADVOGADO. ACESSO. Trata-se de habeas corpus em que se busca garantir ao advogado do paciente direito de vista dos autos do inquérito policial em curso na Vara Criminal estadual com a possibilidade, inclusive, de obtenção de cópias reprográficas dos referidos autos. A Turma reiterou o entendimento de que, mesmo na hipótese de decretação de sigilo, é possível o acesso do*

*advogado ao inquérito policial que envolve seu constituinte. Ressaltou-se, porém, que, além da necessidade da demonstração de que seu cliente está sendo, efetivamente, alvo de investigação no inquérito policial, o acesso conferido aos causídicos deverá limitar-se aos documentos já disponibilizados nos autos. Não é possível, assim, sob pena de ineficácia do meio persecutório, que a defesa tenha acesso à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso. Com esse fundamento, concedeu-se a ordem de habeas corpus. Precedentes citados do STF: HC 82.354-PR, DJ 24/9/2004; HC 87.827/RJ, DJ 23/6/2006; do STJ: HC 88.104-RS, DJ 19/12/2007; HC 64.290-SC, DJ 6/8/2007, e MS 11.568-SP, DJ 21/5/2007.” (STJ - HC 58.377-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 3/6/2008).*

Em dada oportunidade, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello concedeu liminar em Habeas Corpus (HC 93767) para que os 12 investigados na Operação Aquarela, que investiga desvio de recursos públicos do Banco de Brasília, tivessem acesso a informações sigilosas do processo. A decisão do Ministro também suspendeu o processo, em curso na Primeira Vara Criminal de Brasília, no Distrito Federal, até o julgamento final do habeas corpus, bem como todos os interrogatórios já agendados de réus. Ele só permitiu a realização de atos processuais urgentes e a produção antecipada de provas consideradas inadiáveis. O Ministro Celso de Mello levou em conta a alegação da defesa de prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, já que a denúncia foi recebida, transformada em ação penal, os interrogatórios dos acusados foram marcados, mas os advogados dos réus não tiveram

acesso a informações que já constam dos autos sob o argumento de serem sigilosas. O Ministro destacou que a defesa de qualquer pessoa que responde a processo criminal tem direito de acesso as todas as informações já introduzidas nos autos do inquérito, excetuando as hipóteses excepcionais de sigilo, para que não se comprometa o sucesso de investigações. Por isso, o ministro ressalta que a decisão vale para os elementos probatórios que já tenham sido formalmente produzidos nos autos da persecução penal (do inquérito). *“O que não ser revela constitucionalmente lícito, segundo entendo, é impedir que o réu tenha pleno acesso aos dados probatórios, que, já documentados nos autos, veiculam informações que possam revelar-se úteis ao conhecimento da verdade real e à condução da defesa da pessoa investigada ou processada pelo Estado, não obstante o regime de sigilo excepcionalmente imposto ao procedimento de persecução penal”*, disse o Ministro. Fonte: STF.

Tal entendimento deve prevalecer ainda que estejam juntados no inquérito policial informações colhidas a partir de interceptação telefônica. Neste sentido, por unanimidade, os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal confirmaram o entendimento de que a defesa deve ter acesso pleno aos autos de um inquérito policial, incluindo os dados obtidos a partir de interceptações telefônicas. Para o relator do Habeas Corpus (HC) 92331, ministro Marco Aurélio, *“a busca de parâmetros não pode conduzir a manter-se, quando já compelido certo cidadão a comparecer para ser interrogado, ou para prestar esclarecimentos, o óbice ao acesso aos fatos que estariam a impeli-lo a*

*tanto*”. O HC 92331 foi impetrado no Supremo pela defesa de duas pessoas acusadas pela Polícia Federal, na Operação 274, de suposta formação de cartel no setor de vendas de combustíveis em João Pessoa, na Paraíba. Para a advogada dos suspeitos, a acusação contra seus clientes foi totalmente embasada nos conteúdos de interceptações telefônicas, mas a própria justiça paraibana negou o acesso da defesa a essas escutas, alegando a necessidade de preservar as investigações, porque ainda estariam em curso, mesmo tendo os investigados sido chamados para um interrogatório. O Ministro Marco Aurélio frisou logo de início em seu voto que o sigilo das diligências é a tônica da investigação policial, mas somente até que se chegue ao estágio em que os fatos apurados viabilizem a convocação para interrogar o investigado. Em seu entender, se já existem indícios para se convocar alguém a depor, deve-se dar acesso, à defesa do investigado, às informações que motivaram essa convocação. O inquérito policial é um procedimento administrativo, não um processo, mas deve também respeitar os direitos fundamentais do indiciado, como os de poder manter-se em silêncio, não produzir provas contra si mesmo, bem como o amplo acesso aos autos. *“Fora disso é inaugurar época de suspeita generalizada, de verdadeiro terror”*, frisou o relator, lembrando do escritor Franz Kafka, que em seu livro *“O Processo”* retrata exatamente a vida de um personagem que passa a ser investigado, sem contudo ser informado ou ter conhecimento dos motivos dessa investigação. O sigilo pode estar ligado às diligências, às investigações em andamento, disse o Ministro. Mas a partir do momento em que as informações passam a fazer parte dos autos – gravações e de gravações de grampos legais, inclusive – deve-se dar amplo acesso à defesa, sob pena

de ferir de morte o devido processo legal. O Ministro votou no sentido de atender o pedido da defesa, integralmente, e conceder a ordem de Habeas para permitir o amplo acesso da defesa às peças constantes do inquérito. Ao acompanhar o voto do relator, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito disse entender que a interceptação telefônica, mesmo sendo legal, permite abusos que devem ser combatidos. Ele salientou que negar à parte o acesso aos dados obtidos dessa forma é cercear seu direito de defesa. Aquilo que já não é objeto de diligência, já estiver completado e juntado aos autos do inquérito, são peças públicas, acrescentou a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, também acompanhando o voto do relator para deferir o **habeas corpus**. Ela lembrou que mesmo em se tratando de inquéritos que estejam correndo sob sigilo de justiça, esse sigilo não se aplica às partes, que devem ter amplo acesso a todas as peças. Já o ministro Ricardo Lewandowski lembrou notícia veiculada hoje nos principais veículos de imprensa, que trata exatamente do aumento de interceptações telefônicas legais no país. Para o Ministro, o STF precisa estabelecer as balizas para esse procedimento. Ele votou pelo deferimento da ordem. O último a votar, também acompanhando o relator, foi o Ministro Carlos Ayres Britto, para quem todas as peças que são juntadas aos autos, em um inquérito, passam a ser cobertos pelo princípio da comunhão das provas. “*O que vem para os autos torna-se público, está sob as vistas do investigado*”, disse Britto, ressaltando o caráter constitucional desse entendimento. Fonte: STF.

A propósito, a presença dos advogados em inquéritos policiais foi defendida pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal durante encontro entre

representantes das duas entidades no dia 29 de junho de 2015. Segundo o então Presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Marcus Vinicius Furtado Coêlho, a investigação ficará mais completa com a defesa participando de todas as etapas. *“O Colégio de Presidentes é a favor da investigação justa e profunda, mas não caluniosa. No Estado Democrático de Direito não pode bastar a acusação, tem que haver juízes e advogado”*, afirmou. O então Presidente da Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal, Marcos Leôncio, disse que delegados e advogados têm de interagir e dialogar para mudar a cultura da investigação julgadora. *“A investigação defensiva é essencial no equilíbrio do sistema penal. A autoridade policial tem de ouvir acusação e defesa”*, afirmou. Em ofício conjunto ao Ministério da Justiça, Ordem dos Advogados do Brasil e Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal também requisitaram a instalação de salas de advogados em todas as superintendências da Polícia Federal no Brasil. Fonte: Revista Consultor Jurídico, 1º. de junho de 2015, 14h23 - <http://www.conjur.com.br/2015-jun-01/advogados-estar-presentes-durante-inqueritos-policiais>

Ademais, *“é direito do réu obter os documentos, vídeos, CD’s, áudios que instruem o inquérito policial, a fim de possibilitar a defesa. Ao réu deve-se conceder tempo e meios necessários para a preparação de sua defesa (Pacto de São José da Costa Rica, art. 8º: ‘Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à*

*preparação de sua defesa’)*” (TRF 1ª R. – 3ª T. – HC 2008.01.00.024981-0 – rel. Tourinho Neto – j. 18.06.2008 – DJU 27.06.2008).

Aliás, este entendimento prevalece mesmo quando se trata de um inquérito civil; vejamos esta decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso:

*“Trata-se de mandado de segurança oposto pela advogada ... contra ato de lavra dos Excelentíssimos Senhores Promotores Públicos, Domingos Sávio Barros de Arruda e Ana Luiza Ávila Peterlini de Souza, que estariam a impedir a impetrante de ter acesso aos termos do inquérito civil instaurado contra a sua pessoa, pela suposta prática de atos de improbidade administrativa. Afirma que foi convocada a prestar esclarecimento nos autos do Inquérito Civil Público nº 000897-02/2005/MPE, em audiência a ser realizada na próxima segunda-feira, 12 de dezembro do corrente ano, às 09:00 h, sem que lhe fosse oportunizado ao acesso aos termos da investigação que se move contra ela, mesmo tendo constituído advogado para tanto. Relata que em agosto/2005 foi baixada a Portaria nº 34 da 21ª Promotoria Pública do Meio Ambiente, instaurando procedimento cível tendente a apurar denúncias de atos de improbidade administrativa perpetrados por ela, que na condição de Assessora Jurídica da Fundação Estadual do Meio Ambiente – FEMA, teria exercido advocacia administrativa para particulares contra os interesses do Órgão onde estava lotada. Dessa Portaria sucederam-se atos investigativos do Parquet Estadual, os quais a impetrante nunca teve acesso nem conhece seu teor, sendo agora convocada a depor em procedimento que mais se assemelha a uma*



*investigação criminal que propriamente a um inquérito de natureza civil. A par de questionar a própria legitimidade do MP para conduzir o Inquérito, cuja feição amolda-se às funções da Polícia Judiciária Civil, já que as acusações são todas de fatos-tipos penais, persegue a concessão da medida liminar tão-somente para franquear-lhe o acesso aos autos, no que diga respeito à sua pessoa, bem como assim permita-se que seja acompanhada de seus patronos quando de sua oitiva, garantindo-lhe, ainda, o direito constitucional do "silêncio", caso entenda apropriado. De plano quanto a este segundo pleito não há a menor justificativa para a sua existência, já que no próprio despacho que designou a oitiva da impetrante constou a garantia de seu direito de permanecer calada quanto às perguntas que lhe seriam formuladas. De outro lado, inexistente qualquer indicativo de que os impetrados tenham impedido ou cerceado o direito dos patronos constituídos pela impetrante de assisti-la na audiência onde irá depor, o que caracteriza a ausência de qualquer ato coator a ser analisado nesse prisma. Resta, então, a questão do acesso aos termos do inquérito civil instaurado, o qual foi negado pelas autoridades coatoras sob o argumento de que o acesso prévio aos autos "trará enormes prejuízos à investigação". (sic – fl. 23/TJ). A ordem deve ser concedida no particular. De há muito tempo livrou-se o ordenamento jurídico pátrio das investigações de porção, feitas ao arrepio da garantia constitucional de amplo acesso dos investigados em procedimento judicial ou administrativo ao contraditório e a ampla defesa. Não se está dizendo que nos procedimentos investigativos deve-se ter toda a parafernália jurídica de garantia do devido processo legal; tal conclusão*

*retiraria toda a utilidade da investigação, que por sua natureza é mesmo sigilosa. Todavia, sigilo não significa surpresa, tocaia, onde o órgão investigador oculta seus atos e suas práticas, como a querer tomar de assalto as emoções do investigado, que se vê como uma marionete do procedimento a que está submetido. Franz Kafka já há tempos satirizava a figura do "processo" como algo abstraído da realidade, onde mais se importa a forma e os meios do que a finalidade do ato. Certo é que não se pode pretender esconder do investigado os termos do procedimento que contra si tramita, a não ser por razões justificadas e fundamentadas, conforme preconiza o § 1º do artigo 7º da Lei nº 8906/94. Vale dizer, poderá o inquérito ser totalmente sigiloso, desde que haja justificativa fundamentada do órgão do processante do porquê o acesso do investigado poderia causar danos ou prejuízos à investigação. Essa é a exegese que decorre do entendimento da Superior Corte de Justiça: "PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA, INQUÉRITO POLICIAL, ADVOGADO, ACESSO, NECESSIDADE DE SIGILO, JUSTIFICATIVA, AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I – O inquérito policial, ao contrário do que ocorre com a ação penal, é procedimento meramente informativo de natureza administrativa e, como tal, não é informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo por objetivo exatamente verificar a existência ou não de elementos suficientes para dar início à persecução penal. Precedentes. II – O direito do advogado a ter acesso aos autos de inquérito não é absoluto, devendo ceder diante da necessidade do sigilo da investigação, devidamente justificada na espécie (Art. 7º, § 1º, 1, da Lei nº 8.906/94). Nesse sentido:*

*RMS nº 12.516/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, j. em 20/08/2002). (STJ, 5ª Turma, Edcl no RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 15.167 – PR (2002/0094266-9), Ministro Relator Felix Fischer). Assim, não havendo qualquer demonstração de prejuízo ou periculosidade do acesso da investigada aos termos do procedimento que lhe é movido, defiro a liminar vindicada, apenas para garantir-lhe o direito de acesso aos termos da investigação, naquilo que lhe diga respeito, antes da realização da audiência em que será ouvida, sem carga dos autos nem cópias do inquérito. Defiro nesses termos. Cumprida a liminar, intimem-se as autoridades coatoras para apresentarem suas informações, no decêndio legal. Após, vistas à douta Procuradoria de Justiça para oferta de parecer. Intime-se. Cuiabá, 10 de dezembro de 2005. Des. Orlando de Almeida Perri – Relator.” (Mandado de Segurança nº. 47932/2005).*

Especificamente sobre o inquérito civil, assim se pronunciou Edgard Fiore:

*“Buscando a correta interpretação da Lei da Ação Civil Pública (aqui se pretenderá demonstrar que seu sentido está na necessidade de evitar e/ou reparar lesões aos direitos coletivos e difusos, também chamados metaindividuais, com a máxima presteza e eficácia que requer a dimensão da lesão), nessa medida a lei dotou o Ministério Público, responsável pela proteção desses direitos, de instrumentos que lhe permitam esta presteza e esta eficácia, quais sejam (i) a ação civil pública e (ii) o inquérito civil, que devem viabilizar uma tomada de ação eficaz ante a situação da vida que se pretende proteger, nos limites da atuação do referido órgão. Nesse contexto, o contraditório, ao ser aplicado no*

*inquérito civil, presta-se a prover a necessária eficácia à ação do Ministério Público e, portanto, coaduna-se com a intencionalidade da lei sob análise, especialmente porque esta espécie de inquérito não pode ser igualada ao inquérito penal – a partir do qual foi criado por analogia – por se tratar de procedimento muito mais abrangente do que o modelo do qual partiu, permitindo ao Ministério Público, que o preside, não só investigar (suspeita de lesão aos direitos que deve proteger), como chegar a exercer função jurisdicional -, ao firmar compromisso de ajustamento de conduta com o causador do dano, por exemplo. É a jurisdição se fazendo presente ante a solução encontrada para dirimir o conflito.”* [\[5\]](#)

Não esqueçamos que, por 9 votos a 2, o Supremo Tribunal Federal aprovou súmula vinculante, garantindo a advogados acesso a provas já documentadas em autos de inquéritos policiais que envolvam seus clientes, inclusive os que tramitam em sigilo. O texto a 14ª Súmula Vinculante diz o seguinte: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. A questão foi levada ao Plenário a pedido do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil por meio de processo chamado Proposta de Súmula Vinculante (PSV), instituído no STF no ano passado. Essa foi a primeira PSV julgada pela Corte. Dos 11 ministros, somente Joaquim Barbosa e Ellen Gracie foram contra a edição da súmula. Para os dois, a matéria não deve ser tratada em súmula

vinculante. A maioria dos ministros, no entanto, afirmou que o verbete trata de tema relativo a direitos fundamentais, analisado diversas vezes pelo Plenário. Eles lembraram que a Corte tem jurisprudência assentada no sentido de permitir que os advogados tenham acesso aos autos de processos. *“A súmula vinculante, com o conteúdo proposto, qualifica-se como um eficaz instrumento de preservação de direitos fundamentais”*, afirmou Celso de Mello. O Ministro Marco Aurélio destacou que *“a eficiência repousa na transparência dos autos praticados pelo Estado”*, reiterando que precedentes da Corte revelam que a matéria tem sido muito enfrentada. Ele afirmou que há pelo menos sete decisões sobre a matéria no STF. *“Investigação não é devassa”*, observou a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. O Ministro Peluso lembrou que a súmula somente se aplica a provas já documentadas, não atingindo demais diligências do inquérito. *“Nesses casos, o advogado não tem direito a ter acesso prévio”*, observou. Ou seja, a autoridade policial está autorizada a separar partes do inquérito que estejam em andamento para proteger a investigação. Ellen Gracie concordou com o entendimento dos demais Ministros quanto ao direito dos advogados de ter acesso aos autos dos processos, mas afirmou que uma súmula sobre o tema dependeria da interpretação de autoridades policiais. *“A súmula vinculante é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação.”* Para Barbosa, a súmula privilegiará os direitos dos investigados e dos advogados em detrimento do direito da sociedade de ver irregularidades devidamente investigadas. Segundo ele, *“peculiaridades do caso concreto podem exigir que um*

*inquérito corra em sigilo*". Ao responder, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, relator da matéria, afirmou que a súmula não significará um *"obstáculo à tutela penal exercida pelo Estado"*. Ele acrescentou que muitos casos de pedido de acesso a autos de processo dizem respeito a crimes que não são de colarinho branco. Já com base nesta súmula vinculante, o Ministro Celso de Mello deferiu liminar em Reclamação (RCL 7873) na qual advogados de um publicitário pediram o cumprimento da Súmula 14 do Supremo Tribunal Federal. A Reclamação foi ajuizada contra decisão da delegada de polícia da 9ª. Delegacia de Polícia Civil do estado do Rio de Janeiro, que teria negado acesso aos autos de um inquérito policial que investiga crime supostamente cometido pelo publicitário, envolvendo um contrato celebrado com a Escola de Samba Mocidade Independente de Padre Miguel, do Rio de Janeiro. Na decisão liminar, o ministro cita jurisprudência do próprio STF, no sentido que *"o indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial"*. De acordo com o ministro, *"mesmo em procedimentos inquisitivos instaurados no plano da investigação policial, há direitos titularizados pelo indiciado, que simplesmente não podem ser ignorados pelo Estado"*. Assim, Celso de Mello deferiu a liminar para garantir ao publicitário *"o direito de acesso aos autos de inquérito policial no qual figura como investigado (IPL nº 009-01550/2009 – 9ª Delegacia de Polícia Civil do Rio de Janeiro/RJ),*

*sustando, em consequência, até ulterior deliberação minha, a realização do interrogatório do reclamante em questão, com data já designada para o próximo dia 16/03/2009".* A liminar garante, ainda, *"o direito de acesso às informações já formalmente introduzidas nos autos do procedimento investigatório em questão"*. Também o Ministro Ricardo Lewandowski deferiu liminar para que um Senador da República tivesse acesso e pudesse tirar cópia dos documentos que digam respeito a ele juntados ao inquérito em andamento na Polícia Federal (PF) de São Paulo. O senador ingressou com Reclamação (Rcl 8158) contra ato omissivo do Delegado Regional de combate ao Crime Organizado da PF. De acordo com ele, foi protocolado pedido de acesso aos autos na Polícia Federal, mas *"passados quase 30 dias, a pretensão ainda não teria sido examinada"*. Na decisão, o ministro afirma que a liminar é possível de acordo com a Súmula Vinculante 14, segundo a qual *"é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentos em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa"*. Ainda segundo o ministro, existe o perigo da demora por causa da inércia da autoridade policial em despachar o requerimento formulado pelo senador, que tem sido citado pelos meios de comunicação, sem ter conhecimento do que o processo investigatório contém a seu respeito. Interpretando este Enunciado, o Ministro Eros Grau arquivou a Reclamação nº. 8173 ajuizada para que o paciente pudesse ter acesso aos autos do inquérito policial em andamento na 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo, antes de sua remessa ao Ministério

Público Federal. Para o relator, a Súmula Vinculante nº 14, do STF, assim como as decisões proferidas no HC 95009, *“não garantem acesso irrestrito aos autos do inquérito policial”*. Segundo Eros Grau, a súmula menciona ‘acesso amplo’, *“de sorte que, na sua aplicação, a ordem dos procedimentos deve ser mantida”*. *“O acesso amplo aos elementos de prova, ao qual respeita a Súmula Vinculante Nº 14, há de ser assegurado, sim, porém não de modo a comprometer o regular e fluente andamento do inquérito policial. Os trâmites procedimentais referentes às investigações policiais não de ser atendidos, sem antecipações de vista das quais resulte a ampliação de prazos, da defesa, estabelecidos em lei”*, entendeu o Ministro. Fonte: STF.

Comentando esta súmula vinculante, veja-se a lição de Fábio Motta Lopes:

*“Como regra, o advogado do investigado tem acesso ao expediente investigatório, exceto quanto às peças cujo segredo seja imprescindível para a investigação e para a colheita de provas, conforme definiu a Suprema Corte na nova súmula vinculante. (...) Segundo ensina Prado, deve vigorar a publicidade como regra. Contudo, “há atos de investigação que precisam permanecer sob sigilo durante algum tempo, sob pena de fracassarem os fins da própria investigação”, sendo inexigível a intimação prévia do investigado para acompanhar as atividades da polícia judiciária. Na mesma esteira, afirma Lopes Júnior que a regra deve ser a publicidade da investigação para o advogado. Com relação a determinados atos de investigação, sustenta que podem ser secretos, desde que o sigilo seja “limitado no tempo e no alcance,*



*bem como reservado para situa es excepcionais”. Com posi o semelhante, Oliveira apregoa que o acesso aos autos deve ser a regra, devendo ocorrer, porém, restri o quando houver representa o por provas de natureza cautelar no curso da investiga o. Portanto, se as diligências já foram realizadas pela polícia, o advogado terá o direito de obter vista dos documentos produzidos. Por outro lado, se existem atos de investiga o que ainda serão desencadeados, com a finalidade de demonstrar a ocorrência de um delito e sua respectiva autoria, pode prevalecer o sigilo, inclusive para o investigado e para seu defensor. Nessa hipótese, em razão da natureza de certas investiga es, o direito de vista aos autos do inquérito policial deverá ser realizado posteriormente. De acordo com Coutinho, existem investiga es realizadas pela polícia, como as intercepta es telefônicas, por exemplo, que não podem ser controladas ex ante, motivo pelo qual deve prevalecer o sigilo no momento das diligências policiais. Entretanto, por força do art. 5, LXIII, da CF, deve-se assegurar “a efetiva possibilidade de participa o do advogado em qualquer ato de produ o de prova no inquérito, inclusive pericial”. Com isso, se os atos investigativos estão em andamento ou serão realizados brevemente, a situa o exige, excepcionalmente, a manuten o do segredo para o investigado e para seu defensor, sob pena de a própria investiga o criminal se tornar inviável. Não seria razoável, por exemplo, permitir-se que o investigado tome conhecimento acerca de uma intercepta o telef nica em andamento. Por isso que o art. 8 da Lei 9.296/96 estabelece o sigilo das diligências, das grava es e das respectivas transcri es durante a fase*

*preliminar. O mesmo raciocínio vale para instrumentos de investigação criminal destinados ao combate à criminalidade organizada, como a escuta ambiental (art. 2º, IV, da Lei 9.034/95) e a infiltração policial (art. 2º, V, da Lei 9.034/95). Também podem ser citados como exemplos de investigações que devem ser efetivadas sem a ciência da defesa os exames em locais de crime — mesmo porque, na maioria das hipóteses, sequer se sabe quem é o autor da infração penal quando a polícia chega ao cenário do delito —, as buscas e as apreensões e o cumprimento de mandados de prisões provisórias, seja por razões lógicas, como o desconhecimento de quem sejam os responsáveis pelo fato, seja para não frustrar o resultado das diligências policiais com o vazamento de informações que devem permanecer, até a conclusão dos atos investigativos, sob sigilo. Nessas hipóteses, entretanto, é necessário que se possibilite ao defensor o controle diferido dos atos executados.” [6]*

Interpretando a Súmula Vinculante, o Ministro Joaquim Barbosa abriu parcialmente os arquivos do inquérito policial aos advogados de J.T.N., investigado pela polícia no caso de um homicídio. Eles ajuizaram no Supremo uma Reclamação (RCL 9906) pedindo o cumprimento da Súmula Vinculante 14. O Ministro Joaquim Barbosa lembrou a jurisprudência do Supremo que deu origem à Súmula Vinculante 14: ela reconhece que o sigilo dos autos de inquérito não é obstáculo para o acesso do advogado da parte a eles. O ministro disse que, sendo J.T.N. um dos investigados no inquérito policial, “*deve ser facultado ao advogado constituído o acesso aos elementos de informação já documentados nos autos, não obstante o caráter sigiloso*

*dos mesmos, excluindo-se de tal faculdade, contudo, o acesso aos documentos pertinentes às medidas cautelares ainda em curso, sob pena de frustração do procedimento apuratório*". Na decisão, ele permitiu ao advogado inclusive fazer cópias dos elementos de prova já documentados, mas adverte que ele tem o compromisso de manter sigilo sobre os dados que estão sob sigilo.

Ainda a propósito, no julgamento de duas Reclamações (Rcl 8998 e 10110) nas quais era alegado o descumprimento da Súmula Vinculante 14 foram julgadas improcedentes pelos Ministros da Corte. A decisão unânime acompanhou o voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, que nos dois casos considerou que o verbete do STF não foi desrespeitado. Na Reclamação 8998, consta que a autoridade policial e a juíza da 2ª Vara Criminal de Monte Alto (SP) teriam sonegado aos advogados vista dos autos principais de processo e das escutas que contêm as provas produzidas por interceptações telefônicas. Tais provas, conforme a defesa, teriam gerado a prisão em flagrante e, posteriormente, a prisão preventiva de seu cliente. O reclamante foi condenado a quatro anos e dois meses de reclusão em regime inicial fechado pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas. O Ministro Ricardo Lewandowski afastou a alegação de descumprimento da Súmula Vinculante 14, uma vez que a juíza, na decisão condenatória, ressaltou que os advogados tiveram acesso amplo aos autos. Conforme informação prestada pelo diretor do cartório da 2ª Vara judicial daquela Comarca, "o advogado do réu permaneceu com os autos da interceptação entre os dias 10 e 29 de setembro do corrente ano e, com

os autos principais, entre 2 e 30 de dezembro de 2009”. *“Anoto que essa reclamação só poderia ser utilizada para garantir o acesso dos advogados, no interesse do representado, aos elementos de prova que já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária que digam respeito ao exercício do direito de defesa e não como meio idôneo para se discutir o acerto ou o desacerto da condenação ou tentar o rejuízo da ação penal”*, salientou o ministro Ricardo Lewandowski. Na segunda Reclamação, o acusado foi preso em razão de uma operação realizada pela Polícia Federal em Itajaí (SC). Na época, foi decretada a prisão provisória por 30 dias. Os advogados sustentavam que não foi apresentado o teor da decisão que fundamentou a prisão. Alegavam que o juízo monocrático teria impedido a defesa de ter acesso a supostas provas contidas no inquérito. Por isso, pretendiam a anulação do inquérito policial ao fundamento de ofensa da Súmula Vinculante 14 e que a defesa não teve acesso a todos os elementos probatórios que ensejaram a prisão cautelar, especialmente aos autos das escutas telefônicas realizadas durante as investigações. Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, a defesa queria ter acesso a procedimentos que ainda não estavam nos autos do inquérito policial, uma vez que ainda estava em curso, *“até podendo prejudicar as investigações”*. *“Não vejo qualquer ofensa a essa súmula. Os fundamentos, a meu ver, estão condizentes com as conclusões que nós temos assentado aqui nesse Plenário”*, considerou o relator, ressaltando que os advogados apenas podem ter acesso aos

elementos já colhidos e não às diligências em andamento, portanto não concluídas.

Ademais, tratando-se de um processo extenso, por unanimidade, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Reclamação (Rcl) 13215 em que um acusado de tráfico internacional de drogas pretendia obter cópias de 60 volumes referentes à ação penal a que responde na 4ª Vara Federal Criminal de São Paulo. Ele pretendia ter pleno acesso, por meio de fotocópias, ao inteiro teor da ação, mas o pedido foi negado por decisão do Juízo de primeiro grau, porque a defesa não especificou as páginas dos autos das quais pretendia obter as cópias, como determina a Portaria 36/2011 da 4ª Vara Federal Criminal de São Paulo. A norma limita o número de cópias em ações desencadeadas por grandes operações da Polícia Federal. Entretanto, permite à defesa o acesso pleno aos autos. O ministro relator, Marco Aurélio, já havia indeferido o pedido de medida liminar por não identificar desrespeito à súmula do STF. Segundo reafirmou à Turma, *“é um descompasso não configurado. Fica longe de implicar o desrespeito ao teor do verbete vinculante 14 da Súmula do Supremo a decisão no sentido de a defesa técnica, ante inúmeros volumes e diversos acusados, indicar as peças do processo a serem copiadas, viabilizando-se até mesmo a entrega de mídia alusiva à gravação”*.

Por fim, ressalte-se que, ainda que se trate de um procedimento administrativo disciplinar, não há falar-se em sigilo. Neste sentido, o *“Superior Tribunal de Justiça garantiu ao banqueiro Daniel Dantas acesso limitado aos autos do processo administrativo disciplinar instaurado*

*contra o delegado da Polícia Federal, hoje deputado federal, Protógenes Pinheiro de Queiroz. Por maioria, a 1ª Seção atendeu parcialmente a pedido feito em um Mandado de Segurança de Dantas contra ato do advogado-geral da União, Luís Inácio Adams, que havia negado o acesso. Em 2012, Dantas encaminhou à Advocacia-Geral da União representação em que relatou supostas irregularidades cometidas pelo delegado Protógenes) durante a operação Satiagraha, atribuindo-lhe atos de improbidade administrativa — entre elas, a “participação ilegal de quase uma centena de servidores da Agência Brasileira de Inteligência (Abin) e de agentes particulares”. Interessado em acompanhar o andamento da representação, o banqueiro pediu para ter conhecimento do processo. Adams negou o acesso ao PAD alegando que o material é classificado como “reservado”. Dantas ainda pediu que o caráter “reservado” fosse retirado, mas também teve esse pedido negado. De acordo com a Lei 12.527/2011 — a Lei de Acesso à Informação —, em seu artigo 24, parágrafo 1º, inciso III, é de cinco anos o prazo máximo de restrição de acesso a informações classificadas como reservadas, a contar da sua produção. Daí o Mandado de Segurança impetrado no STJ, em que Dantas contesta a atribuição de reservado ao processo. O artigo 23 da LIA diz que é possível classificar como ultrassecretas, secretas ou reservadas as informações imprescindíveis à segurança da sociedade ou do estado. O relator do processo, ministro Humberto Martins, votou pela concessão parcial da segurança, para garantir o acesso de Dantas diretamente ao processo, sendo preservadas, porém, as informações sob sigilo constitucional e de*

*serviços de inteligência. Essa posição, que prevaleceu no julgamento, foi seguida pelos ministros Assusete Magalhães e Sérgio Kukina. Os ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves também votaram pela concessão da segurança, porém num grau mais restrito, para que Dantas não tivesse acesso direto aos autos, mas apenas a certidões narrativas do processo disciplinar. O ministro Napoleão Nunes Maia Filho votou pela extinção do Mandado de Segurança por ilegitimidade da autoridade impetrada — no caso, o advogado-geral da União —, mas ficou derrotado." (Com informações da Assessoria de Imprensa do STJ.)*

#### **NOTAS:**

[1] O contraditório é exigido e impostergável na fase processual, pois não há devido processo legal sem o contraditório, que vem a ser, em linhas gerais, a garantia de que para toda ação haja uma correspondente reação, garantindo-se, assim, a plena igualdade de oportunidades processuais. A respeito do contraditório, Willis Santiago Guerra Filho afirma: *“Daí podermos afirmar que não há processo sem respeito efetivo do contraditório, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário (cf. Nery Jr., 1995, p. 25). Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado, um direito. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou **Anspruch***

*auf rechliches Gehör, como fazem os alemães.*” (Introdução ao Direito Processual Constitucional, São Paulo: Síntese, 1999, p. 27).c, 2005, p. 35). Segundo Étienne Vergès, a Corte Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) “*en donne une définition synthétique en considérant que ce principe implique la faculté, pour les parties à un procès penal ou civil, de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d’influencer sa décision et de la discuter` (CEDH, 20 févr. 1996, Vermeulen c/ Belgique, D. 1997, som. com. P. 208).*” (Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 35).

[2] Código de Processo Penal Comentado, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 576/577.

[3] As Nulidades no Processo Penal, 6ª ed., São Paulo: RT, 1996, pp. 120/127.

[4] “*Quem tem medo da publicidade no inquérito?*”, Boletim IBCCrim nº 84, págs. 13/14 – Novembro/99.

[5] “O contraditório no inquérito civil”, RT 811/35.

[6] Lopes, Fábio Motta. Acesso aos inquéritos policiais: prerrogativa do advogado. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 196, p. 4-5, mar. 2009.



## O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CPC

**LUIZ FILIPE MALOPER BONN:** Procurador da Fazenda Nacional. Ex Delegado de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em direito tributário pela Universidade Anhanguera.

**Resumo:** O presente trabalho aborda as questões mais relevantes sobre a inovação legislativa trazida nos artigos 133 a 137 do novo Código de Processo Civil que dispõe sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Estes dispositivos do novo diploma processual sistematizam o debate sobre a retirada do véu da personalidade jurídica de pessoas físicas ou jurídicas que atuam de forma ilícita nos termos do artigo 50 do Código Civil.

**Palavras chaves:** Personalidade; comércio; sociedade; sócio, responsabilidade; empresa; confusão; fraude; desconsideração; redirecionamento; mérito; entidade; agrupamento; autonomia; sentença; execução; patrimônio; incidente; diploma; dilapidação; legislação; convicção, discussão.

---

### Introdução

A personalidade jurídica é um instituto do direito que visa garantir a regularidade dos atos de comércio relacionados à atividade empresarial através da autonomia de direitos e obrigações em relação aos entes que constituem uma sociedade.

Porém observa-se, no universo empresarial, situações em que os sócios abusam da personalidade jurídica, causando danos a terceiros, especialmente credores. Trata-se de abuso de direito, nos termos do art. 187 do Código Civil, bem enseja a responsabilização das pessoas físicas e jurídicas envolvidas por meio da desconsideração da personalidade jurídica regulada por artigo específico, que a reconhece nos casos de desvio da atividade fim ou confusão patrimonial entre os bens da sociedade empresarial e os de seus sócios.

### **Aspectos relevantes**

Releva perceber que o ordenamento pátrio nunca descreveu o procedimento destinado a retirada do véu da personalidade jurídica. ao magistrado. O Novo Código de Processo Civil instituiu um incidente processual a ser instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, limitando a instrução ao magistrado em determinar a citação dos envolvidos que poderão no prazo legal produzir provas e se manifestar sobre os fatos declinados no pedido.

Portanto, atendendo aos anseios de grande parte da doutrina, o Novo Código de Processo Civil assegura a possibilidade do sócio administrador de empresa ou sociedade integrante de grupo econômico formule sua defesa com o devido lastro probatório, antes da apreciação do pedido de redirecionamento. Vejamos o que prescreve o novo diploma:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

Diante dos novos dispositivos do novo CPC cumpre tecer algumas considerações.

O Magistrado, ao receber o pedido de redirecionamento, com a aplicação do artigo 50 do Código Civil, para o sócio administrador ou sociedade agrupada, deverá imediatamente instaurar incidente processual, determinando a sua citação para opor sua defesa juntamente com as provas necessárias.

Ressalte-se que o incidente processual é instaurado no decorrer de um processo principal provocando seu sobrestamento até o deslinde da questão que, por tratar-se de prejudicial, repercute diretamente no exame do mérito.

Releva observar que o artigo 133, parágrafo 2º, do novo CPC, se refere expressamente a possibilidade de instauração do incidente para a análise da desconsideração inversa. Infere-se que o legislador chancelou o entendimento jurisprudencial, até então muito contestado, no sentido do cabimento da desconsideração da personalidade jurídica das empresas integrantes de grupo econômico.

Quando se trata de responsabilização de grupos econômicos, a doutrina chama a superação da personalidade das entidades agrupadas de desconsideração inversa. Ocorre nas hipóteses de criação de grupos econômicos de fato, ou seja, conglomerados de sociedades coligadas, controladoras ou controladas criadas com o exclusivo objetivo de sonegação fiscal e fraude á execução. Neste caso a desconsideração se aplica as sociedades agrupadas que servem como véu para encobrir as ilicitudes cometidas pelos sócios administradores que possuem o poder decisório sobre as atividades de todo o grupo.

A desconsideração inversa, conforme a lição de Fábio Konder Comparato (O Poder de Controle na Sociedade Anônima. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, fl.464) caracteriza-se pelo retirada do véu da personalidade jurídica da sociedade e a responsabilização por dívidas de seus sócios ou demais sociedades integrantes do mesmo grupo de empresas.

Portanto restou cristalizado no ordenamento pátrio, que o artigo 50 do Código Civil se aplica tanto para a responsabilização de pessoa física tanto para a responsabilização de pessoa jurídica.

Outro aspecto relevante a ser destacado é que o artigo 134 dispõe expressamente sobre a possibilidade do incidente de desconsideração ser instaurado tanto no processo de conhecimento quanto na fase de cumprimento de sentença ou execução autônoma.

Diante deste dispositivo cai por terra o entendimento jurisprudencial no sentido da necessidade de ação autônoma para o reconhecimento de grupo econômico via desconsideração da personalidade jurídica.

Por derradeiro, cabe abordar o preceito insculpido no artigo 137 do novo diploma processual. O dispositivo determina a ineficácia das alienações ou oneração de bens perante o requerente em caso de decisão interlocutória de deferimento do pedido de descon sideração, após a conclusão do incidente.

Neste ponto reveste-se de indiscutível relevo jurídico a determinação do termo inicial para a decretação da ineficácia dos atos de alienação realizados pelos entes responsabilizados com o encerramento do incidente. Para o deslinde da questão se faz imperiosa a análise exegética da norma do novo diploma processual em conjunto com o artigo 185 do Código Tributário Nacional que trata da garantia do crédito tributário. Vejamos:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

Não é possível olvidar que, demonstrada a confusão patrimonial e a unidade de controle do agrupamento empresarial, o magistrado reconhece o grupo de empresas como sendo uma única realidade de fato, ou seja, uma única sociedade formada por diversas empresas que atuam como departamentos da controladora. Os gestores da sociedade devedora deliberam no sentido da criação de outras empresas com o intuito de fraudar os órgãos de Administração Tributária.

Portanto o Juiz, ao término do incidente de descon sideração, por força do novo artigo 137 do CPC combinado com o artigo 185 do CTN,

deve considerar ineficazes os atos de alienação ou oneração de bens de todas as empresas do grupo e dos sócios responsáveis pela fraude a partir da inscrição em dívida ativa dos créditos tributários em nome da sociedade originária.

A posição, que pode vir a ser defendida por parte da doutrina, no sentido de que são ineficazes os atos de dilapidação patrimonial somente a partir da decretação da decisão de desconsideração fulminaria a atuação da Fazenda Pública na execução das obrigações tributárias haja vista que, no decorrer do incidente processual, os gestores do grupo econômico passariam a realizar nova reestruturação societária com a criação de novos simulacros de pessoas jurídicas, esvaziando o patrimônio das empresas constantes do pedido de redirecionamento.

Solução a ser adotada, na hipótese de prevalecer este entendimento na jurisprudência, seria o requerimento de medida liminar de indisponibilidade dos bens das sociedades no momento da interposição do pedido de instauração do incidente de desconsideração, com lastro no poder geral de cautela do Juiz, visando resguardar a satisfação dos créditos tributários em cobrança, até a sua conclusão. Com o deferimento do pedido e o conseqüente reconhecimento do grupo econômico com o redirecionamento da execução fiscal para os entes agrupados, o bloqueio de bens, a requerimento da Fazenda Pública, se converteria em penhora.

### **Conclusão**

A inovação trazida pelo novo *Codex* introduziu, no cenário jurídico nacional, uma sede de discussão de um tema de alta complexidade que trará, em um futuro próximo uma série de questionamentos a serem

trazidos á baila ao longo das tramitações dos processos judiciais, especialmente na sua fase executória.

No que diz respeito aos processos de execução fiscal e aos cumprimentos de sentença, a instauração do incidente de desconsideração trará morosidade em uma fase processual de caráter tão somente satisfativo. Entretanto se faz necessário, que a Autoridade Judiciária, firme sua convicção, após a análise dos argumentos de todas as partes envolvidas, sobre quais os sujeitos devem ser responsabilizados pela dívidas em cobrança em determinado processo.

#### **Referências bibliográficas**

COMPARATO, Fabio Konder. FILHO, Calixto Salomão. O poder de controle na sociedade anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 45.

WALD, Arnoldo. Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedade na nova Lei de Sociedades Anônimas. Revista Forense, Rio de Janeiro, 258: 83-94, 1977, p. 89.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, V. 2, 2003.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

KERSHAW, David. Company Law in Context. Oxford University Press, 2009.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do consumidor. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2009.



## A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGULAMENTO DISCIPLINAR DO EXÉRCITO: NECESSIDADE DE DAR UMA SOLUÇÃO DEFINITIVA À CONTROVÉRSIA

**DOUGLAS PEREIRA DA SILVA:** Graduação em Curso de Formação de Oficiais pela Academia Policial Militar do Guatupê (1994), graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2009), com aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, possui também graduação em Administração pela Faculdade Estadual de Ciências Econômicas de Apucarana (1998) e mestrando em políticas públicas pela Universidade Estadual de Maringá. Tem experiência na área de Direito, com ênfase no Direito Administrativo Militar e Polícia Judiciária Militar. Tem experiência no setor público, principalmente em gestão de pessoas e projetos.

### I. Considerações iniciais

As organizações militares se estruturam através de dois princípios básicos: o princípio da hierarquia militar e o princípio da disciplina militar. Esses princípios visam combater a indisciplina militar e, por isso, nos regulamentos disciplinares militares são previstas, inclusive, medidas extremas, como as medidas privativas de liberdade, aplicadas ao militar.

O princípio da hierarquia é bastante conhecido no âmbito da Administração Pública. Di Pietro (2010, p. 70) explica que “Em consonância com o princípio da hierarquia, os órgãos da Administração Pública são estruturados de tal forma que se cria uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros, cada qual com atribuições definidas na lei. Desse princípio, que só existe relativamente às funções administrativas, não em relação às legislativas e judiciais, decorre uma série de prerrogativas para a Administração: a de rever os

atos dos subordinados, a de delegar e avocar atribuições, a de punir; para o subordinado surge o dever de obediência”.

Observe que do princípio da hierarquia surge o dever de obediência ao subordinado; obediência não apenas ao superior hierárquico, mas também a todo complexo de normas jurídicas que regem a Administração Pública. Ou seja, o dever de obediência (disciplina) é uma das decorrências do Poder Hierárquico.

No meio militar, Hierarquia é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas e Forças Auxiliares (Decreto n. 88.777, de 30-09-1983, art. 2º, n. 15). Já “A disciplina militar é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições, traduzindo-se se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo militar” (RDE, art. 8º, g. n.). A disciplina se exterioriza pelas seguintes formas: a correção de atitudes, a obediência pronta às ordens dos superiores hierárquicos; a dedicação integral ao serviço; e a colaboração espontânea para a disciplina coletiva (RDE, art. 8º, § 1º).

Assim, ao menos em teoria, não existem grandes diferenças entre a hierarquia e a disciplina militar daquelas existentes no meio civil. Todas são normas de cumprimento obrigatório que regulam o serviço público. Noutra giro, se sabe que o respeito à hierarquia e à disciplina é mais acentuada no meio militar do que aquela existente no mundo civil.

O militar está sujeito a regras mais rígidas, como o código penal militar e o regulamento disciplinar de cada força ou organização militar.

Não existem diferenças estruturais consideráveis entre o Regulamento Disciplinar do Exército (RDE) e os regulamentos disciplinares das polícias militares (PPMM) do Brasil. Não é ao acaso, portanto, que diversas polícias militares do Brasil adotam como regulamento disciplinar o RDE.

O Decreto-Lei 667/69 prevê que as polícias militares serão regidas por regulamento disciplinar redigido à semelhança do Regulamento Disciplinar do Exército e adaptado às condições especiais de cada Corporação (art. 18).

Na Polícia Militar do Paraná (PMPR), por exemplo, aplica-se o RDE, por força do artigo 482 do Regulamento Interno dos Serviços Gerais da PMPR – RISG/PMPR, aprovado pelo Decreto Estadual nº 7.339, de 08-06-2010 e também pelo contido no artigo 1º, § 5º da Lei Estadual 1.943/54 – Código da PMPR. Outras polícias militares adotam legislação própria, mas vinculadas aos parâmetros estabelecidos no Decreto-Lei 667/69.

Embora a Constituição Federal em vigor seja de 1998, ainda hoje se discute a compatibilidade do RDE com a Carta Magna, principalmente como o contido no art. 5º, inciso LXI que estabelece que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, **salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei**” (g. n.).

O Objetivo desse artigo é diagnosticar o atual entendimento jurisprudencial sobre a controvérsia.

## **2. (In) constitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército**

Com a inauguração na ordem constitucional de 1988, a constitucionalidade dos regulamentos disciplinares militares introduzidos no ordenamento jurídico, através de decretos do Chefe do Poder Executivo começou a ser debatido no âmbito das Cortes brasileiras.

O grande debate passou a ser sobre a interpretação do artigo, inciso LXI que estabelece que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, **salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei**” (g. n.).

O questionamento sobre o dispositivo constitucional passou a ser o seguinte: apenas os crimes militares devem ser definidos em lei ou os crimes militares e as transgressões militares devem ser estabelecidos em lei?

O caso chegou a ser discutido na Suprema Corte por envolver matéria constitucional. O Senhor Ministro Marco Aurélio chegou à conclusão que a expressão “definidos em lei” só se refere a crimes militares, votando pela improcedência do pedido.

Já o voto vencedor (divergência iniciada pelo Senhor Ministro Gilmar Mendes) foi no sentido do não conhecimento da Ação, porque, no caso se entendeu que o requerente não demonstrou, no mérito, cada um dos casos de violação contida no Decreto que institui o Regulamento Disciplinar do Exército. O acórdão ficou assim ementado:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o Decreto no 4.346/2002 e seu Anexo I, que estabelecem o Regulamento Disciplinar do Exército

Brasileiro e versam sobre as transgressões disciplinares. 2. Alegada violação ao art. 5º, LXI, da Constituição Federal. 3. Voto vencido (Rel. Min. Marco Aurélio): a expressão ("definidos em lei") contida no art. 5º, LXI, refere-se propriamente a crimes militares. 4. A Lei no 6.880/1980 que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, no seu art. 47, delegou ao Chefe do Poder Executivo a competência para regulamentar transgressões militares. Lei recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Improcedência da presente ação. 5. Voto vencedor (divergência iniciada pelo Min. Gilmar Mendes): cabe ao requerente demonstrar, no mérito, cada um dos casos de violação. Incabível a análise tão-somente do vício formal alegado a partir da formulação vaga contida na ADI. 6. Ausência de exatidão na formulação da ADI quanto às disposições e normas violadoras deste regime de reserva legal estrita. 7. Dada a ausência de indicação pelo decreto e, sobretudo, pelo Anexo, penalidade específica para as transgressões (a serem graduadas, no caso concreto) não é possível cotejar eventuais vícios de constitucionalidade com relação a cada uma de suas disposições. Ainda que as infrações estivessem enunciadas na lei, estas

deveriam ser devidamente atacadas na inicial. 8. Não conhecimento da ADI na forma do artigo 3º da Lei no 9.868/1999. 9. Ação Direta de Inconstitucionalidade não-conhecida. (ADI 3340, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2005, DJ 09-03-2007).

Nas unidades federativas alguns entes também inseriram decretos do Chefe do Poder Executivo estabelecendo punições disciplinares. Por exemplo, no Rio Grande do Sul foi editado o Decreto 43.245/2004. A constitucionalidade de tal Decreto chegou a ser discutido na Suprema Corte, porque o recorrente defendeu a tese de que a punição de restrição de liberdade fundada em decreto ofende a Constituição Federal.

No Recurso Extraordinário n. 610.218 entendeu a Corte Suprema pela inexistência da repercussão geral da questão constitucional ventilada, porque a ofensa a dispositivo constitucional seria indireta ao ensejar o exame da legislação infraconstitucional. Confira a ementa da decisão:

Militar. Regulamento disciplinar da polícia militar do Estado do Rio Grande do Sul. Decreto estadual 43.245/04. Punição disciplinar restritiva de liberdade. Aplicação dos efeitos da ausência de repercussão geral tendo em vista tratar-se de

divergência solucionável pela aplicação da legislação estadual. Inexistência de repercussão geral.

(RE 610218, Relator: Min. Ellen Gracie, julgado em 29/04/2010, DJe-100).

Observe que até então ainda não foi discutido o mérito da controvérsia na Suprema Corte. Entretanto o caso voltou a ser debatido e, ao que parece, agora vai ser enfrentado o mérito do caso, porque foi reconhecida a repercussão geral do caso. Confira-se:

Ementa constitucional. Estatuto dos militares das Forças Armadas. Contravenções e transgressões disciplinares. Acórdão que declarou não recepcionado o artigo 47 da lei n. 6.880/80 pelo ordenamento constitucional vigente à luz do art. 5º, inciso LXI, da CF. Tema eminentemente constitucional e que não se confunde com a ausência de repercussão geral fixada no re n. 610.218/RS (tema 270). Repercussão geral reconhecida.

(RE 603116, Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 06/03/2014, acórdão eletrônico DJE-053. )

Esse Recurso Extraordinário foi interposto pela União, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão da oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que chegou a conclusão num julgamento de Habeas Corpus que as sanções de detenção e prisão disciplinares, por restringirem o direito de locomoção

do militar, somente podem ser validamente definidas através de lei *stricto sensu* (CF, art. 5º, LXI).

O acórdão recorrido entendeu que o art. 47 da Lei nº 6.880/80 restou revogado pelo novo ordenamento constitucional, pois que incompatível com o disposto no art. 5º, LXI.

### 3. Considerações finais

Há tempos a punição dos militares do Exército vem sendo estipulado em Decretos expedidos pelo Presidente da República. Diversas polícias militares do Brasil seguem a mesma sistemática: ou por adotar regulamentos disciplinares semelhantes ou por adotar o próprio regulamento disciplinar do Exército, estipulado pelo Decreto n. 4.346, de 26 de agosto de 2002, que aprovou o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e deu outras providências.

Tal Decreto foi editado com fundamento no art. 84, inciso IV, da Constituição bem como o art. 47 da Lei no 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares) e, em que pese o referido Decreto n. 4.346/2002 ser de data posterior a Constituição Federal de 1988, ele ainda continua ser questionado judicialmente por ter ele, assim como o antigo Decreto n. 90.608, de 4 de dezembro de 1984, punições privativas de liberdade, fundada em Decreto e não em lei, em *stricto sensu*.

Na verdade o Direito militar necessita de meios eficientes para combater a indisciplina



militar, adotando, por vezes, inclusive medidas privativas de liberdade, como a detenção e a prisão disciplinar. Observe que a essência da discussão não é quanto à necessidade de tais medidas no meio militar e sim a forma que tais punições disciplinares foram inseridas no mundo jurídico.

É importante que o Supremo Tribunal Federal analise o mérito da questão constitucional controvertida (RE 603116 – RS), afim de que, se for o caso, os regulamentos disciplinares se adaptem a nova ordem constitucional, acabando com o cenário de insegurança jurídica, que se instaurou desde 1988 e ainda hoje não se tem uma decisão definitiva sobre o caso.

De qualquer forma, seria prudente que as organizações militares que adotam regulamentos disciplinares, inseridas no ordenamento jurídico, através de decretos do Chefe do Poder Executivo se precavessem e buscassem a aprovação de lei em *stricto sensu*, na definição de transgressões disciplinares e nas suas respectivas punições. Mesmo porque não há muitas controvérsias sobre a constitucionalidade das punições privativas de liberdade no mundo militar, inclusive há respaldo constitucional nesse sentido, que prevê a prisão de militar nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar (CF-88, art. 5º, inciso LXI).

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei n. 667, 02-07-1969**, Diário Oficial da União  
de 03-07-1969. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0667.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0667.htm), acesso em 08-06-2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 88.777, de 30-09-1983**, Aprova o Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200). DOU de 04-10-1983. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D88777.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D88777.htm), acesso em 08-06-2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05-10-1988**. Diário Oficial da União n. 191-A, de 05-10-1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), acesso em 07-06-2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 4.346, de 26-08-2002**. Diário Oficial da União 27-08-2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4346.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm), acesso em 06-06-2015.

\_\_\_\_\_. STF. **ADI 3340**, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2005, DJ 09-03-2007. Disp. em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=47&dataPublicacaoDj=09/03/2007&incidente=2254219&codCapitulo=5&numMateria=6&codMateria=1>, acesso em 08-06-2015.

\_\_\_\_\_. STF. **RE 610218**, Relatora: Min. Ellen Gracie, julgado em 29/04/2010, DJe-100. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=1>

[00&dataPublicacaoDj=04/06/2010&incidente=3853592&codCapitulo=2&numMateria=13&codMateria=7](http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=53&dataPublicacaoDj=04/06/2010&incidente=3853592&codCapitulo=2&numMateria=13&codMateria=7), acesso em 08-06-2015.

\_\_\_\_\_. STF. **RE 603116**, Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 06/03/2014, acórdão eletrônico DJE-053. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=53&dataPublicacaoDj=18/03/2014&incidente=4520473&codCapitulo=2&numMateria=6&codMateria=7>, acesso em 08-06-2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PARANÁ. **Lei Estadual n. 1943, de 23-06-1954** – Código da Polícia Militar do Paraná, publicado no Diário Oficial n. 98 de 05-07-1954. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=14555&indice=8&anoSpan=1960&anoSelecionado=1954&isPaginado=true>, acesso em 08-06-2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.339, de 08-06-2010**, Regulamento Interno dos Serviços Gerais da Polícia Militar do Paraná, disponível em: <http://www.aprapr.org.br/wp-content/uploads/2011/11/Decreto7339RegulamentoInternodosServicosGeraisdaPMPR3.pdf>

acesso em 03-06-2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto n. 43.245, de 19-07-2007**. Disponível em: [http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid\\_Tipo=TEXTO&Hid\\_TodasNormas=47817&hTexto=&Hid\\_IDNorma=47817](http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=47817&hTexto=&Hid_IDNorma=47817), acesso em 08-06-2015.

## A MUDANÇA NA FORMA DE INTIMAÇÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO SEM A CIÊNCIA DO CONTRIBUINTE

**VICTOR HUGO MARCÃO CRESPO:** Bacharel em Direito pela FGV em São Paulo. Advogado de Contencioso Tributário no BMA - Barbosa, Mussnich Aragão.

O recente movimento de implantação do processo eletrônico tem origem nas metas propostas pelo Conselho Nacional de Justiça para dar mais agilidade à tramitação dos processos, em consonância com o mandamento constitucional do art. 5, LXXVIII[1].

Não obstante estes potenciais benefícios, fato é que a mudança na forma de tramitação dos processos da forma física para a forma eletrônica vem trazendo controvérsias jurídicas sensíveis à apreciação do Poder Judiciário. Dentre elas, a questão que irá ser explorada nesta oportunidade diz respeito à alteração da forma de intimação dos contribuintes e suas eventuais consequências jurídicas.

É o caso do Contribuinte que foi intimado da abertura de Termo de Início de Procedimento Fiscal para verificação da regularidade na apuração e recolhimento de débitos tributários. Dado que o procedimento administrativo estava a tramitar pela via física, a intimação foi feita pela via postal, através da expedição de carta com aviso de recebimento, dirigida ao endereço constante no CNPJ do Contribuinte.

No decorrer do procedimento fiscal, o Contribuinte apresenta a documentação solicitada pela Autoridade Fiscal, cujo protocolo também foi realizado de forma física. Outras intimações foram, todas pela via

postal, cujo cumprimento por parte do Contribuinte deu-se também pela via física.

Quando do encerramento da fiscalização, a Autoridade Fiscal teve por bem lavrar Auto de Infração para a cobrança de supostos débitos que não teriam sido recolhidos pelo Contribuinte. Ato contínuo, o Contribuinte foi intimado, pela via postal, da lavratura do Auto de Infração, abrindo-se prazo para o pagamento ou para a apresentação da impugnação administrativa.

Por discordar da interpretação dada pela Autoridade Fiscal, o Contribuinte apresentou a impugnação no prazo legal, cujo protocolo deu-se pela via física.

Como se pode perceber, toda a tramitação do procedimento de fiscalização e do processo administrativo se deu pela via física e as intimações ocorreram pela via postal.

Ocorre que, por ocasião da decisão da Delegacia de Julgamento que rejeitou a impugnação apresentada, a Autoridade Fiscal expediu a intimação pela via eletrônica ao Contribuinte, a qual deflagraria o prazo para apresentação do recurso cabível.

Isso porque, no meio termo entre a apresentação da impugnação e a decisão administrativa, o processo administrativo em questão passou a ser classificado como “digital” no sistema informatizado da Receita. E como o Contribuinte já tinha feito a opção pelo domicílio tributário eletrônico, a Autoridade Fiscal simplesmente passou a intimá-lo pela via eletrônica.

No entanto, o Contribuinte em momento algum foi informado sobre a nova forma de tramitação do processo, tal como determinado pela Portaria SRF n. 259/06. A informação só veio à tona quando o

Contribuinte acessou sua caixa postal vinculada ao E-CAC – Centro Virtual de Atendimento da Receita, momento em que foi surpreendido com a existência de intimação eletrônica sobre a decisão proferida.

Entretanto, quando do acesso ao sistema E-CAC, o prazo para apresentação do recurso administrativo cabível já havia se esgotado. Como consequência, foi expedida carta-cobrança ordenando o pagamento dos débitos que estavam sendo discutidos no processo administrativo, sob pena de inscrição em Dívida Ativa.

Eis a controvérsia: por ocasião da conversão dos processos físicos em eletrônicos, pode a Receita modificar, a seu exclusivo critério e sem comunicação ao Contribuinte, a forma de intimação usualmente praticada para intimá-lo de andamentos ocorridos no processo?

A questão é atual e extremamente sensível. Ademais, até o momento não se tem conhecimento de decisões por parte dos Tribunais Pátrios.

A Receita sustenta que a intimação por meio eletrônico é uma das modalidades de intimação dos atos praticados no processo administrativo e sua realização é decorrente de opção realizada pelo Contribuinte.

No caso, uma vez que o Contribuinte opte pelo domicílio eleitoral eletrônico, eventuais intimações que venham a ocorrer a partir de então pela via digital são totalmente válidas. Logo, é de integral responsabilidade do Contribuinte o acompanhamento rotineiro de suas intimações no domicílio eletrônico. Assim sendo, o Contribuinte há de arcar com as consequências de uma eventual falta de acesso ao sistema por ato exclusivo que lhe seja imputado – dentre as quais uma possível perda de prazo.

Por sua vez, o Contribuinte entende que a mudança na forma de intimação sem que lhe seja avisado reflete um cenário de total insegurança jurídica e irrazoabilidade por parte da Autoridade Fiscal, em afronta às garantias constitucionais do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição e direito de petição (CF, art. 5º, incisos XXXIV, “a”, XXXV, LIV e LV).

Além disso, defende que a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, é clara ao determinar que a sua intimação deverá ser feita de forma que “assegure a certeza da ciência do interessado” (art. 26, §3º). Nesses termos, a certeza da ciência somente se dá com o efetivo acesso ao domicílio tributário eletrônico (via E-CAC), a partir do qual se inicia a correr o prazo recursal.

Em outras palavras, a ideia é a de que a validade das intimações eletrônicas depende, nos termos da Portaria SRF n. 259/2006 (art. 1, §3º): (i) do expresse consentimento do sujeito passivo quanto à implementação do seu endereço eletrônico e (ii) da prévia informação da Receita ao Contribuinte acerca do formato eletrônico do processo.

Ao final, pede a reabertura do prazo recursal pela autoridade administrativa, de forma que haja o devido processamento e julgamento do recurso do Contribuinte, sendo de rigor a sustação de quaisquer atos de cobrança do ainda controverso crédito tributário.

Já existe um precedente favorável em favor do Contribuinte em sede de sentença. Nessa oportunidade, foi reconhecida a necessidade de que a Receita comunique previamente ao Contribuinte acerca da mudança da forma de intimação, de forma a possibilitar o seu exercício do direito de defesa, o qual foi inviabilizado no caso narrado. Por não ter sido essa a

atitude da Autoridade Fiscal, foi determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em questão e a imediata reabertura do prazo recursal administrativo.

Trata-se, portanto, de um importante precedente em favor dos Contribuintes que por ventura tenham sido surpreendidos com a mudança na forma de intimações, inclusive a ponto de perderem eventual prazo para recurso administrativo.

**Notas:**

[1] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.



## A DESPENALIZA O DO USO DE ENTORPECENTES E O CÓDIGO PENAL MILITAR

**ALEXANDRE PEREIRA SALES:** Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Delegado de Polícia Civil do Distrito Federal. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Proje o. Pós-graduado em Gestão de Polícia Civil pela Universidade Católica de Brasília.

**RESUMO:** A entrada em vigor da Nova Lei de Drogas (Lei n  11.343/2006), em especial seu artigo 28, gerou muita pol mica no mundo jurídico. Antes da entrada em vigor do artigo 28 da citada lei, aplicava-se o artigo 16 da Lei n  6.368/76 (antiga Lei de Drogas) para o crime de uso e porte de substância entorpecente, cuja pena em abstrato variava entre 6 (seis) meses e 2 (dois) anos de deten o. A partir da vigência da Nova Lei de Drogas, a pessoa que for flagrada com droga, para consumo próprio, em desacordo com a legisla o, está sujeita a penas alternativas, ou seja, não privativas de liberdade. Assim, surgiu a celeuma: houve a descriminaliza o ou somente a despenaliza o da conduta? Prevaleceu, na doutrina e na jurisprudência pátrias, o posicionamento de ter ocorrido apenas a despenaliza o da conduta, sendo ainda considerado crime o porte e uso de entorpecente para consumo próprio. Foi a partir da  que surgiu uma corrente defendendo ser aplicável o mesmo entendimento ao artigo 290 do Código Penal Militar, dispositivo que prevê o crime de uso ou porte de substância entorpecente, no âmbito militar. Após algumas varia es na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, Corte máxima

desse País, pacificou o entendimento, através de seu Pleno, de que não é possível aplicar o entendimento da despenalização do artigo 28 da Nova Lei de Drogas ao artigo 290 do Código Penal Militar, haja vista esta ser norma especial em relação àquela, regulada pelos pilares da hierarquia e disciplina.

**Palavras-chave:** Uso e porte de substância entorpecente; consumo próprio; despenalização; descriminalização; artigo 28 da Lei nº 11.343/2006; artigo 290 do Código Penal Militar.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Na forma do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo próprio, substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, submete o agente às penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa.

O §1º do art. 28, por sua vez, dispõe que se submete às mesmas medidas aquele que semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de droga, para consumo pessoal.

Antes da edição da Lei nº 11.343/2006, as condutas acima mencionadas se enquadravam no art. 16 da Lei nº 6.368/76, que tinha como preceito secundário a pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e o pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Diante da drástica mudança no tratamento dado ao consumo de drogas, o início da vigência da Lei nº 11.343/2006 foi marcado pela discussão acerca da descriminalização ou mera despenalização dessa conduta.

Para Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches, o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 aboliu o caráter criminoso da posse de droga para consumo pessoal (descriminalização formal) e, simultaneamente, operou a despenalização da conduta, que, segundo os juristas, adquiriu o status de “infração penal *sui generis*”. Vejamos:

[...]

Para essa primeira corrente não teria havido descriminalização, sim, somente uma despenalização moderada.

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, **só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis***. Essa é a nossa posição, que se encontra ancorada nos seguintes argumentos:

a) a etiqueta dada ao Capítulo III, do Título III, da Lei 11.343/2006 ("Dos crimes e das penas") não confere, por si só, a natureza de crime (para o art. 28) porque o legislador, sem nenhum apreço ao rigor técnico, já em outras oportunidades chamou (e continua chamando) de crime aquilo que, na verdade, é mera infração político-administrativa (Lei 1.079/1950, v.g., que cuida dos "crimes de responsabilidade", que não são crimes). A interpretação literal, isolada do sistema, acaba sendo sempre reducionista e insuficiente; na Lei 10.409/2002 o legislador falava em "mandato" expedido pelo juiz (quando se sabe que é mandado); como se vê, não podemos confiar (sempre) na intelectualidade ou mesmo cientificidade do legislador brasileiro, que seguramente não se destaca pelo rigor técnico;

b) a reincidência de que fala o § 4º do art. 28 é claramente a popular ou não técnica e só tem o efeito de aumentar de cinco para dez meses o tempo de cumprimento das medidas contempladas no art. 28; se o mais (contravenção + crime) não gera a reincidência técnica no Brasil, seria paradoxal admiti-la em relação ao menos (infração penal sui generis + crime ou + contravenção);

c) hoje é sabido que a prescrição não é mais apanágio dos crimes (e das contravenções), sendo também aplicável inclusive aos atos infracionais (como tem decidido, copiosamente, o STJ); aliás, também as infrações administrativas e até mesmo os ilícitos civis estão sujeitos à prescrição. Conclusão: o instituto da prescrição é válido para todas as infrações (penais e não penais). Ela não é típica só dos delitos;

d) a lei dos juizados (Lei 9.099/1995) cuida das infrações de menor potencial ofensivo que compreendem as contravenções penais e todos os delitos punidos até dois anos; o legislador podia e pode adotar em relação a outras infrações (como a do art. 28) o mesmo procedimento dos juizados; aliás, o Estatuto do Idoso já tinha feito isso;

e) o art. 48, parágrafo 2º, determina que o usuário seja prioritariamente levado ao juiz (e não ao Delegado), dando clara demonstração de que não se trata de "criminoso", a exemplo do que já ocorre com os autores de atos infracionais;

f) a lei não prevê medida privativa da liberdade para fazer com que o usuário cumpra as medidas impostas (não há conversão das penas alternativas em reclusão ou detenção ou mesmo em prisão simples);

g) pode-se até ver a admoestação e a multa (do § 6º do art. 28) como astreintes (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas; isso, entretanto, não desnatura a natureza jurídica da infração prevista no art. 28, que é *sui generis*;

h) o fato de a CF de 88 prever, em seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28) não conflita, ao contrário, reforça nossa tese de que o art. 28 é uma infração penal *sui generis* exatamente porque conta com penas alternativas distintas das de reclusão, detenção ou prisão simples.

A todos os argumentos lembrados cabe ainda agregar um último: conceber o art. 28 como "crime" significa qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como "criminoso". Tudo que a nova lei não quer (em relação ao usuário) é precisamente isso. Pensar o contrário retrataria um grave retrocesso punitivista (ideologicamente incompatível com o novo texto legal). Em conclusão: a infração contemplada no art. 28 da Lei 11.343/2006 é penal e *sui generis*. Ao lado do crime e das contravenções agora temos que também admitir

a existência de uma infração penal *sui generis*.<sup>[i]</sup>  
(grifo nosso).

O Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido no RE 430.105-QO/RJ, alertou para as sérias consequências jurídicas dessa tese e assim concluiu:

[...]

Assim, malgrado os termos da Lei não sejam inequívocos – o que justifica a polêmica instaurada desde a sua edição –, não vejo como reconhecer que **os fatos antes disciplinados no art. 16 da L. 6.368/76 deixaram de ser crimes.**

O que houve, repita-se, foi uma **despenalização**, cujo traço marcante foi o **rompimento** – antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, §3º; e L. 9.605/98, arts. 3º; 21/24) – **da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal.**

Esse o quadro, resolvo a questão de ordem no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C.Penal, art. 107, III). (grifos nossos).<sup>[ii]</sup>

Atualmente, tal questão já se encontra superada. Conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao cominar somente penas restritivas de direito aos “usuários” de drogas, o art. 28

operou a despenalização da posse de drogas para consumo próprio, de modo que o consumo de drogas continua sendo crime, mesmo após a Lei nº 11.343/2006. Nesse sentido, vejamos:

**EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.** 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a



regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). **6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.** 7. **Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107).** II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

(Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Questão de Ordem em Recurso Extraordinário 430.105-9/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Publicação DJ: 27/04/2007).[\[iii\]](#) (grifo nosso).

Assim, o entendimento que prevaleceu e se solidificou na doutrina e na jurisprudência foi o de que a Nova Lei de Drogas não descriminalizou a posse de drogas para consumo próprio, mas apenas afastou as penas

privativas de liberdade, implicando mera despenalização em sentido estrito.

Note-se que, de acordo com a Lei nº 11.343/2006, não é apenas a reduzida quantidade de droga apreendida o fator determinante para definir se a substância é destinada ao consumo pessoal ou ao tráfico. Para tanto, o §2º do art. 28 prevê como critérios, além da quantidade da substância apreendida, a sua natureza, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

## 2. TRATAMENTO JURÍDICO APLICÁVEL À POSSE DE ENTORPECENTES, PARA CONSUMO PRÓPRIO, NO ÂMBITO DAS ORGANIZAÇÕES MILITARES

Superadas essas questões introdutórias, o que se pretende, com o presente artigo, é analisar outra grande polêmica criada a partir da edição da Lei n. 11.343/2006, qual seja, a possibilidade de sua aplicação aos crimes cometidos no âmbito de organizações militares.

Assim dispõe o art. 290 do CPM:

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, **ainda que para uso próprio**, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, até cinco anos.<sup>[iv]</sup> (grifo nosso).

Como se pode observar, o CPM não distingue o usuário de drogas daquele que pratica o tráfico, ambos contemplados no mesmo tipo penal e submetidos à mesma pena: reclusão, até 5 (cinco) anos.

## 2.1. A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA PROPORCIONALIDADE À POSSE DE DROGAS, PARA CONSUMO PRÓPRIO, E A TESE DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 290, CPM, DIANTE DA EDIÇÃO DA LEI Nº 11.343/2006

A partir da edição da Lei nº 11.343/2006, a discrepância de tratamento entre o usuário de drogas civil e o militar deu origem às teses de aplicação do princípio da insignificância no direito penal militar e de inconstitucionalidade do art. 290 do CPM, por violação ao princípio da proporcionalidade.

Para os defensores da tese do princípio da insignificância, este seria aplicável às hipóteses de apreensão de drogas em quantidades ínfimas, no âmbito de organizações militares, denotando destinarem-se ao consumo próprio. A aplicação desse princípio acarretaria o reconhecimento de atipicidade material da conduta.

Já os que defendem a tese de inconstitucionalidade do art. 290, CPM, argumentam que a norma viola os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, na medida em que não distingue as figuras do traficante e do usuário, viciado ou não, divergindo do tratamento conferido pela Lei nº 11.343/2006. Assim, o dispositivo legal em questão seria incompatível com a Constituição Federal e com as Convenções de Nova York e Viena.

O Superior Tribunal Militar rechaçou ambas as teses, desde o princípio, firmando-se no sentido da constitucionalidade do art. 290, CPM e da inaplicabilidade da Lei nº 11.343/2006 e do princípio da insignificância, conforme reiterados julgados, a exemplo das ementas adiante transcritas:

**APELAÇÃO – SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA EM LOCAL SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR – IDENTIFICAÇÃO MEDIANTE LAUDO PERICIAL COMO SENDO COCAÍNA – CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA COMO INCURSO NO ART. 290 DO CPM.**

- Revista realizada no interior do alojamento – Apreensão de trouxinhas contendo cocaína – Droga de alta periculosidade quanto aos seus efeitos para a saúde – Lesão ao bem jurídico tutelado, Administração Militar, é à higidez mental e física do acusado.

**- Princípio da proporcionalidade – Inaplicabilidade em razão da natureza da substância apreendida.**

- Negado provimento ao recurso defensivo.

- Decisão unânime.

(Superior Tribunal Militar, Apelação FO 2008.01.050887-2/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Marques Soares).<sup>[v]</sup> (grifos nossos).

**APELAÇÃO. DEFESA. EX-SOLDADO DO EXÉRCITO. TRÁFICO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE OU SUBSTÂNCIA DE EFEITO SIMILAR (ART. 290 DO COM) LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE NA JUSTIÇA CASTRENSE. ALEGAÇÃO DE PEQUENA QUANTIDADE. ARGUIÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL OU BAGATELA. INVIABILIDADE. ESPECIALIDADE DO DIREITO PENAL MILITAR. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA ISONOMIA.**

**I – Inaplicabilidade dos preceitos da Lei nº 11.343/2006 à Justiça Castrense, uma vez que o Direito Penal Militar é especial, apresentando diretrizes e princípios próprios, calcados na hierarquia e disciplina, de tal forma que prevalecem sobre as de Direito Penal Comum, que não as derroga nem ab-roga.**

**II – No que tange ao princípio da insignificância penal, não há que se falar na sua aplicação no âmbito do Direito Penal Militar, quando se tratar de crime de tráfico, posse ou uso de entorpecente, consoante firme e reiterada jurisprudência deste Tribunal.**

III – Não há que se cogitar inconstitucionalidade do art. 290 do Código Penal Militar, face sua precedência à Constituição Federal em vigor.

IV – Sendo o Direito Penal Militar ramo especial do Direito, assim reconhecido pela própria Constituição Federal, **a imposição de decreto condenatório, em razão de conduta tipificada pelo art. 290 do CPM, não viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Tampouco o princípio da isonomia.**

V – Apelo que se negou provimento.

VI – Decisão unânime.

(Superior Tribunal Militar. Apelação FO nº 2009-01.051296-9. Rel. Min. José Coêlho Ferreira).[\[vi\]](#) (grifos nossos).

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, demorou um tempo até pacificar a questão. A Primeira Turma do STF proferiu julgados acompanhando o entendimento do STM. Vejamos:

**HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR (ART. 290 DO CPM). NÃO-APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES RELACIONADOS A ENTORPECENTES.**

**PRECEDENTES.**

**INCONSTITUCIONALIDADE E REVOGAÇÃO  
TÁCITA DO ART. 290 DO CÓDIGO PENAL  
MILITAR. NÃO-OCORRÊNCIA.**

**PRECEDENTES. HABEAS CORPUS**

**DENEGADO.** 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de **não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado.** 2. Não há relevância na arguição de inconstitucionalidade considerando o princípio da especialidade, aplicável, no caso, diante da jurisprudência da Corte. 3. **Não houve revogação tácita do artigo 290 do Código Penal Militar pela Lei nº 11.343/06,** que estabeleceu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, bem como normas de prevenção ao consumo e repressão à produção e ao tráfico de entorpecentes, com destaque para o art. 28, que afasta a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário. **Aplica-se à espécie o princípio da especialidade, não havendo razão para se cogitar de retroatividade da lei penal mais benéfica.** 4. Habeas corpus denegado e liminar cassada.

(Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. HC 91.759/MG, Rel. Min. Menezes Direito, Publicação DJe: 29/11/2007).[\[vii\]](#) (grifos nossos).

**HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO PREVISTO NA LEI N. 11.343/06: LEI MAIS BENÉFICA. NÃO-APLICAÇÃO EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR: ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.** 1. O art. 290 do Código Penal Militar não sofreu alteração em razão da superveniência da Lei n. 11.343/06, por não ser o critério adotado, na espécie, o da retroatividade da lei penal mais benéfica, mas sim o da especialidade. O cuidado constitucional do crime militar - inclusive do crime militar impróprio de que aqui se trata - foi previsto no art. 124, parágrafo único, da Constituição da República. Com base nesse dispositivo **legitima-se, o tratamento diferenciado dado ao crime militar de posse de entorpecente, definido no art. 290 do Código Penal Militar.** 2. A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reverenciar a especialidade da legislação penal militar e da justiça castrense, sem a submissão



à legislação penal comum do crime militar devidamente caracterizado. 3. Habeas corpus denegado.

(Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. HC 91.767/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, Publicação DJe: 10/10/2007).[\[viii\]](#) (grifos nossos).

A Segunda Turma do STF, no entanto, firmara entendimento diametralmente oposto ao do STM, admitindo a incidência do princípio da insignificância, decorrente do princípio da proporcionalidade, aos crimes de posse de substância entorpecente em quantidade ínfima, mesmo em lugar sujeito à administração militar, conforme julgados a seguir transcritos:

**CRIME MILITAR (CPM, ART. 290) -  
PORTE (OU POSSE) DE SUBSTÂNCIA  
ENTORPECENTE - QUANTIDADE ÍNFIMA -  
USO PRÓPRIO - DELITO PERPETRADO  
DENTRO DE ORGANIZAÇÃO MILITAR -  
PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA -  
APLICABILIDADE - IDENTIFICAÇÃO DOS  
VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O  
RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE  
POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE  
DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE  
PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL -  
PEDIDO DEFERIDO. - *Aplica-se, ao delito  
castrense de porte (ou posse) de substância***

**entorpecente, desde que em quantidade ínfima e destinada a uso próprio, ainda que cometido no interior de Organização Militar, o princípio da insignificância, que se qualifica como fator de descaracterização material da própria tipicidade penal. Precedentes.**

(Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC 97.131/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Publicação DJe: 26/08/2010).[\[ix\]](#) (grifos nossos).

**CRIME MILITAR (CPM, ART. 290) - POSSE (OU PORTE) DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - QUANTIDADE ÍNFIMA - USO PRÓPRIO - DELITO PERPETRADO DENTRO DE ORGANIZAÇÃO MILITAR - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - APLICABILIDADE - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - PEDIDO DEFERIDO.** - Aplica-se, ao delito castrense de posse (ou porte) de substância entorpecente, desde que em quantidade ínfima e destinada a uso próprio, **ainda que cometido no interior de Organização Militar**, o princípio da

insignificância, que se qualifica como fator de descaracterização material da própria tipicidade penal. Precedentes.

(Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC 101.759/MG, Rel. Min. Celso de Mello, Publicação DJe: 26/08/2010).[\[x\]](#) (grifos nossos).

A questão somente foi pacificada no STF com o julgamento do HC 103.684/DF, oportunidade em que o Plenário decidiu pela impossibilidade de aplicação do mencionado princípio aos casos de posse de reduzida quantidade de entorpecente em unidade militar, nos termos da ementa a seguir transcrita:

**HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. CONSCRITO OU RECRUTA DO EXÉRCITO BRASILEIRO. POSSE DE ÍNFIMA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO CASO PELO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE. ORDEM DENEGADA. 1. A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade, nem mesmo do tipo de droga que se conseguiu**

apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar. 2. A tipologia de relação jurídica em ambiente castrense é incompatível com a figura da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pré-excluir, portanto, a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. Pré-exclusão que se impõe pela elementar consideração de que **o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam**. Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-funcional. **Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas,**

**que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática.** Ordem democrática que é o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutido o esquema da Tripartição dos Poderes e o modelo das Forças Armadas que se estruturam no âmbito da União. Saltando à evidência que as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna. **3. A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas. Dados da própria compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo singular a**

**estruturação e o funcionamento das instituições castrenses.** Tudo a encadeadamente desaguar na concepção e prática de uma vida corporativa de pinacular compromisso com a ordem e suas naturais projeções factuais: a regularidade, a normalidade, a estabilidade, a fixidez, a colocação das coisas em seus devidos lugares, enfim. 4. Esse maior apego a fórmulas disciplinares de conduta não significa perda do senso crítico quanto aos reclamos elementarmente humanos de se incorporarem ao dia-a-dia das Forças Armadas incessantes ganhos de modernidade tecnológica e arejamento mental-democrático. Sabido que vida castrense não é lavagem cerebral ou mecanicismo comportamental, até porque – diz a Constituição – “às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar” (§ 1º do art. 143). 5. O modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras abona a idéia-força de que entrar e permanecer nos misteres da caserna pressupõe uma clara consciência profissional e cívica: a consciência de que a disciplina mais rígida e os precisos escalões

hierárquicos não de ser observados como carta de princípios e atestado de vocação para melhor servir ao País pela via das suas Forças Armadas. Donde a compatibilidade do maior rigor penal castrense com o modo peculiar pelo qual a Constituição Federal dispõe sobre as Forças Armadas brasileiras. Modo especialmente constitutivo de um regime jurídico timbrado pelos encarecidos princípios da hierarquia e da disciplina, sem os quais não se pode falar das instituições militares como a própria fisionomia ou a face mais visível da idéia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de “relações de intrínseca subordinação”. **6. No caso, o art. 290 do Código Penal Militar é o regramento específico do tema para os militares. Pelo que o princípio da especialidade normativo-penal impede a incidência do art. 28 da Lei de Drogas (artigo que, de logo, comina ao delito de uso de entorpecentes penas restritivas de direitos). Princípio segundo o qual somente a inexistência de um regramento específico em sentido contrário ao normatizado na Lei 11.343/2006 é que possibilitaria a aplicação da legislação comum. Donde a impossibilidade de se mesclar esse regime penal comum e o regime penal especificamente castrense, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um**

**deles, pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis. 7. Ordem denegada.**

(Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 103.684/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Publicação DJe: 12/04/2011).[\[xi\]](#) (grifos nossos).

Conforme ressaltado no voto do Ministro Relator Ayres Britto, no HC 103.684/DF, “[...] o uso de drogas e o dever militar são como água é óleo: não se misturam”.

Com efeito, apesar da divergência inicial, o entendimento pacificado no STF, atualmente, é no sentido de que o Direito Penal Militar, por ser um direito penal especial, prevalece sobre as normas de caráter geral, como é o caso da Lei nº 11.343/2006.

Assim, o art. 290 do CPM é a norma aplicável aos militares, que têm deveres diferenciados para com o Estado.

### 3. CONCLUSÃO

O Plenário do STF, acompanhado o entendimento da Justiça Castrense, consolidou a ideia de que a condição de militar do agente não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário, de modo que não há que se falar em tratamento isonômico entre civis e militares. Civis e militares não são equiparáveis.



Assim, resta consagrado o entendimento de que o art. 290 do CPM está revestido pelo princípio da especialidade, o que impede a aplicação do art. 28 da Lei nº 11.343/2011, que é norma de caráter geral.

Considerando, portanto, que as teses de inconstitucionalidade do art. 290 do CPM e de aplicação do princípio da insignificância não prosperaram, não há que se cogitar a descriminalização ou mesmo despenalização do porte de drogas, para consumo próprio, no âmbito das organizações militares.

Afinal, a legislação penal militar, enquanto ramo específico do ordenamento jurídico brasileiro, deve resguardar os maiores vetores das organizações militares, quais sejam, a hierarquia e disciplina – o que seria fatalmente prejudicado pela indevida aplicação do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, no âmbito das organizações militares.

## REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

[i] GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa? Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 12 dez. 2006. Acesso em: 11 jun. 2015.

[ii] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 430.105 - QO/RJ. Relator(a): Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento: 13/02/2007 Órgão Julgador: STF T1 – PRIMEIRA TURMA Publicação DJ: 27/04/2007.

[iii] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 430.105 - QO/RJ. Relator(a): Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento: 13/02/2007 Órgão Julgador: STF T1 – PRIMEIRA TURMA Publicação DJ: 27/04/2007.

[iv] BRASIL. Código Penal Militar. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm)>. Acesso em 12/06/2015.

[v] BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação FO 2008.01.050887-2/RS. Relator(a): Ministro Carlos Alberto Marques Soares. Julgamento: 16/09/2008 Publicação DJ: 31/10/2008.

[vi] BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação FO 2009.01.051296-9. Relator(a): Ministro José Coêlho Ferreira. Julgamento: 09/09/2009 Publicação DJ: 29/10/2009.

[vii] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.759/MG. Relator(a): Ministro Menezes Direito. Julgamento: 09/10/2007 Órgão Julgador: STF T1 – PRIMEIRA TURMA Publicação DJe: 29/11/2007.

[viii] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.767/SP. Relator(a): Ministra Carmen Lúcia. Julgamento: 04/09/2007 Órgão Julgador: STF T1 – PRIMEIRA TURMA Publicação DJe: 10/10/2007.

[ix] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97.131/RS. Relator(a): Ministra Celso de Melo. Julgamento: 10/08/2010 Órgão Julgador: STF T2 – SEGUNDA TURMA Publicação DJe: 26/08/2010.

[x] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 101.759/MG. Relator(a): Ministra Celso de Melo. Julgamento: 10/08/2010 Órgão Julgador: STF T2 – SEGUNDA TURMA Publicação DJe: 26/08/2010.

[xi] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 103.684/DF. Relator(a): Ministra Ayres Britto. Julgamento: 21/10/2010 Órgão Julgador: STF – PLENO Publicação DJe: 12/04/2011.

## DO RECONHECIMENTO DO ACESSO AO PATRIMÔNIO CULTURAL COMO DIREITOS HUMANOS: A RELEITURA DOS DIREITOS DE SEGUNDA DIMENSÃO

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

**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. Acesso ao Patrimônio Cultural. Direitos de Segunda Dimensão.

**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 Do Reconhecimento do Acesso ao Patrimônio Cultural como Direitos Humanos: A Releitura dos Direitos de Segunda Dimensão.

---

## **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”*<sup>[1]</sup>. 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”*<sup>[2]</sup>. 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 Verdán, *“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<sup>[5]</sup>. 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<sup>[6]</sup>.



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 acepção, 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 floresciam.

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[26]. 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[27].

### **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[28]. 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[29] 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[30], 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[31], da reserva legal[32]

e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

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”* [35], 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 subjugou a maioria[36]. 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”*[37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[38], 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”* [39], 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 [40], 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[41].

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” [42]. 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” [43], 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 [44], 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*”[45] 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[46].

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”* [47]. 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”* [48]. A respeito do assunto, Motta e Barchet[49] 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 Do Reconhecimento do Acesso ao Patrimônio Cultural como Direitos Humanos: A Releitura dos Direitos de Segunda Dimensão**

Em sede de comentários introdutórios, cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. *“A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”* [50]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrosistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos

grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental” [51]. Quadra anotar, por imperioso, que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial Nº 115.599/RS:

**Ementa:** Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da

destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que *“expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo”*[52]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o



meio-ambiente cultural. *“O patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente”* [53], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto Nº. 3.551, de 04 de Agosto de 2000 [54], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo [55], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio.

Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Fiorillo [56], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos insertos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra

inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

**Referências:**

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho.** Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

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

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000.** Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei N° 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 14 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <[www.trf2.jus.br](http://www.trf2.jus.br)>. Acesso em 14 mai. 2015.

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

BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/1/TDE-2006-10-05To61948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05To61948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf)>. Acesso em 14 mai. 2015.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 14 mai. 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.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos Humanos de 4ª Geração**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 14 mai. 2015.

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 14 mai. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

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.

MOTTA, Sylvio; BARCET, 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 14 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 14 mai. 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: 14 mai. 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 14 mai. 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 14 mai. 2015.

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 14 mai. 2015.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

#### **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 14 mai. 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](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 14 mai. 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 14 mai. 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 14 mai. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 14 mai. 2015.

[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 14 mai. 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 14 mai. 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] *Ibid.* “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] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “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] *Ibid.* “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 14 mai. 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 14 mai. 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] *Ibid.* “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 14 mai. 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] *Ibid.*

[27] MORAES, 2003, p. 28.

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

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[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 14 mai. 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”.

[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 14 mai. 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”.

[32] *Ibid.* “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”.

[33] *Ibid.* “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”.

[34] *Ibid.* “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”.

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

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] 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: 14 mai. 2015.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, 2003, s.p.

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

[41] SANTOS, 2003, s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

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

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

[45] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[46] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 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 N° 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 14 mai. 2015.

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

[48] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[49] 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.[...]”

[50] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf)>. Acesso em 14 mai. 2015, p. 15-16.

[51] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[52] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do *jus excludendi* de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (n° 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator:

Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007.  
Disponível em: <[www.trf2.jus.br](http://www.trf2.jus.br)>. Acesso em 14 mai. 2015.

[53] BROLLO, 2006, p. 33.

[54] BRASIL. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

[55] BROLLO, 2006, p. 33.

[56] FIORILLO, 2012, p. 80.