

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 434

(ano VII)

(04/09/2015)

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

### COLONISTA DO DIA



04/09/2015 Daniel Moreira

» [Microempreendedor individual: Vantagens e desafios](#)

### ARTIGOS

04/09/2015 Cesar Augusto Carvalho de Figueiredo

» [O efeito jurídico de afastamento do cargo decorrente da decisão do STF que aceita a denúncia contra chefe de poder da república](#)

04/09/2015 Leonardo Franco de Lima

» [A inconstitucionalidade da reavalia o dos ativos das operadoras de planos de saúde pela IN/DIOPE n  47/2011, da Agência Nacional de Saúde Suplementar](#)

04/09/2015 Bruno Sales Pereira

» [Impacto dos princípios da Lei de Responsabilidade Fiscal na gestão municipal](#)

04/09/2015 Douglas Pereira da Silva

» [Comentários ao Regulamento Disciplinar do Exército: artigo 2 ](#)

04/09/2015 Tau  Lima Verdun Rangel

» [Breves Apontamentos   Proeminência do Inventário de Configura o de Sítios Urbanos](#)

04/09/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [O transporte coletivo clandestino de passageiros - explora o, responsabiliza o e legisla o aplicável](#)

### MONOGRAFIA

04/09/2015 Nilze Aline Laranjeira dos Santos

» [Provas ilícitas no processo penal e o posicionamento do STF](#)

## **MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL: VANTAGENS E DESAFIOS**

DANIEL MOREIRA: Nagel & Ryzeweski Advogados.

Com o objetivo de formalizar algumas atividades de trabalho e, ao mesmo tempo, fomentar contribuições previdenciárias, foi criada, em 2009, a figura do MEIs – Micro Empreendedores Individuais, na qual trabalhadores autônomos se legalizam como pequenos empresários.

Atualmente, já passam de cinco milhões de MEIs no Brasil. A ideia inicial era de simplificar e legalizar as atividades de trabalho. Contudo, da mesma forma que existe vantagens, há também algumas divergências e desafios impostos a esta classe de empreendedor.

Os MEIS estão dispensados de escrituração fiscal e contábil, além de diversas obrigações acessórias às demais empresas, mas não podem ultrapassar o faturamento de até R\$ 60.000,00 por ano.

Não precisam emitir nota fiscal, exceto se a venda ou serviço for para outra pessoa jurídica, porém nem sempre pode ser vantajoso. Isso porque sem nota e sem contabilidade podem existir descontrole e falta de transparência com gastos e ganhos e, não sendo possível comprovar a renda verdadeira, trancam-se os financiamentos.

Possuem CNPJ, podendo abrir conta bancária; mas só permite a contratação de um empregado registrado. Ao se registrar no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), o MEI é enquadrado no Simples Nacional e fica isento dos impostos federais (Imposto de Renda, PIS, Cofins, IPI e CSLL).

Basta pagar o valor fixo mensal (que atualmente varia de R\$ 40,40 a R\$ 45,40), dependendo da sua atuação, que será destinado à Previdência Social e ao ICMS ou ao ISS. Os valores são reajustados anualmente, com

base no salário mínimo. Com essas contribuições, o novo empresário passa a ter acesso à aposentadoria, ao auxílio-doença e à licença-maternidade.

Apesar de ser uma excelente opção de empreender de forma legal, o fator negativo relaciona-se ao baixo valor de faturamento permitido até 60.000,00. Mesmo com as crises econômicas, os MEIs faturam receitas superiores a 5.000,00 mensais, ocasionando, assim, um desenquadramento deste regime, aumentando significativamente sua carga tributária.

O maior desafio deste empreendedor está na gestão e controle financeiro administrativo do seu negócio que, antes, era informal e, agora, mesmo que simples, deve observar o preenchimento de formulários e guias. Além disso, deve estar atento às ferramentas que a Receita Federal dispõe para cruzar dados sobre as compras de mercadorias. Se houver declarações patrimoniais e de faturamento divergentes da realidade, pode estar sujeito a multas e crime de sonegação.

Para não correr riscos e problemas com o fisco, os MEIs devem captar apoio em escritórios de contabilidade para, de forma legal, encontrar soluções no momento de declarar seus rendimentos, patrimônio e, principalmente, sua movimentação bancária.

Ainda sob o aspecto de desafios, aprimorar a gestão é o maior deles. Instituições de apoio, por meio de pesquisas e suporte, sugerem a radiografia de gastos, a redução de despesas com energia elétrica, melhor conhecimento da concorrência e a descoberta de novos nichos de mercado. Entre as 470 atividades permitidas, as principais são as de vendedor de roupas, cabeleireiro, pedreiro, cozinheiro de lanches e eletricitista. Cerca de 59% do total têm menos de 40 anos de idade. E entre os cinco milhões de microempreendedores, 47% são mulheres.

Em relação às vantagens, a principal delas é sair da informalidade por um custo em média de apenas R\$ 40,00 mensais. Dentro do panorama de crescimento, tornar-se um MEI possibilita atender a órgãos públicos e fazer parcerias com outras empresas. Ainda conta com uma Lei

formalizando as atividades de trabalho, contribuindo para previdência social, criando deveres legais e obtendo mais direitos. Hoje, os novos MEIs são responsáveis por boa fatia da movimentação econômica do país e a simples retirada da informalidade foi um grande passo.

## O EFEITO JURÍDICO DE AFASTAMENTO DO CARGO DECORRENTE DA DECISÃO DO STF QUE ACEITA A DENÚNCIA CONTRA CHEFE DE PODER DA REPÚBLICA

**CESAR AUGUSTO CARVALHO DE FIGUEIREDO:** Juiz de direito do tribunal de justiça da Bahia. Bacharel em direito pela universidade federal da Bahia. Ex técnico administrativo do ministério da fazenda. Ex analista processual do Ministério Público da União. Ex advogado da União.

É inegável que os brasileiros convivem hoje com uma grave crise política, tendo como personagens principais os ocupantes do Poderes da República. Observa-se, por um lado, a chefe do executivo federal com baixa aprovação popular e com deficiente apoio no Congresso Nacional, ameaçada inclusive de responder a processo de *Impeachment*. Por outro, nota-se os chefes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal sendo investigados por crimes comuns perante o Supremo Tribunal Federal (STF), a pedido da Procuradoria-geral da República. É, portanto, nessa circunstância de instabilidade que mais se exige a força normativa da Constituição.

Conforme foi noticiado, o Presidente da Câmara dos Deputados foi denunciado pelo Procurador-geral por supostos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro. A questão que se coloca é saber se a decisão do STF que vier a admitir a acusação de crime comum, em desfavor do ocupante de cargo com tal envergadura, tem o condão de suspendê-lo de suas funções de chefe de um dos órgãos do Poder Legislativo.

Com efeito, a Constituição da República de 1988, diferentemente do que fez o constituinte português de 1974, não disciplinou a situação do exercício do cargo quando os chefes do Legislativo se tornam réus em processos criminais, restringindo-se a prever, no art. 86, § 1º, I, que o Presidente do Executivo ficará suspenso

de suas funções pelo prazo mínimo de 180 dias, nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia pelo Supremo Tribunal Federal. Há, portanto, uma evidente lacuna da norma jurídica exigindo ser preenchida por algum dos modos de integração.

Em casos como os tais, o próprio sistema normativo prevê a possibilidade de resolver a omissão do constituinte valendo-se da analogia, dos costumes ou dos princípios gerais do Direito, conforme reza a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, no art. 4º. Mais recentemente, os estudiosos exigem, além disso, que a solução encontrada a partir desses métodos dito clássicos de integração seja filtrada pelos modernos princípios de interpretação constitucional, a exemplo da unidade da constituição.

Ensina o professor Tercio Sampaio Ferraz Jr. que “o uso da analogia, no direito, funda-se no princípio geral de que se deva dar tratamento igual a casos semelhantes. Segue daí que a semelhança deve ser demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças. Demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe, simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro”<sup>[1]</sup>. Esse é justamente o presente caso.

De fato, não existe um motivo justificável que autoriza entender que a norma que é aplicada para o chefe do Executivo não deva ser aplicada aos chefes dos demais poderes, quando ambos os dirigentes, a quem se atribui elevadas prerrogativas, encontram-se na mesma situação de serem de réus em processo criminal após o recebimento da denúncia pelo STF. Aliás, é impensável que o constituinte de 1988, democrático e republicano com foi, desejou privilegiar alguns em desamparo de outro, mormente face ao fato de a suspeição de criminoso que recai sobre todos é de mesmo nível e gravidade, qual seja, a de ter praticado crime comum.



Deveras, é a própria Constituição que diz que os Poderes da União, além de serem independentes, precisam ser harmônicos entre si, de maneira que um exerce sobre o outro um equilibrado sistema de freios e contrapesos. Porém, caso a norma do afastamento não seja aplicada para todos os Presidentes, o balanço do controle recíproco resta desarmonioso, na medida em que a decisão do STF possuiria o condão de afastá-lo no Executivo, mas não o teria ao se referir ao Legislativo. Decerto, por essa razão é que a Constituição Portuguesa nessa questão trata os integrantes de ambos os Poderes de forma isonômica (art. 157, 4 vs. art. 196, 2).

Com efeito, o afastamento automático decorre do sério risco de o ocupante da posição de chefia, vendo-se ameaçado de uma condenação criminal, por instinto humano, passar a exercer as prerrogativas do cargo com abuso de poder, de sorte a não só interferir na instrução criminal, que se inicia com o recebimento da denúncia, mas também a prejudicar o adequado funcionamento da instituição que administra. É, enfim, a perigosa confusão entre o público e o privado, vedada pela Constituição, no art. 37 (princípios da impessoalidade e da moralidade).

Resta, então, avaliar se a integração analógica ora desvendada condiz com os princípios hermenêuticos de interpretação da norma constitucional, que possui a especialidade de ter natureza essencialmente política. Daí observa-se que essa solução é a que melhor preserva a unidade da Constituição, cujo afastamento de antinomias e contradições, a partir do exame global do texto, é uma exigência. Ademais, possui o efeito integrador, na medida em que o STF proferirá decisões com idêntica eficácia para os demais Poderes, racionalizando o sistema. Por fim, confere à regra do art. 86, § 1º, I, da CR/88, força normativa em plenitude, dando-se “primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a 'atualização' normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”<sup>[2]</sup>.

Por tudo isso, conclui-se que a aplicação analógica da referida regra aos casos em que o Supremo Tribunal Federal recebe denúncia para processar por crime comum os chefes da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, afastando-os automaticamente dos respectivos cargos por pelo menos 180 dias, é medida que se impõe, por ditame lógico, a bem da impessoalidade, da moralidade e do equilíbrio entre os Poderes.

#### **NOTAS:**

[1] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *In: Introdução ao Estudo do Direito*, 3a Ed., Atlas, São Paulo, 2001, p. 297.

[2] CANOTILHO, J. J. Gomes. *In: Direito Constitucional*, 6a Ed., Almedina, Coimbra, 1993, p. 229.

## A INCONSTITUCIONALIDADE DA REAVALIAÇÃO DOS ATIVOS DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE PELA IN/DIOPE Nº 47/2011, DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

**LEONARDO FRANCO DE LIMA:** Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Mestrando em Direito Constitucional pela PUC/SP. Advogado e Professor de Direito Constitucional da FMU.

**RESUMO:** A Constituição Federal de 1988 transferiu ao legislador ordinário a competência para estabelecer instrumentos de regulação de diversos segmentos estratégicos da sociedade e da economia nacional, dentre eles o segmento da saúde. Dentro de sua competência, o legislador criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar como órgão descentralizado da União Federal designado para a regulação da saúde suplementar, saúde privada, com poderes para editar normativos infralegais, inclusive de natureza contábil. No entanto, em diversas situações a agência ultrapassa sua competência regulamentar e deixa de observar inúmeros preceitos constitucionais, como se verifica nos caso pesquisado, a saber: o ato jurídico perfeito e a segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Saúde – Segurança Jurídica – Ato Jurídico Perfeito - Agência Nacional de Saúde Suplementar – Normas Internacionais de Contabilidade – Reavaliação de Ativos.

---

### 1. INTRODUÇÃO.

Os planos privados de assistência à saúde sujeitam-se à regulamentação de suas atividades às normas expedidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde, criada pela Lei nº 9.961/2000 com a finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na

assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

Dentro de sua competência regulamentar, a ANS publicou a Instrução Normativa nº 37, de 22 de dezembro de 2009, através da qual incorporou à legislação de saúde as diretrizes dos pronunciamentos técnicos emitidos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), obrigando a observância dessas regras pelas operadoras de planos de saúde por ela fiscalizadas.

Ocorre que, a fim de revogar a IN-DIOPE-ANS nº 37/2009, a agência editou a Instrução Normativa DIOPE nº 47 e a Súmula Normativa nº 18, ambas de 21 de julho de 2011, baixo transcritas:

Instrução Normativa DIOPE n. 47, de 21 de julho de 2011

Dispõe sobre os procedimentos de contabilização a serem realizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde que fizeram a avaliação dos seus ativos imobilizados e das propriedades para investimento, conforme o ICPC 10.

Art. 1º A presente Instrução Normativa dispõe sobre os procedimentos de contabilização a serem realizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde que fizeram a avaliação dos seus ativos imobilizados e das propriedades para investimento, conforme o ICPC 10.

Art. 2º As operadoras de planos privados de assistência à saúde que reavaliaram seus ativos no intuito de aplicarem o critério do custo atribuído (deemed cost) deverão efetuar os ajustes em seus

registros contábeis retroativamente, retornando para o critério de custo de aquisição, como se este critério tivesse sempre sido aplicado.

Parágrafo único. A obrigatoriedade prevista no caput se estende às operadoras de planos privados de assistência à saúde que reconheceram tais efeitos decorrentes de investimentos sujeitos à avaliação pelo método de equivalência patrimonial.

Art. 3º Todos os Documentos de Informações Periódicas das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde - DIOPS/ANS que sofreram os efeitos da aplicação do custo atribuído (deemed cost) deverão ser retificados, não sendo necessária a reapresentação das demonstrações contábeis do exercício findo em 31 de dezembro de 2010.

Parágrafo único. A retificação de que trata o caput deverá ser realizada pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde até a data limite de envio do DIOPS/ANS do 3º trimestre de 2011.

Art. 4º As operadoras de planos privados de assistência à saúde deverão ajustar nas Demonstrações Contábeis do exercício de 2011 os saldos do patrimônio líquido e das contas ativas referentes ao exercício de 2010 afetados pela aplicação do custo atribuído (deemed cost), que serão apresentados para fins comparativos.

Art. 5º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

## Súmula Normativa n. 18, de 21 de julho de 2011

Considerando a necessidade da ANS interpretar e uniformizar as práticas contábeis aplicáveis ao setor de saúde suplementar;

Resolve adotar o seguinte entendimento vinculativo:

1- Na contabilização no Plano de Contas Padrão da ANS, em relação ao Ativo Imobilizado e à Propriedade para Investimento, não é permitida a opção pelo custo atribuído (deemed cost) na aplicação inicial, contida no ICPC 10.

2- É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde modificar o custo de aquisição do seu Ativo Imobilizado bem como das Propriedades para Investimento.

3 - Também é vedado o reconhecimento dos efeitos decorrentes da opção pelo custo atribuído (deemed cost) promovidos por sociedades coligadas ou controladas das operadoras de planos privados de assistência à saúde, cujos investimentos estejam sujeitos à avaliação pelo método de equivalência patrimonial.

Apesar da aparente singeleza, os poucos dispositivos e orientações apresentadas foram suficientes para instalar um ambiente de enorme insegurança jurídica ao tentar invalidar ato perfeito já cristalizado que, atendendo as diretrizes contábeis anteriormente veiculadas pela própria ANS, foi incorporado ao patrimônio jurídico das operadoras de planos de saúde.

O procedimento adotado pela ANS perfaz grave afronta à garantia fundamental erigida pelo art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

## **2. DAS NORMAS CONTÁBEIS PARA A REAVLIAÇÃO DE ATIVOS DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE.**

O art. 6º, alínea “f” do Decreto-lei nº 9.295, de 27 de maio de 1945 (Cria o Conselho Federal de Contabilidade, define as atribuições do Contador e do Guarda-livros, e dá outras providências), com a redação dada pela Lei nº 12.249/2010, estabeleceu que:

Art. 6º São atribuições do Conselho Federal de Contabilidade:

...

f) regular acerca dos princípios contábeis, do Exame de Suficiência, do cadastro de qualificação técnica e dos programas de educação continuada; e editar Normas Brasileiras de Contabilidade de natureza técnica e profissional. [Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010](#).

Ou seja, dentre diversas atribuições, o legislador federal conferiu ao Conselho Federal de Contabilidade (CFC) a **competência de regulamentar os princípios contábeis e editar normas técnicas**.

Não obstante ser de competência do Conselho Federal de Contabilidade (CFC) a regulamentação dos princípios contábeis e a edição de normas técnicas, o art. 35-A, inciso IV, alínea "b" c/c o parágrafo único da Lei nº 9.656/98 definiu que a ANS fixará normas específicas de contabilidade do setor regulado, como se lê:

Art. 35-A. Fica criado o Conselho de Saúde Suplementar - CONSU, órgão colegiado integrante da

estrutura regimental do Ministério da Saúde, com competência para: (...)

IV - fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar sobre: (...)

b) normas de contabilidade, atuariais e estatísticas; (...)

Parágrafo único. A ANS fixará as normas sobre as matérias previstas no inciso IV deste artigo, devendo adequá-las, se necessário, quando houver diretrizes gerais estabelecidas pelo CONSU.

Dessa feita, verifica-se que a ANS também tem competência de editar normas contábeis, desde que estejam emanadas com a finalidade de atender às peculiaridades das operadoras de planos de saúde e estejam em consonância com as demais normas gerais de contabilidade editadas pelos órgãos competentes como, por exemplo, o Conselho Federal de Contabilidade (CFC).

Nessa condição, a ANS publicou a Instrução Normativa DIOPE nº 37, de 22 de dezembro de 2009, através da qual incorporou à legislação de saúde as normas emanadas do Conselho Federal de Contabilidade (CFC); do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) e; do Instituto dos Auditores Independentes do Brasil (IBRACON), como se lê:

Art. 1º A presente Instrução Normativa incorpora à legislação de saúde suplementar as diretrizes dos Pronunciamentos Técnicos emitidos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC e aprovados pelo Conselho Federal de Contabilidade - CFC, que devem ser integralmente observados pelas operadoras de planos de assistência à saúde.



Art. 2º Os Pronunciamentos Técnicos aprovados pelo CFC no ano de 2008 devem ser observados nas demonstrações contábeis relativas ao exercício social de 2009, e são os seguintes: CPC 01, CPC 02, CPS 03, CPC 04, CPC 05, CPC 06, CPC 07, CPC 08 E CPC 09.

Art. 3º Para as demonstrações contábeis relativas ao exercício social de 2010, serão observados, além dos pronunciamentos constantes do art. 2º da presente Instrução Normativa, os Pronunciamentos Técnicos aprovados pelo CFC no ano de 2009, exceto o “CPC 11 – Contratos de Seguro” que será objeto de regulamentação específica da ANS. (g.n.)

Portanto, constata-se que esta normativa da ANS estabelece que a escrituração contábil deve ser realizada conforme as regras oriundas do Conselho Federal de Contabilidade – CFC; do Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC e; do Instituto dos Auditores Independentes do Brasil – IBRACON.

Preliminarmente, vale esclarecer que o Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) é uma entidade criada pela Resolução do Conselho Federal de Contabilidade nº 1.055/05, com o objetivo de estudar, preparar e emitir Pronunciamentos Técnicos sobre normas e procedimentos contábeis para atender às necessidades de: (a) convergência internacional das normas contábeis (redução de custo de relatórios contábeis, redução de riscos e custo nas análises e decisões e redução de custo de capital); (b) centralização na emissão de normas dessa natureza (no Brasil, diversas entidades o fazem); (c) representação e processos democráticos na produção dessas informações (produtores da informação contábil, auditores, usuário, intermediário, academia, governo).

Ocorre que, em virtude das diversas crises mundiais que assolaram a década passada em todo o mundo, inclusive ensejando diversos questionamentos acerca da confiabilidade das informações contábeis, chegou-se ao consenso da necessidade de se uniformizar os padrões contabilidade no âmbito internacional. O legislador nacional atento a isso, alterou a Lei nº 6.404/76 (Leis nº 11.638/2007 e 11.941/2009) em diversos aspectos, determinou a adoção das normas internacionais de contabilidade (art. 177, § 5º da Lei nº 6.404/76).

É, em verdade, o marco regulatório das práticas contábeis adotadas no Brasil, destinando-se a organizá-las segundo os padrões internacionais.

Dessa forma, o Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC editou os CPC’s 27, 28, 37 e 43 sobre a aplicação inicial ao ativo imobilizado e à propriedade para investimento, bem como também publicou a “Interpretação Técnica ICPC 10”, a fim de esclarecer a correta aplicação das regras contidas naqueles Pronunciamentos Técnicos.

Através dessas normativas foi permitido às entidades atribuir o denominado “valor justo” aos ativos imobilizados como referência de custo inicial no momento da adaptação às normas internacionais de contabilidade. Os itens 31 e 32 do CPC 27 dispõem:

#### Método da reavaliação

31. Após o reconhecimento como um ativo, o item do ativo imobilizado cujo valor justo possa ser mensurado confiavelmente pode ser apresentado, se permitido por lei, pelo seu valor reavaliado, correspondente ao seu valor justo à data da reavaliação menos qualquer depreciação e perda por redução ao valor recuperável acumuladas subsequentes. A reavaliação deve ser realizada com suficiente regularidade para assegurar que o valor contábil

do ativo não apresente divergência relevante em relação ao seu valor justo na data do balanço.

**32.** O valor justo de terrenos e edifícios é normalmente determinado a partir de evidências baseadas no mercado, por meio de avaliações normalmente feitas por avaliadores profissionalmente qualificados. O valor justo de itens de instalações e equipamentos é geralmente o seu valor de mercado determinado por avaliação.

Essa matéria, por sua vez, foi regulamentada e interpretada pelo já mencionado I-CPC10, que nos itens 21 e 22, o qual prevê:

**21.** Quando da adoção inicial da NBC TG 27, NBC TG 37 e NBC TG 43 no que diz respeito ao ativo imobilizado, a administração da entidade pode identificar bens ou conjuntos de bens de valores relevantes ainda em operação, relevância essa medida em termos de provável geração futura de caixa, e que apresentem valor contábil substancialmente inferior ou superior ao seu valor justo (conforme definido no item 8 – Definições – da NBC TG 04) em seus saldos iniciais.

**22.** Incentiva-se, fortemente, que, no caso do item 21. Quando da adoção inicial da NBC TG 27, NBC TG 37 e NBC TG 43 no que diz respeito ao ativo imobilizado, a administração da entidade pode identificar bens ou conjuntos de bens de valores relevantes ainda em operação, relevância essa medida em termos de provável geração futura de caixa, e que apresentem valor contábil substancialmente inferior ou superior ao seu valor justo (conforme definido no item 8 – Definições – da

NBC TG 04) em seus saldos iniciais desta Interpretação, na adoção da NBC TG 27 seja adotado, como custo atribuído (deemed cost), esse valor justo. Essa opção é aplicável apenas e tão somente na adoção inicial, não sendo admitida revisão da opção em períodos subsequentes ao da adoção inicial. Consequentemente, esse procedimento específico não significa a adoção da prática contábil da reavaliação de bens apresentada na própria NBC TG 27. A previsão de atribuição de custo na adoção inicial (deemed cost) está em linha com o contido nas normas contábeis internacionais emitidas pelo IASB (NBC TG 37, em especial nos itens D5 a D8A). Se realizada reavaliação do imobilizado anteriormente, enquanto legalmente permitida, e substancialmente representativa ainda do valor justo, podem seus valores ser admitidos como custo atribuído.

Destaca-se ainda que a Resolução nº 1.177/09 do Conselho Federal de Contabilidade (CFC) aprovou o CPC 27 (denominado de NBC TG 27-Ativo Imobilizado), passando essa orientação para *status* de norma com a finalidade de traçar os parâmetros para tratar do ativo imobilizado.

E a Resolução nº 1.263/09 do Conselho Federal de Contabilidade (CFC) também aprovou a ICPC 10, que passou a denominar-se ITG 10. Portanto, muito embora o teor do ICPC 10 já estivesse contido no CPC 27, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) não pode sustentar, como o fez na Súmula Normativa nº 18/2011 e na IN-DIOPE-ANS nº 47/2011, que a adoção do ICPC 10 não foi autorizada pela IN DIOPE nº 37/2009, ainda mais porque as regras dessa norma interpretativa foram incorporadas por Resoluções do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), tornando sua observância obrigatória pelas operadoras de planos de saúde, a teor da IN-DIOPE nº 37/2009.

Diante dessa conjuntura, diversas operadoras de planos de saúde, seguindo essas diretrizes e em razão de sua expressa incorporação à regulamentação própria da ANS (a já mencionada Instrução Normativa DIOPE nº 37/09), atribuíram tal valor justo aos seus ativos em seus registros contábeis, lastreando esses dados em laudos de especialistas habilitados para esse fim (com experiência e competência profissional, objetividade e conhecimento técnico dos bens avaliados, conforme dispõem os itens 33 a 37 da Resolução CFC nº 1.263/09).

Ocorre que, a Instrução Normativa DIOPE nº 47 e a Súmula Normativa nº 18, ambas editadas pela ANS aos 21 de julho de 2011, instalaram ambiente de enorme **insegurança jurídica** ao **tentar invalidar ato jurídico perfeito** já cristalizado que, oportunamente, atendendo as diretrizes contábeis anteriormente veiculadas pela própria ANS, foi incorporado ao patrimônio jurídico das operadoras de planos de saúde.

Merece destaque que após esse dispendioso procedimento, todas as informações contábeis passaram ainda pelo crivo de auditorias independentes e pelos órgãos de fiscalização social das entidades, além de se submeterem à fiscalização da própria ANS.

Consolidado tal ato jurídico, a ANS voltou atrás quanto à possibilidade de atribuição de valor justo aos ativos imobilizados, pretendendo revogar a mencionada Instrução Normativa DIOPE nº 37/2009, sem supressão de seu texto, através da Instrução Normativa DIOPE nº 47/2011 e Súmula Normativa nº 18.

Se a pretensão da unificação dos procedimentos contábeis volta-se a integrar o Brasil aos mercados globalizados, a ANS, com tal medida arbitrária, coloca as operadoras de planos de saúde na contramão desse fluxo irreversível, causando-lhes prejuízos como a perda de seu equilíbrio contábil.

Além dessa ilogicidade, a violação perpetrada vai além e – pior – coloca as operadoras de planos de saúde em imensa situação de insegurança jurídica ao prescrever que suas determinações tenham efeitos retroativos para desfazer o ato jurídico já cristalizado segundo o ordenamento jurídico vigente a sua época.

Nem mesmo a pretexto de regular setores da economia é dado aos atos administrativos desrespeitar postulados essenciais ao Direito. Sobre a segurança jurídica, o festejado Professor Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>[1]</sup> pontua enfaticamente que:

[...]... firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, semprévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia. (“Curso de direito administrativo”).

Portanto, é de se estranhar o manifesto abuso da agência reguladora.

### **3. A INDISPENSÁVEL COMPREENSÃO SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS CONTÁBEIS DO CUSTO ATRIBUÍDO (*DEEMED COST*) E A REAVALIAÇÃO.**

Para perfeita compreensão do tema proposto é indispensável estabelecer a distinção entre os institutos contábeis do *Deemed Cost* – Custo Atribuído - da Reavaliação.

Em síntese pode-se definir o *deemed cost* como o ajuste do valor do ativo de determinada entidade para que o traga (o ativo) a valores justos, podendo aumentá-lo ou diminuí-lo, o que foi possível com a adoção do CPC 27, 43 e 37, em obediência às novas disposições da Lei nº 6.404/76,

então introduzidas para adoção das normas internacionais de contabilidade.

É importante esclarecer que o procedimento específico sobre o *deemed cost* não significa de forma geral a prática de reavaliação de bens.

De acordo com a Interpretação Técnica ICPC 10, no momento da adoção inicial dos Pronunciamentos Técnicos CPC 27 – Ativo Imobilizado, CPC 37 – Adoção Inicial das Normas Internacionais de Contabilidade e CPC 43 – Adoção Inicial dos Pronunciamentos Técnicos CPC – 15 a 40, a entidade pode detectar itens do ativo imobilizado ainda em operação, capazes de proporcionar geração de fluxos de caixas futuros, que estejam reconhecidos no balanço por valor consideravelmente inferior ou superior ao seu valor justo.

Isto é, apenas no momento da adoção inicial das normas internacionais de contabilidade que será adotado esse critério (*deemed cost*), não sendo considerada como prática de reavaliação, mas sim como ajuste dos saldos iniciais. Esse procedimento não resulta na mudança da prática contábil do custo histórico como base de valor do ativo.

A transição para as normas do CPC representativas das normas internacionais de contabilidade foi a oportunidade que o legislador pátrio conferiu às entidades para ajustar os ativos imobilizados aos seus valores justos e começar “vida nova” com taxas de depreciação mais representativas da realidade econômica.

Portanto, essa prática não contraria o disposto no art. 183, inciso V, da Lei nº 6.404/76, pelo contrário, com ela é compatível, já que foi conferido às entidades, apenas na transição para adoção das normas internacionais de contabilidade, estabelecer como custo de aquisição os valores justos dos ativos através do critério de “custo atribuído” (*deemed cost*).

Em outras palavras, só é possível a utilização *dodeemed cost*, ou custo atribuído, com a adoção dos CPC's 27, 43 e 37. Sendo que seu controle deve ser feito de forma que o valor seja baixado do Patrimônio Líquido e levado diretamente ao resultado.

Destaca-se que esse critério apenas deverá ser utilizado caso seja verificado que o valor do ativo esteja desajustado, tanto para valor superior, quanto para registros inferiores, o que visivelmente pode prejudicar o balanço patrimonial e o resultado, em descompasso com todos os princípios contábeis de observância obrigatória, a teor do artigo 177, da Lei nº 6.404/76.

Nesse sentido são os ensinamentos dos Professores da FEA-USP Sérgio de Iudícibus, Eliseu Martins, Ernesto Rubens Gelbcke e Ariovaldo dos Santos[2]:

### 12.3. Critérios de avaliação

#### 12.3.1 Conceito da Lei

Os critérios de avaliação dos elementos do Ativo Imobilizado definidos pela Lei nº 6.404/76 são reproduzidos a seguir:

‘Os direitos classificados no imobilizado, pelo custo de aquisição, deduzido do saldo da respectiva conta de depreciação, amortização ou exaustão’ (art. 183, item V).

Isto significa que os elementos do Ativo Imobilizado deverão ser avaliados pelo custo de aquisição deduzido dos saldos das respectivas contas de depreciação, amortização ou exaustão. O valor contábil do Ativo Imobilizado também deve estar deduzido das perdas estimadas por redução ao valor



recuperável. A entidade deve aplicar o Pronunciamento Técnico CPC 01 – Redução ao Valor Recuperável de Ativos para estimar essas perdas, inclusive ao longo de todo o processo de construção.

### 12.3.2 Mensuração no reconhecimento e após o reconhecimento

...

No método do custo, um item do imobilizado deve ser apresentado no balanço pelo seu custo deduzido da depreciação acumulada e das perdas estimadas por redução ao valor recuperável.

No método da reavaliação, caso seja permitido por lei, um item do imobilizado pode ser apresentado pelo seu valor reavaliado, que representa seu valor justo no momento da reavaliação, deduzido da depreciação acumulada e das perdas estimadas por redução ao valor recuperável. Lembrar que a Lei nº 11.638/07 eliminou, a partir do início de 2008, a possibilidade da reavaliação de itens do ativo imobilizado.

Um caso todo especial: adoção, pela primeira vez, das normas internacionais e dos CPCs.

De acordo com a Interpretação Técnica ICPC 10, no momento da adoção inicial dos Pronunciamentos Técnicos CPC 27 – Ativo Imobilizado, CPC 37 – Adoção Inicial das Normas Internacionais de Contabilidade e CPC 43 – Adoção Inicial dos Pronunciamentos Técnicos CPC – 15 a 40, a entidade pode detectar itens do ativo imobilizado ainda em operação,

capazes de proporcionar geração de fluxos de caixas futuros, que estejam reconhecidos no balanço por valor consideravelmente inferior ou superior ao seu valor justo.

Nesses casos, entende-se que a prática mais adequada a ser adotada é empregar o valor justo como custo atribuído (deemed cost) para ajustar os saldos iniciais possivelmente subavaliados ou superavaliados.

Destaca-se que essa opção de mensuração subsequente pode ser empregada apenas quando da adoção inicial do Pronunciamento Técnico CPC 27, não sendo considerada como prática de reavaliação, mas sim como ajuste dos saldos iniciais.

Os efeitos desses ajustes nos saldos iniciais dos itens do ativo imobilizado, tanto positivos como negativos, devem ser contabilizados tendo como contrapartida a conta Ajustes de Avaliação Patrimonial, no patrimônio líquido. Além disso, a depender do regime de tributação da entidade, deve-se reconhecer os tributos diferidos. Destaca-se mais uma vez que o emprego do valor justo como custo atribuído aos bens ou conjuntos de bens do ativo imobilizado no momento da adoção inicial do CPC 27 não resulta na mudança da prática contábil do custo histórico como base de valor. Uma possível perda futura por valor não recuperável deve ser reconhecida no resultado do período para esses ativos que tiveram ajustes lançados na conta Ajustes de Avaliação Patrimonial.

É de se lembrar também que, na adoção inicial (a ser feita, pela grande maioria das empresas em 2010, mas com data base de 1º de janeiro de 2009), deve ser feita, dentro dessa análise do valor justo do imobilizado, a verificação de qual o significado da depreciação acumulada existente nessa data, a vida útil remanescente e a consideração com relação ao valor residual de cada ativo.

Pode ocorrer, inclusive, de o saldo líquido do imobilizado estar até representando aproximadamente o seu valor justo nessa data, mas de ele estar sendo depreciado com base numa vida nada próxima da sua vida útil econômica esperada. Nesse caso, não há o que se ajustar no valor do imobilizado na transição, mas as taxas de depreciação precisam, a partir desse momento, ser ajustadas, porque a continuar como está em pouco tempo haverá um deslocamento do que deveria estar e do que aparecerá contabilizado para esse imobilizado. Mas é uma situação rara. Concorde-se.

O mais comum deve ser a situação de a empresa haver registrado sua depreciação até essa data com base na vida dada como limite mínimo fiscalmente falando, e no pressuposto de valor residual nulo. Com isso, podem os ativos estar muito abaixo de seu valor justo (imóveis é um caso típico), ou muito acima (no caso de determinados conjunto de computadores). É totalmente necessário que se efetue o ajuste desse imobilizado ao seu valor justo, fazendo com que esses valores líquidos contábeis sejam substituídos pelo custo atribuído (deemed cost), com base no valor justo, e que se comecem novas depreciações

com a vida útil econômica remanescente e com a consideração do valor residual esperado. Para fins fiscais pode-se, no RTT, continuar com as taxas de depreciação que vinham sendo registradas.

Essa oportunidade (obrigação moral, aliás) de ajustar os ativos imobilizados (e as propriedades para investimentos também) aos seus valores justos e começar vida nova com taxas de depreciação mais representativas da realidade econômica é única: na transição para as normas do CPC representativas das normas internacionais de contabilidade.

Corroborando o que até aqui fora ventilado são os apontamentos feitos pelo CPCON Soluções Corporativas[3] em seu *site*, como se lê:

### **Deemed Cost – O Custo Atribuído**

O custo atribuído dos ativos, também conhecido como “Deemed Cost”, pode ser entendido como uma dada “reavaliação”, esta que pode aumentar ou modificar o valor do bem de forma justa. Seguindo esta linha de mudanças do valor do ativo, o deemed cost também pode diminuir o valor do ativo, desde que este esteja realmente com registro abaixo de seu valor justo. Apesar das características de tais mudanças serem semelhantes ao processo de reavaliação, tal ajuste não é contabilizado como tal, porém, deve ser contabilizado no patrimônio líquido do empreendimento, na conta determinada com a de Ajustes de **Avaliação Patrimonial**.

### **Características di Deemed Cost**

Só é possível a utilização do **deemed cost**, ou custo atribuído, com a adoção do **CPC 27**, 43 e 37. Sendo que seu controle deve ser feito de forma que o valor seja baixado do Patrimônio Líquido e levado diferentemente ao resultado. Outro ponto é o fator fiscal, que não deve ter nenhum efeito contábil.

### **Aplicação do Deemed Cost: o custo atribuído**

O **custo atribuído (deemed cost)**, deve ser utilizado caso seja verificado que o valor do ativo esteja desajustado, seja muito superior, ou visivelmente inferior. Dessa forma, estas diferenças podem prejudicar o **balanço patrimonial** e o resultado. Estes ativos, ou conjunto de ativos de capital relevante ao empreendimento que ainda estão em operação, devem ser ajustados perante seu valor justo, principalmente quando há provável geração de caixa.

### **Deemed Cost e o Valor Justo**

Mas como definir o valor justo de um bem, ou mesmo verificar a necessidade de **avaliação**? É necessário efetuar processos de análises com a **engenharia de avaliações**, a fim de verificar qualquer necessidade de alteração do bem. De forma sucinta, o valor justo do bem pode ser verificado através do valor a ser negociado entre as partes interessadas no mesmo, estas que são conhecedoras do negócio e independentes, sendo necessário também que estas não tenham pressões internas ou externas sobre a liquidação da transação, ou que caracteriza ou se assemelhe uma transação compulsória.

### **Observações Gerais sobre o Custo Atribuído**

É interessante ressaltar que o procedimento específico sobre o “deemed cost” não significa de forma geral a prática de **reavaliação de bens**, de forma contábil.

As normas contábeis internacionais emitidas pela IASB (IFRS 1, itens D5 a D8), estão de acordo sobre a previsão de atribuição de custo na adoção inicial, que é conhecida como deemed cost, ou somente como custo atribuído.

Todos os processos de **gestão patrimonial** são de suma importância para o controle correto do empreendimento. Sendo sempre necessário efetuar consultorias especializadas em controle patrimonial, a fim de ficar de acordo com as normas contábeis e com gestão atualizada.”

Portanto, conclui-se que o CPC 27 e o ICPC 10 incorporados em Resoluções do Conselho Federal de Contabilidade estabeleceram, dentre outras, regras de transição para que as entidades adotassem as normas internacionais de contabilidade, determinando que a pessoa jurídica procedesse ao ajuste de seus ativos para o valor justo, o qual é considerado como custo de aquisição para efeitos contábeis, tudo em consonância com a Lei nº 6.404/76 e as normas editadas pela ANS (IN DIOPE nº 37/2009).

#### **4. DA VIOLAÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO E À SEGURANÇA JURÍDICA.**

Depois de envidados os hercúleos esforços para a adoção daquelas normas, incluindo a contratação de laudos, realização dos registros, emissão de pareceres de auditoria, publicação das demonstrações

contábeis para o mercado (obrigatória para operadoras com mais de vinte mil beneficiários), a ANS publicou a Instrução Normativa DIOPE nº 47 e bem assim a Súmula Normativa nº 18 – isto somente em 21 de julho de 2011 – vedando o uso do Custo Atribuído nos termos do ICPC 10 e ainda a reversão retroativa dos lançamentos contábeis realizados até o envio da DIOPS do 3º trimestre de 2011, prevista para 21 de novembro de 2011.

Como é perceptível, inexistia até o último dia do ano de 2010 ou mesmo até o último dia do primeiro trimestre de 2011 - data limite para realização das assembleias gerais ordinárias nas sociedades -, qualquer norma do Conselho Federal de Contabilidade, tampouco, norma da própria ANS vedando a plena aplicação do CPC-27.

Disso resulta que as demonstrações foram corretamente elaboradas e apresentadas a quem de direito, não havendo que se falar em equívoco ou erro cometido pelas operadoras de planos de saúde.

A ANS não pode se arvorar na condição de única destinatária da informação contábil produzida pelas operadoras, porque tal exclusividade não existe. As aludidas normativas parecem que tomam por esteio essa premissa, que evidentemente não passa de devaneio.

Apenas para ilustrar a insegurança ocasionada pelas malsinadas normas editadas pela ANS, considere-se que a demonstração dos Ativos Imobilizados e do Patrimônio Líquido com os ajustes do I-CPC 10 foram disponibilizadas ao fisco - Receita Federal por meio da DIPJ -, aos sócios das operadoras de planos de saúde, aos consumidores e aos fornecedores por meio da publicação e/ou disponibilização de seus relatórios contábeis, ao sistema financeiro (Bancos Públicos e Privados) na renovação de cadastro ou na avaliação e concessão de crédito.

E mais, o reconhecimento do Ajuste de Avaliação Patrimonial nos termos do I-CPC 10 trouxe para as operadoras de planos de saúde, tais como do Imposto de Renda e Contribuição Social Diferidos, cujo recolhimento ocorre conforme esses ajustes são apropriados ao resultado

do exercício, tudo em estrito acatamento à Resolução CFC nº 1.189/09, que dispõe sobre o reconhecimento de tributos diferidos para eventos que afetaram o patrimônio da sociedade e que ainda transitarão pelo resultado em períodos futuros.

A despeito de tudo isso, a ANS expede seus éditos como se fosse um despótico governo central de um país unitário, desmerecendo as demais instituições. É bem ter presente que o Conselho Federal de Contabilidade é também uma autarquia federal e guarda-lhe, portanto, idêntica estatura.

É inconcebível que a ANS, no exercício de seu estreito poder normativo, possa mais do que o Poder Legislativo, detenha a potestade de enunciar normas que desfaçam atos juridicamente prontos e acabados.

Em suma, a IN-DIOPE-ANS nº 47 foi publicada em julho de 2011, apanhando de surpresa as operadoras de planos de saúde, na medida em que a contabilidade correlata ao ano antecedente fora estruturada considerando-se as circunstâncias do dia 31 de dezembro de 2010, e aprovadas pelos órgãos competentes na conformação das leis societárias.

As demonstrações contábeis das operadoras de planos de saúde, portanto, cristalizam-se como ato jurídico perfeito com sua aprovação pelos órgãos societários competentes do ano subsequente ao correspondente exercício. Nem mesmo a lei, compreendida como ato emanado pelo Poder Legislativo, tem o condão de desfazê-lo, por expressa proibição no texto da Constituição, em seu art. 5º, inciso XXXVI. Se não pode a lei, menos ainda poderá o ato normativo da Administração Pública Indireta, como é o caso da norma sob exame, expedida por uma autarquia.

A esse respeito, elucidativos são os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira<sup>[4]</sup>, que leciona:

Os direitos de obrigação regem-se pela lei no tempo em que se constituíram, no que diz respeito à



formação do vínculo, seja contratual, seja extracontratual. Assim, a lei que regula a formação dos contratos não pode alcançar os que se celebraram na forma da lei anterior. Se uma lei define a responsabilidade civil, torna obrigado aquele que comete o fato gerador, nos termos da lei que vigorava ao tempo em que ocorreu; mas, ao revés, se uma lei nova cria a responsabilidade em determinadas condições anteriormente inexistentes, não pode tornar obrigado quem praticou ato não passível de tal conseqüência segundo a lei do tempo. Os efeitos jurídicos dos contratos regem-se pela lei do tempo em que se celebraram.

O que se pretende com essa garantia fundamental é nada mais do que dar vazão ao princípio maior da segurança jurídica, garantindo a estabilidade aos direitos certos, estáveis e previsíveis.

Exatamente por isso, o Tribunal Regional Federal da Terceira Região<sup>[5]</sup> tem consolidada sua jurisprudência para garantir a prevalência desse princípio sobre atos abusivos praticados em detrimento dos jurisdicionados que se submetem às rígidas regras que regulamentam suas atividades: “... o comando constitucional emergente do artigo 5º, inciso XXXVI, segunda figura, o qual veda possa a norma retroagir para agredir ou prejudicar, dentre outros, o ato jurídico perfeito.”

E continua: “ato que se consolidou, aperfeiçoando-se no tempo, segundo o ordenamento jurídico à época vigente.”

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes leciona com precisão, em sua obra conjunta com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>[6]</sup>, que a proibição de efeitos retroativos para modificar atos jurídicos perfeitos: “(...) permite definir com maior clareza a lei aplicável a dadas situações jurídicas que somente produzirão efeitos no futuro, eventualmente no regime de uma lei nova.”

Não é outra a posição Supremo Tribunal Federal[7] que garantiu o respeito ao ato jurídico perfeito impedindo que sobre ele incidisse o inconstitucional efeito retroativo:

(...) a 1ª Turma proveu, por maioria, recurso extraordinário para determinar a devolução, aos recorrentes, de contribuições pagas a fundo de reserva, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais. Tratava-se de recurso em que se discutia o direito, ou não, à restituição de contribuições recolhidas de servidores para fundo de pensão facultativo (montepio), extinto unilateralmente pela administração antes do óbito de parte dos filiados. (...) Consignou-se que, na presente situação, estaria evidenciado o caráter mescladamente tributário e securitário da relação jurídica, haja vista que, embora gerido pelo Estado, o plano de pensão complementar era facultativo. Nada obstante, asseverou-se que, independentemente da natureza jurídica do instituto, seria incontroversa a existência de uma relação jurídico-obrigacional. Ao salientar que lei posterior fizera retroagir sua eficácia temporal para impedir a produção dos efeitos futuros de ato jurídico anteriormente consolidado, entendeu-se violada a garantia constitucional do inciso XXXVI do art. 5º da CF — a qual não admite a possibilidade de nova lei suprimir todos os efeitos válidos e todas as relações jurídicas legitimamente estabelecidas sob o regime de lei anterior —, caracterizada uma das mais eminentes expressões do protoprincípio da segurança jurídica. Ademais, tendo em conta que a existência do plano de pensão por prolongado lapso de tempo conferira tónus de estabilidade à relação entre os recorrentes e o Estado, reputou-se que o

dano suportado pelos servidores e derivado do rompimento unilateral pela administra o do plano de pensão consubstanciaria direito   indeniza o, na forma do art. 37,   6 , da CF, sob pena de se cancelar o enriquecimento estatal sem causa.

Por essa ordem de ideias e com base na maciça orienta o doutrinária e jurisprudencial, a aplica o retroativa das normas apontadas pela ANS em desfavor das operadoras de planos de saúde   desabridamente inconstitucional e deve ser afastada.

## 5. CONCLUSÃO

Dessa forma,   possível concluir que a ANS editou a IN-DIOPE n  37/2009 determinando que as operadoras de planos de saúde adotassem os pronunciamentos técnicos emitidos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), exceto o CPC 11, sendo certo que o CPC-27 e o ICPC-10 são pronunciamentos técnicos emitidos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis e incorporados nas Resolu es n  1.177/09 e 1.263/09, ambas do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), como exigido na IN-DIOPE-ANS n  37/2009.

Assim, essas normas contábeis, dentre outras regras, determinam que as entidades podem utilizar o método do custo atribuído (*deemed cost*) quando da ado o das normas internacionais de contabilidade, como exigido pela Lei n  6.404/76, sendo, portanto, uma regra de transi o.

Ocorre que, a ANS editou a Súmula Normativa n  18 e IN-DIOPE n  47, ambas de 2011, com a finalidade de impedir o ajuste do ativo através *dodeemed cost*, esvaziando os mandamentos do CPC-27 e no ICPC-10, com efeitos retroativos.

No entanto, essa pretensão administrativa mostra-se violadora da segurança jurídica, haja vista que as operadoras de planos de saúde

fecharam seus balanços patrimoniais em 2010 adotando todos os critérios da CPC-27 e ICPC-10 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, incorporados em Resoluções do Conselho Federal de Contabilidade, como determinado pela própria Agência em sua IN-DIOPE nº 37/2009, perfazendo manifesto ato jurídico perfeito.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto e; SANTOS, Arioaldo dos. **Manual de Contabilidade Societária**. Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. 1, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

### NOTAS:

[1] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 108.

[2] IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto e; SANTOS, Arioaldo dos. **Manual de Contabilidade Societária**. Atlas, 2010, p. 230-232.

[3] Disponível em: <http://www.cpccon.eng.br/gestao-patrimonial/cpc/deemed-cost-custo-atribuido/>> Acesso em: 28.08.2015.

[4] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. 1, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 106.

[5] Ap. 200203990043661, TRF-3ª Reg., rel. Juiz Convocado Silva Neto, DJU 09-04-2008. p 1322.

[6] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 460.

[7] RE 486.825, Primeira Turma, STF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 06/09/2011, Informativo639.

# IMPACTO DOS PRINCÍPIOS DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL NA GESTÃO MUNICIPAL

**BRUNO SALES PEREIRA:** Contador, Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Pós-graduado em Administração Pública, Gestão Pública e Direito Administrativo.

**Resumo:** Este trabalho visa avaliar os impactos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), destacando seus princípios e resultados a partir da sua vigência, no âmbito municipal. A LRF surge com o intuito de limitar o endividamento dos entes federados, na medida em que define os princípios básicos para planejamento, acompanhamento e controle das contas públicas, além de atribuir responsabilidades gestores de recursos públicos. Foi possível evidenciar que a criação da LRF trouxe significativas implicações à gestão municipal, e apontam para uma nova visão da administração pública.

**Palavras-chave:** Lei de Responsabilidade fiscal. Princípios. Municípios.

---

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei Complementar nº 101, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, foi aprovada em 04 maio de 2000 e se tornou uma importante ferramenta gerencial a serviço da administração pública. Trata-se da gestão fiscal, que exigiu por parte dos gestores públicos o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência aos limites e condições no que tange à renúncia de receita, criação de novas despesas e endividamento público, visando estabelecer parâmetros para a gestão de recursos assim como importantes regras e instrumentos que visam a transparência e prestação de contas.

Além da LRF, também foi editada em outubro de 2000, a Lei 10.028 que tratou da responsabilização dos crimes cometidos

pelos gestores públicos em relação às finanças públicas, ou seja, quando há o descumprimento de regras estipuladas para a gestão fiscal.

Havendo efetividade da referida lei, espera-se uma inovação no modo de administrar os recursos municipais, na medida em que favorece mudanças na cultura administrativa e práticas de gestão municipal em consonância com a sociedade, estabelecendo diretrizes e procedimentos para o bom uso dos recursos públicos, impondo limites nas despesas, regras para o cumprimento dos orçamentos, aumento da transparência dos gastos públicos e disciplinando sanções, inclusive de ordem criminal, para os gestores públicos que descumprirem os ditames legais. Assim, reforça-se o ideal administrativo que exige o fim do descontrole de gastos públicos que tantos prejuízos trazem a população brasileira.

Assim, este trabalho tem como objetivo avaliar se a implementação da LRF, a partir de 2000, teve efeito como um importante instrumento para gestão pública, seja estabelecendo novas espécies de responsabilidades, seja estatuidando condições, termos e requisitos para o regular exercício da gestão orçamentária, financeira e patrimonial do poder público.

## **2. A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL (LRF)**

Baseada no artigo 165, §9º da Constituição Federal a Lei Complementar 101/2000, também conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), foi elaborada pelo poder executivo e teve o propósito de definir novos rumos da administração pública, seja no âmbito dos Estados-membros, dos municípios, como da própria União, limitando os gastos às receitas, mediante adoção das técnicas de planejamento governamental, organização, controle interno e externo e transparência das ações de governo. Ainda nos termos desse documento, ficam os administradores públicos expressamente responsáveis por ações implementadas no exercício de suas funções e sujeitos a penalidades, definidas em legislação própria, reforçada pela LRF.

Neste sentido, menciona Ângela Cristina Pelicioli:

A LRF dá suporte à criação de um sistema de planejamento, execução orçamentária e disciplina fiscal, até então inexistente no cenário brasileiro. Tem o objetivo de controlar o déficit público, para estabilizar a dívida em nível compatível com o status de economia emergente. Seu aspecto inovador reside no fato de responsabilizar o administrador público pela gestão financeira, criando mecanismos de acompanhamento sistemático (mensal, trimestral, anual e plurianual) do desempenho. (PELICIOLI, 2000, p. 109).

O fundamento da Lei de Responsabilidade Fiscal está nos artigos 163 a 169 da Constituição Federal, mas especificamente no artigo 165, §9º, os quais expressam a intenção do legislador de promover uma administração financeira eficiente, atendendo ao critério de maior controle da sociedade sobre o Estado.

Assim, com base na CF/88 é editada a LRF, que permite um grande e decisivo passo para a institucionalização do moderno sistema de finanças públicas no Brasil. Representa uma significativa mudança do regime fiscal, em resposta aos problemas verificados durante décadas em todos os poderes de todos os entes da federação. Avanços significativos em questões que restavam mal equacionadas, em especial, no que tange aos relacionamentos entre a União e os Estados-membros foi objeto da LRF. Houve avanços também no campo da democracia, abrindo mais espaços para o controle social e a participação popular.

Segundo Pelicioli (2000), de forma prática, a LRF introduziu significativas mudanças, as quais se podem destacar:

- a) a exigência de estabelecimento de metas fiscais trienais e de corte de despesas nos três Poderes, em caso de previsão de descumprimento das metas;
- b) o mecanismo de compensação para renúncia de Receita e geração de despesas de caráter continuado;



- c) a imposição de limites e exigências para as despesas de pessoal e para o endividamento, bem como para a recondução aos limites fixados;
- d) a vedação de condutas consideradas indesejáveis, em especial no que se refere a endividamento entre entes da federação;
- e) regras de transparência, incluindo a publicação freqüente e o acesso público aos relatórios que atestem o cumprimento das regras;
- f) finalmente, a imposição de penalidades, inclusive pessoais, aos administradores públicos que infringirem as regras acima.

Com a edição da LRF, foram criados novos mecanismos de prestação de contas e ainda houve reforço dos já existentes. Segundo Carlos Maurício Figueiredo et. al. (2000, p. 41), “O texto legal é construído com intenção de se corrigir a distorção corrente na Administração Pública Brasileira.” Isto porque a irresponsabilidade praticada hoje, em qualquer nível de governo, resultará amanhã em mais impostos, menos investimentos ou mais inflação, que é o mais perverso dos impostos, pois incide de maneira mais agressiva sobre os mais pobres. Os governantes poderão ser julgados pelos eleitores, pelo mercado e, se descumprirem as regras estipuladas pela legislação, estarão sujeitos também ao julgamento do poder judiciário. Pode-se dizer que a Administração Pública entrou na era da responsabilidade fiscal. Ter uma postura responsável no trato da coisa pública não é apenas uma qualidade, mas um dever de cada governante.

## **2.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL**

A LRF está apoiada em quatro princípios conjugados, os quais são responsáveis pelo alcance de seus objetivos: o Planejamento, o Controle, a Transparência e a Responsabilidade.

A rigor, esses pontos são recorrentes na doutrina sobre requisitos da boa administração pública. Para José Nilo de Castro (2006), parecem ter tomado revigorado impulso, dado o alto grau de endividamento dos entes da federação e também devido à democratização e desejo de maior participação e controle da sociedade, extenuada por suportar elevada carga tributária, sem a correspondente contrapartida em termos de prestação de serviços, como saúde, segurança, educação, saneamento, transporte públicos, e similares.

Segundo o mesmo autor o planejamento dá suporte técnico à gestão fiscal, através de mecanismos operacionais, como o Plano Plurianual - PPA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e a Lei Orçamentária - LOA. Por meio desses instrumentos, há condições objetivas de programar a execução orçamentária e atuar no sentido do alcance de objetivos e metas prioritárias.

Segundo Flávio Régis Xavier de Moura Castro (2000, p. 22), os sistemas de controle deverão ser capazes de tornar efetivo e factível o comando legal, fiscalizando a direção da atividade administrativa para que ocorra em conformidade com as novas normas.

Segundo o mesmo autor a fiscalização, que há de ser rigorosa e contínua, exigirá atenção redobrada de seus executores, principalmente dos tribunais de contas.

Nas linhas de Carlos Maurício Figueiredo (2000) a transparência coloca à disposição da sociedade diversos mecanismos de cunho democrático, entre os quais merecem relevo: a participação em audiências públicas e a ampla divulgação das informações gerenciais, através do Relatório Resumido da Execução Orçamentária, do Relatório de Gestão Fiscal, bem como dos Anexos de Metas e Riscos Fiscais.

O último alicerce, referente à responsabilidade, é importantíssimo, pois ele impõe ao gestor público o cumprimento da lei, sob pena de responder por seus atos e sofrer as sanções inseridas na própria Lei Complementar 101/2000 e em outros diplomas legais, como disposto no

artigo 73 da LRF. Como foi aludido, o planejamento é o primeiro sustentáculo, a ferramenta básica para que o Estado alcance o seu fim último, que deve ser o bem-comum.

## **2.2 PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO**

A Constituição Federal de 1988 preocupou-se com o planejamento das ações do Estado. Assunto dos mais abrangentes, tratado com grande seriedade por todas as grandes nações, o planejamento é declarado pela Carta Magna Brasileira como determinante da ação estatal, no cumprimento de sua missão de agente normativo e regulador da atividade econômica (CF, artigo 174).

Como anteriormente tratado o art. 1º § 1º da LRF versa sobre a gestão planejada e transparente referindo-se no grande desafio de quebra de paradigmas para o gestor público. Tanto nas esferas federal, estadual ou municipal, a imagem do setor público está manchada pela improbidade exercida por alguns, que de forma sagaz cometeram atos de corrupção fazendo com que a sociedade tomasse a visão do setor público por uma imagem negativa.

A lei em várias passagens, segundo Figueiredo (2001, p. 5), encarece a necessidade do administrador de planejar, no sentido de prever ações, projetar situações, diagnosticar com precisão o que deseja, o que dispõe, inclusive em termos de recursos públicos, e como deverá concretamente alcançar as metas delineadas.

O planejamento é o mecanismo que pode atenuar a miopia social da LRF. Segundo Figueiredo (2001) é através dele que, observando o controle fiscal rígido imposto pela lei, os gestores públicos poderão distinguir nitidamente o que é importante, o que é mais importante, o que é prioritário e o que é imprescindível, para alocar da melhor maneira os recursos disponíveis e não incorrer na necessidade de interromper abruptamente, de cortar linearmente ações e despesas de interesse social imediato.

Dentro do capítulo II da LRF, que trata do Planejamento, tem-se as seguintes seções:

Seção I Do Plano Plurianual (PPA);

Seção II Da Lei de Diretrizes Orçamentárias;

Seção III Da Lei Orçamentária Anual;

Seção IV Da Execução Orçamentária e do Cumprimento das Metas.

Versando sobre o Plano Plurianual, o veto da seção I da LRF, emprega que no início de um novo mandato no executivo, o gestor eleito deve contemplar no plano plurianual “seus compromissos de campanha, compatibilizando-os com a realidade financeira da administração municipal. O projeto do plano plurianual [...] deverá ser o resultado de um Planejamento Estratégico” (CRUZ, 2001, p. 25).

O Plano Plurianual, ao ser elaborado, abrangerá a realidade socioeconômica municipal, assim como a infraestrutura, recursos humanos, tecnológicos e financeiros disponíveis, caracterizando-se como uma ferramenta de gestão, que irá permitir maior efetividade e eficácia ao implantar os programas e ações propostas.

Inseridas no sistema de planejamento público previsto na Constituição, as Leis de diretrizes Orçamentárias têm o papel fundamental de conectar e compatibilizar os objetivos e metas de médio prazo constantes dos planos plurianuais com os de curto prazo materializados nos orçamentos anuais, colocando-os em consonância. A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), Art. 4º LRF, depois da promulgação da LRF, passa a ser “um verdadeiro instrumento de planejamento e norteador de elaboração da Lei Orçamentária Anual” (KHAIR, 2000, p. 21). A LDO consiste em elaborar metas e prioridades específicas para a administração pública, orientando na elaboração da LOA (Lei Orçamentária Anual).

A LRF passou a exigir que esteja implícito na LDO, de forma clara: o equilíbrio entre receitas e despesas, a limitação de empenho, a apresentação do Anexo de Metas Fiscais, o Anexo de Riscos Fiscais e a exigibilidade de criação da LDO para os municípios que não a tinham até 05 de maio de 2000.

Com isso, a LDO passou a ser mais do que um simples instrumento de indicadores de intenções do governo municipal, tornando-se uma ferramenta importantíssima para o planejamento nos municípios.

A Lei Orçamentária Anual (LOA) deve compreender o orçamento fiscal referente aos poderes municipais, aos seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta; o orçamento de investimento das empresas em que o Poder Público Municipal, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; o orçamento da Seguridade Social, incluindo todas as entidades e órgãos a ela vinculados (CF, art. 165, § 5º).

Determina, ainda, a Constituição Federal que a "lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei" (art. 165, § 8º); acrescentando que o projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia (art. 165, § 6º).

Para a elaboração da LOA, Art. 5º da LRF, o poder executivo deve obrigatoriamente observar se possui previsão no PPA e LDO, mantendo a compatibilidade entre as peças do planejamento. Os indicadores das metas devem estar previstos na forma monetária, para a realização dentro de um exercício financeiro.

A iniciativa e a elaboração do projeto da LOA cabem privativamente ao Executivo, que deverá enviá-lo, no prazo estabelecido na lei orgânica do Município, ao Legislativo.

A Execução Orçamentária e Cumprimento das Metas, Art. 8º a 10 da LRF, são formas de proteção às finanças, pois se observando a não realização das receitas, o Executivo deverá fazer a limitação de empenho, de acordo com o que dispuser a LDO. Entra mais uma vez, no cenário da LRF, a questão da responsabilidade sob a máquina pública. Se o gestor não conseguir realizar seu orçamento dentro do previsto, deverá

conter gastos para que isso não comprometa o orçamento do ano todo.

Portanto, a LRF exige a compatibilidade entre o PPA, a LDO e a LOA, deixando-os de tal forma interligados que quando houver a sua aplicação, a gestão dos recursos públicos certamente será efetivada com maior eficiência. Assim, vemos a grande ferramenta que é a LRF, na questão do planejamento. Todos os atos do poder público passam a ter mais confiabilidade, uma vez que todos têm acesso a estas informações.

Para garantir o cumprimento das metas a Lei de Responsabilidade Fiscal determina que a cada dois meses se verifique se a realização da receita permitirá o alcance daquelas. Se não permitir, deverão ser realizadas limitações de empenho e movimentação financeira, tanto pela prefeitura, quanto pela câmara de Vereadores (art. 9º da LRF).

### **2.3 PRINCÍPIO DO CONTROLE, FISCALIZAÇÃO E TRANSPARÊNCIA**

O controle é a função pela qual a Administração e o cidadão-contribuinte verificam se os planos, objetivos, metas, recursos ou insumos. A eles destinados foram alcançados e utilizados com eficiência.

A fiscalização financeira e orçamentária no âmbito municipal realiza-se mediante controle externo da Câmara de Vereadores, com o auxílio do Tribunal de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver, e controle interno do Executivo Municipal (LRF, art. 59), na forma da lei (CF, art. 31 e §§). Além disso, a Lei de Responsabilidade Fiscal possibilita ao cidadão que denuncie qualquer irregularidade ou ilegalidade, responsabilizando corretamente quem efetuar denúncia infundada ou inverídica (Lei 10.028, de 19.10.2000, art. 1º).

As normas gerais sobre fiscalização financeira e orçamentária constam dos arts. 75 a 81 da Lei 4.320/1964, sob o título controle da execução orçamentária, bipartido em controle interno e controle externo, em conformidade com a Constituição Federal (arts. 31, 70 e 71). Também a

LRF, no art. 59, prevê o exercício do controle externo e interno, enumerando nos incisos e parágrafos os principais pontos que devem ser analisados a seguir.

A fiscalização financeira e orçamentária atribuída ao Executivo (controle interno) compreende os controles da legalidade, da fidelidade e da execução. O controle interno da legalidade é exercido sobre os atos pertinentes à arrecadação da receita e à realização das despesas, bem como sobre os que acarretem ou possam acarretar nascimento ou extinção de direitos e obrigações; o controle interno da fidelidade visa à conduta funcional dos agentes responsáveis por bens e valores públicos; o controle interno da execução tem por objetivo o cumprimento do programa de trabalho do governo, considerado em seus aspectos financeiros, de realização de obras e prestação de serviços (Lei 4.320/1964, arts. 75 e 76).

O Controle Interno compreende o plano de organização, além de todos os métodos e medidas adotados para salvaguardar ativo, maximizar a exatidão e fidelidade dos dados contábeis, desenvolver a eficiência nas operações, estimular o seguimento das políticas administrativas predefinida e atender as legislações pertinentes. Para Meirelles (2006, p. 297) É todo aquele – controle - realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada no âmbito da própria administração.

A Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece, ainda, que a União prestará assistência técnica e cooperação financeira aos Municípios para a modernização das respectivas Administrações tributária, financeira, patrimonial e previdenciária, com vistas ao cumprimento das suas normas (art. 64).

A assistência técnica consistirá no treinamento e desenvolvimento de recursos humanos e na transferência de tecnologia, bem como no apoio à divulgação dos instrumentos de que trata o art. 48 em meio eletrônico de amplo acesso público.

A cooperação financeira compreenderá a doação de bens e valores, o financiamento por intermédio das instituições financeiras federais e o repasse de recursos oriundos de operações externas.

O controle interno da legalidade deverá ser exercido prévia, concomitante e subseqüentemente aos atos de execução orçamentária (arrecadação da receita e realização das despesas), cabendo aos serviços competentes a verificação da exata observância dos limites das quotas mensais atribuídas a cada unidade orçamentária na programação de desembolso.

O controle interno da fidelidade funcional far-se-á por meio de levantamentos, prestações ou tomadas de contas de todos os responsáveis por bens ou valores públicos. A lei municipal que instituir o sistema de controle interno poderá prescrever prestação ou tomada de contas anual, mas sem prejuízo da que deva ser feita em final de gestão, bem como da faculdade de o responsável pela fiscalização da fidelidade funcional exigí-la ou determinar o levantamento das contas a qualquer tempo.

O controle interno da execução deve efetivar-se, sempre que possível, em termos de unidades de medida previamente estabelecidas para cada atividade no programa de trabalho do governo.

Essas normas gerais de fiscalização financeira e orçamentária podem ser suplementadas pelos Estados (CF, art. 24, § 2º) e minudenciadas nas leis municipais que instituïrem os sistemas locais de controle interno. Dentre outras coisas, essas leis deverão indicar os órgãos responsáveis pela fiscalização do cumprimento do programa governamental de trabalho (em regra, o encarregado da elaboração da proposta orçamentária) e da liberação das quotas trimestrais (de preferência, o competente para os serviços de contabilidade), fixando-lhes as atribuições, limites de atuação e responsabilidades. No mais, os encargos do controle interno são do prefeito municipal, como se depreende do art. 76 da Lei 4.320/1964.



A fiscalização legislativa financeira dos recursos públicos pertencentes ao território federal (autarquia territorial federal) é realizada pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, com auxílio do Tribunal de Contas da União. Essa é a dicção do art. 33, § 2º, da CF/88 que estabelece: “Art. 33. A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios. 2º - As contas do Governo do Território serão submetidas ao Congresso Nacional, com parecer prévio do Tribunal de Contas da União.”

De outra sorte, o controle financeiro dos recursos públicos pertencentes aos municípios situados no território federal, por parte do poder legislativo, segue outro modelo.

Com efeito, por serem recursos municipais, e considerando a autonomia desses entes estatais, deve-se prestigiar o comando dado pelo art. 33, § 1º, da CF/88 que aduz:

Art. 33. A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios.

1º - Os Territórios poderão ser divididos em Municípios, aos quais se aplicará, no que couber, o disposto no Capítulo IV deste Título.

Ora, o regime fixado para o controle legislativo financeiro dos municípios, no aludido Capítulo IV, está consagrado no art. 31 da CF/88 que estatui:

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

1º - O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

2º - O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve

anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

3º - As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

4º - É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

No atual modelo constitucional, o controle externo dos municípios situados em território federal deve ser feito pelas respectivas câmaras municipais, com auxílio de órgão técnico estadual competente sobre as contas municipais, ou seja, com auxílio de Conselho de Contas dos Municípios, que deve ser instituído por meio de lei federal.

A transparência é assegurada na LRF, arts. 48-49, através dos planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; das prestações de contas e respectivo parecer prévio; do Relatório Resumido da Execução Orçamentária e do Relatório de Gestão Fiscal, bem como das versões simplificadas desses documentos, aos quais deverá ser dada ampla divulgação, inclusive por meios eletrônicos de acesso público, ampliando assim diversos mecanismos de cunho democrático a disposição da sociedade.

A transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal está assegurada pelo incentivo à participação da população e pela realização de audiências públicas no processo de elaboração como no curso da execução dos planos, da lei de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos, um bom exemplo desde modelo é o orçamento participativo, que significa a abertura do processo orçamentário à participação da população, em que os cidadãos são convidados a tomarem as decisões sobre a melhor forma de aplicar os recursos públicos.

Além disso, conforme acima mencionado a Lei de Responsabilidade Fiscal, no seu art. 48, determina a divulgação ampla em veículos de comunicação, inclusive via internet, dos relatórios com informações que tratam das receitas e das despesas, possibilitando verificar sua procedência e a autenticidade das informações prestadas.

Prevê, ainda, o art. 49 da LRF que as contas apresentadas pelo prefeito municipal ficarão disponíveis durante todo o exercício, na respectiva Câmara de Vereadores e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.

Desse modo, os cidadãos, por sua vez, terão à sua disposição as contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo durante todo o exercício, no âmbito tanto do respectivo Poder Legislativo, como do órgão técnico responsável por sua elaboração.

Ainda no que tange ao princípio da transparência, em maio de 2009, foi sancionada a Lei Complementar 131/2009, que acrescenta dispositivos à Lei Complementar 101/00 e vem reforçar a figura da transparência orçamentária, obrigando o gestor público a levar ao conhecimento público, o lançamento e o recebimento de toda a receita de unidade gestora, inclusive os referentes a recursos extraordinários, bem como as despesas empenhadas, liquidadas e pagas, discriminando o bem ou serviço adquirido, o valor da aquisição e o fornecedor que transacionou com a entidade pública. A Lei 131/2009 traz importantes modificações como acréscimos de sanção para o ente federativo que não disponibilizar as informações além de reafirmar a participação popular no ciclo orçamentário.

#### **2.4 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE**

O princípio da Responsabilidade, nada mais é do que o dever maior de qualquer gestor arrecadar o máximo permitido em lei e só gastar até o limite de sua receita, obedecendo aos parâmetros fixados por lei.

Preceitua LRF, em seu artigo 11, que “constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da federação”.

É, pois, necessária à ampliação da receita por meio de outras fontes, tendo-se em vista que os municípios não podem sobreviver apenas das transferências constitucionais e/ou voluntárias de outros entes. Ao contrário, devem, efetivamente, ter uma política mais “agressiva” com relação à cobrança de todos os tributos de sua competência, tais como IPTU e ISS.

Por arrecadação de tributos deve-se entender uma efetiva política de cobrança, através de lançamentos de impostos, inclusive os inscritos na dívida ativa do contribuinte devedor, não mais como ocorria antes do advento da LRF, quando ficava a administração aguardando que o contribuinte, de forma espontânea, comparecesse ao órgão de arrecadação de tributos para “ver se devia alguma coisa” e, caso afirmativo, efetuar o pagamento.

Ressalte-se, que as previsões de receita para a elaboração dos orçamentos devem obedecer às normas técnicas e legais, além de mais verossímil possível, levando em consideração os diversos fatores que influenciam, ou podem vir a influenciar em sua constituição como, entre outros, o crescimento econômico, a variação dos índices de preços e a evolução da receita nos últimos três anos.

A gestão responsável é, pois, uma gestão atual e urgente, a figurar na ordem do dia do administrador público. Muitos progressos já foram atingidos, mas tem-se a consciência de que é preciso muito mais, para que se possa definitivamente alcançar o tão almejado equilíbrio que deve existir entre a economia e a sociedade, onde os cidadãos tenham atendidas suas necessidades básicas, as comunidades reconheçam presente a máquina pública a prover-lhes a saúde, a educação, o saneamento, o lazer, a segurança pública.

Assim, pode-se asseverar que a LRF surgiu da necessidade de serem estabelecidas normas de finanças públicas, capazes de modificar a forma irresponsável como alguns administradores públicos vêm tratando a coisa pública, sem um mínimo de escrúpulos e, o que é pior, sem sofrer qualquer sanção, já que a legislação em vigor até então, era ineficaz para punir os infratores.

### **3. CONCLUSÃO**

Pode-se afirmar que a LRF é um importante instrumento de impacto nas finanças públicas, em especial a municipal, ponto central da discussão deste trabalho. A grande preocupação do legislador ao editar a LRF foi estabelecer as bases para uma gestão fiscal responsável, e em alguns aspectos, dando atenção especial à esfera municipal.

Como forma de atender aos anseios da sociedade, a LRF impõe diversas situações onde o gestor poderá vir a ser penalizado por seus atos ilícitos e ou irresponsáveis. Isto demonstra que a LRF não é simplesmente mais uma lei, mas uma norma que se impõe como forma jurídica de punição aos possíveis executores de uma gestão irresponsável.

O Plano Plurianual deve ser elaborado de acordo com anseios da sociedade e com a participação da mesma. Ele procura desenvolver diversas metas que tragam benefícios à sociedade, mesmo que às vezes estes benefícios venham a longo prazo. Caracteriza-se aí, a questão do planejamento, que deve ser aplicado num contexto de crescimento evolutivo, ou seja, que o município tende a crescer e se desenvolver com o passar dos anos.

Ao fazer de seu governo um governo participativo, por meio da transparência de seus atos, o gestor compreende a LRF, que propõe que todos participem das decisões de um governo, pois são os cidadãos os mais interessados nestas decisões, pois é o seu futuro e o futuro de seus filhos que está em jogo.

No que tange à responsabilidade dos gestores da Administração Pública, a Lei de Responsabilidade Fiscal, veio para estatuir condições, termos e requisitos para o regular exercício da gestão financeira e patrimonial do poder público, cujo eventual descumprimento, atraíra, em processo administrativo regular, juízos de reprovação a ilícitos administrativos, com possíveis repercussões nos campos da responsabilização civil dos Estados e da responsabilização penal e pessoal do gestor municipal. A violação nos procedimentos previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal ensejará, portanto, apuração nas esferas de responsabilidade, a iniciar-se pela administrativa, qualificando-se o objeto pelo fato de constituir ilícito contra a gestão pública.

Ao ensejo, tem-se que reconhecer que fora de inigualável importância a LRF, principalmente no que buscou oferecer à sociedade, no contexto da elaboração dos planos com participação popular, tendo em vista que uma sociedade espera poder influenciar e decidir o desejo para seu município. A ferramenta que se apresenta, é, em síntese, um instrumental de democracia, que pode contribuir para o crescimento contínuo e sustentável de um município.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm)>.

BRASIL, Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp131.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp131.htm)>.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura. **Lei de responsabilidade fiscal: abordagens pontuais; doutrina, legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CASTRO. José Nilo de. **Direito municipal positivo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CRUZ, Flavio da et al. (Coord.) **Lei de responsabilidade fiscal comentada**. 2. ed.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício et. al. **Comentários à lei de responsabilidade fiscal**. 2. ed. São Paulo: RTs, 2001.

FIGUEIREDO, M. **A Lei de responsabilidade fiscal: notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa**. Disponível em:<<http://www.direitopublico.com.br/pdf>>.

KHAIR, A. A. **Lei de responsabilidade fiscal**: guia de orienta o para as prefeituras. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; BNDES, 2000.

MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Responsabilidade fiscal. Belo Horizonte: Del Rey*, 2001.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Responsabilidade fiscal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.*

SILVA, Edson Jacinto da. **O município na lei de responsabilidade fiscal**. São Paulo: Editora de Direito, 2001.

TABORDA, Maren Guimarães. **O princípio da transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do direito administrativo**. In Revista de Direito Administrativo, n  230. São Paulo: Renovar, 2003.

TAVARES. Martus. **Fazendo o dever de casa com responsabilidade**. <[www.cidadesdobrasil.com.br](http://www.cidadesdobrasil.com.br)>.

## COMENTÁRIOS AO REGULAMENTO DISCIPLINAR DO EXÉRCITO: ARTIGO 2º

**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.

### **1. Da Finalidade e do âmbito de aplicação**

**Art. 2º. Estão sujeitos a este Regulamento os militares do Exército na ativa, na reserva remunerada e os reformados.**

**§ 1º. Os oficiais-generais nomeados ministros do Superior Tribunal Militar são regidos por legislação específica.**

**§ 2º. O militar agregado fica sujeito às obrigações disciplinares concernentes às suas relações com militares e autoridades civis.**

As Forças Armadas são instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei e, em razão, de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidor público, denominado de militares (CF-88, art. 142).

Já os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na



hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (CF-88, art. 42).

Estão sujeitos ao Regulamento Disciplinar do Exército, os militares da ativa, da reserva remunerada e os reformados. “São equivalentes as expressões ‘na ativa’, ‘da ativa’, ‘em serviço ativo’, ‘em serviço na ativa’, ‘em serviço’, ‘em atividade’ ou ‘em atividade militar’, conferidas aos militares no desempenho de cargo, comissão, encargo, incumbência ou missão, serviço ou atividade militar ou considerada de natureza militar nas organizações militares das Forças Armadas, bem como na Presidência da República, na Vice-Presidência da República, no Ministério da Defesa e nos demais órgãos quando previsto em lei, ou quando incorporados às Forças Armadas” (Lei Federal n. 6.880, de 09-12-1980, art. 6º).

Os militares se encontram em uma das seguintes situações: na ativa ou na inatividade.

### **1.1 Militar da Ativa**

No caso das Forças Armadas os militares da ativa são os de carreira ou os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar inicial, ou durante as prorrogações desse, na forma da legislação correspondente, ou ainda, quando convocados ou mobilizados. No caso, ainda, dos militares federais são considerados em serviço ativo os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva, ou ainda, em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro mobilizado para o serviço ativo nas Forças Armadas. (Lei Federal n. 6.880, de 09-12-1980, art. 3º, § 1º, “a”)

Já no caso das polícias militares e corpos de bombeiros militares são considerados militares da ativa, os que ingressam nas respectivas corporações, através de concurso público (CF-88, art. 37, II).

São considerados ainda militares da ativa, para efeitos disciplinares aqueles que estiverem em qualquer espécie de afastamento temporário. No caso da Polícia Militar do Paraná os afastamentos temporários previstos no Regulamento Interno dos Serviços Gerais - RISG compreendem as dispensas (Decreto Estadual n. 7339, de 08-06-2010, art. 401), férias (Decreto Estadual n. 7339, de 08-06-2010, art. 383), licenças (Decreto Estadual n. 7339, de 08-06-2010, art. 393) e o trânsito (Decreto Estadual n. 7339, de 08-06-2010, art. 392).

Assim são espécies de afastamentos temporários: 1) as dispensas: como a comum, por necessidade particular comprovada; por conta das férias; gala; nojo e especial do serviço; 2) as licenças, como a licença especial; licença para tratamento da própria saúde, decorrente de ato de serviço; licença para tratar de interesses particulares; licença à gestante; licença à adotante; licença-paternidade e a licença eleitoral; 3) o trânsito e 4) as férias.

Nesses casos, durante tais afastamentos, o militar continua sujeito ao Regulamento Disciplinar do Exército, independentemente do fato do militar estar ou não recebendo vencimentos integrais ou estar na condição de agregado. Por exemplo, o militar que estiver em licença para tratar de interesses particulares embora não receba vencimentos e fique desobrigado do serviço, ele continua sujeito ao Regulamento Disciplinar do Exército, no que tange às obrigações disciplinares concernentes às suas relações com militares e autoridades civis.

Em síntese, mesmo ocorrendo eventuais afastamentos temporários, o militar continua sujeito ao Regulamento Disciplinar do Exército.

## **1.2 Militar Agregado**

Agregação é a situação na qual o militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Corpo, Quadro,

Arma ou Serviço, nela permanecendo sem número (Lei Federal n. 6.880, de 09-12-1980, art. 80). O militar agregado pertence aos quadros da ativa, embora se encontre num estado de inatividade temporária, e em decorrência desse fato não é computado na respectiva escala numérica do almanaque militar do pessoal da Força ou organização militar a que pertencer.

No caso da Polícia Militar do Paraná, por exemplo, será considerado agregado o militar estadual que entrar em gozo de licença para tratar de interesses particulares por tempo superior a seis meses e licença para tratamento da saúde de pessoa da família por tempo superior a um ano e passará a constar no efetivo da Seção de Inativos da Diretoria de Pessoal da Corporação (Decreto Estadual n. 7339, de 08-06-2010, art. 401).

O militar agregado fica sujeito às obrigações disciplinares concernentes às suas relações com militares e autoridades civis (RDE-2002, art. 2º, § 2º).

### **1.3 Militar Inativo**

A inatividade do militar é determinada pela transferência para a reserva ou pela reforma. A reserva é a situação temporária de inatividade enquanto a reforma é a situação de inatividade que desobriga o militar, definitivamente do serviço ou por atingir a idade limite de permanência na reserva ou por ter sido julgado, em caráter definitivo, fisicamente incapaz para exercer a profissão.

Os militares federais, na inatividade compreendem os da reserva remunerada, quando pertençam à reserva das Forças Armadas e percebam remuneração da União, porém sujeitos, ainda, à prestação de serviço na ativa, mediante convocação ou mobilização; e, por fim, os reformados, quando, tendo passado por uma das situações anteriores estejam dispensados, definitivamente, da prestação de

serviço na ativa, mas continuem a perceber remuneração da União. São considerados ainda, na inatividade, os militares da reserva remunerada, e, excepcionalmente, os reformados, executado tarefa por tempo certo, segundo regulamentação para cada Força Armada (Lei Federal n. 6.880, de 09-12-1980, art. 3º, § 1º, “b”).

Os militares na inatividade, aí compreendidos os da reserva remunerada e os reformados continuam sujeitos ao Regulamento Disciplinar do Exército.

#### **1.4 Militar da Reserva não Remunerada**

É aquele que não recebe vencimentos do Estado (União, Estados-membros e Distrito Federal) em virtude do seu posto ou graduação. O militar ingressa na reserva não remunerada quando passa a exercer cargo ou emprego público permanente, estranho a sua carreira ressalvada as hipóteses de cumulação de cargo (CF-88, art. 37, inciso XVI, alínea "c", combinado com o art. 142, § 3º, II). Ocorre assim o licenciamento *ex officio*, no caso das praças ou a demissão *ex officio*, no caso dos oficiais. É uma situação definitiva, em ambos os casos.

Reserva das Forças Armadas compõe-se de oficiais, aspirantes a oficial ou guardas-marinha e das praças incluídas na reserva de acordo com a legislação específica. Em relação às praças a Reserva é constituída pelos reservistas de 1ª e de 2ª .

O militar da Reserva não remunerada **não está** sujeito ao Regulamento Disciplinar do Exército.

- **2. A sujeição dos militares da reserva remunerada e dos reformados ao Regulamento Disciplinar do Exército**

A questão da submissão de militares da reserva remunerada e da reforma ao Regulamento Disciplinar do Exército ou regulamento similar sempre foi palco de questionamentos, inclusive, no âmbito dos tribunais.

## **2.1 Histórico das súmulas n. 55 e 56 do Supremo Tribunal Federal**

Quanto aos militares reformados o Supremo Tribunal Federal editou a súmula n. 56 que estabelece que o “militar reformado não está sujeito à pena disciplinar” (Sessão plenária de 13-12-1963, publicação: Imprensa Nacional, 1964, p. 52). A decisão teve como precedente o Habeas Corpus n. 38.410, interposto por um Almirante reformado a fim de evitar a prisão disciplinar, em virtude de atividades, a princípio, contrárias à disciplina militar.

A ordem foi concedida com base no antigo Estatuto dos Militares que estabelecia que “A reforma desobriga o militar definitivamente do serviço do Exército, da Marinha ou de Aeronáutica” (Decreto-Lei n. 9.698, de 02-09-1946, art. 59).

Quanto aos militares da Reserva, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula n. 55 que estabelece que “militar da reserva está sujeito à pena disciplinar” (Sessão plenária de 13-12-1963, publicação: Imprensa Nacional, 1964, p. 51).

Serviram de paradigma para a súmula n. 55 outros precedentes como o Habeas Corpus n. 38.372 (DJ de 2-10-1962); o Recurso Extraordinário (RE) n. 37.222 (DJ de 02-10-1962); o Habeas Corpus (HC) n. 39.251 (DJ de 18-10-1962) e Habeas Corpus (HC) n. 39.604 (DJ de 24-05-1963). Todos os precedentes possuem como pacientes autoridades de altos postos das Forças Armadas, que impetraram pedido contra a prisão disciplinar, decorrente de supostas transgressões disciplinares, oriundas de manifestações, a princípio, contrárias à disciplina militar.

Se no julgamento do HC n. 38.410 ordem foi concedida (precedente da súmula 56), no julgamento da do HC n. 38.372 (precedente da súmula 55) a ordem não foi concedida porque, embora o militar já tivesse atingido a idade da reforma, não havia ainda a assinatura do ato formal de transferência para reforma.

No julgamento do RE n. 37.222 decidiram os Ministros do Supremo Tribunal Federal que no caso de manifestação político-partidária (no caso o paciente era candidato à Presidência da República) o militar mesmo da reserva remunerada não comete transgressão disciplinar.

Já no julgamento do HC n. 39.251 foi decidido que militar da reserva está sujeito a punição disciplinar. A legislação invocada foi o antigo Regulamento Disciplinar do Exército de 1942 (Decreto n. 8.835 de 23-02-1942). Também no HC n. 39.064 chegou à decisão que Oficial da Reserva está sujeito à pena disciplinar. A legislação ventilada nesse acórdão foi o artigo 5º do Decreto nº 38.010, de 5-10-1955, o antigo Regulamento Disciplinar para a Marinha.

Importante destacar, entretanto, que reinava no Brasil, na época de aprovação tanto da súmula 55 (militar da reserva está sujeito à pena disciplinar), quanto da súmula 56 (militar reformado não está sujeito à pena disciplinar) um ambiente instável, na questão política do Brasil e muitas das supostas transgressões disciplinares estavam relacionadas a manifestações, críticas e opiniões sobre questões políticas da época.

Na época vigorava também o antigo Estatuto dos Militares que disciplinava que “A reforma desobriga o militar definitivamente do serviço do Exército, da Marinha ou de Aeronáutica” (Decreto-Lei n. 9.698, de 02-09-1946, art. 59).

## **2.2 Atual entendimento jurisprudencial**

Na atualidade não prevalece o enunciado da súmula 56 do Supremo Tribunal Federal (militar reformado não está sujeito à pena disciplinar). Hoje o entendimento é de que havendo legislação específica, pode ocorrer a punição do militar reformado, inclusive sujeito à pena de demissão, exclusão ou licenciamento.

O próprio Supremo Tribunal federal já decidiu que não cabe Reclamação àquela Corte no caso de descumprimento

da Súmula 56/STF: “Reclamação. Processo administrativo disciplinar instaurado contra militar reformado. Alegado descumprimento da súmula 56 do Supremo Tribunal Federal. Ausência de efeito vinculante da súmula. reclamação à qual se nega seguimento” (Reclamação n. 11117/ SP relatora: Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 25-01-2011, publicação DJe-023, divulgação 03-02-2011, publicação 04-02-2011).

O Superior Tribunal de Justiça também vem sistematicamente decidindo que: “[...] 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que estando prevista na legislação regente a possibilidade de imposição de sanção disciplinar ao militar inativo, não há como ser invocada a Súmula nº 56/STF, segundo a qual ‘militar reformado não está sujeito à pena disciplinar’” (AgRg no RMS 27.306/PE, Rel. Ministro Walter De Almeida Guilherme, Desembargador convocado do TJ/SP, quinta turma, julgado em 23/10/2014, DJe 05/11/2014).

As polícias militares possuem legislação específica, que prevê a possibilidade de aplicação de penalidades aos militares da reserva remunerada e aos reformados. Na Polícia Militar do Paraná, a Lei Estadual n. 16.544, de 14-07-2010, publicado no Diário Oficial n. 8.262 de 14-07-2010 prevê a submissão tanto da praça quanto do oficial, ativo ou inativo, ao processo administrativo previsto na referida lei para julgar a capacidade deles permanecer ou não na condição em que se encontra.

No âmbito das Forças Armadas a Lei Federal n. 5.836, de 05-12-1972, que dispõe sobre o Conselho de Justificação, prevê a submissão ao referido Conselho, além do oficial da ativa, o oficial da reserva remunerada ou reformado, a fim de julgar a capacidade de permanecer na situação de inatividade em que se encontra.

Em relação às praças especiais e as demais praças com estabilidade assegurada, o Decreto n. 71.500, de 05-12-1972, que dispõe sobre o Conselho de Disciplina também possui dispositivo semelhante, com

previsão de julgar a capacidade da praça de permanecer na situação de inatividade em que se encontra.

Por fim, relevante destacar que hoje a súmula 56/STF encontra-se superada e a submissão do militar da reserva remunerada e do reformado ao regulamento disciplinar é uma questão praticamente incontroversa, quer no âmbito federal, quer no âmbito das unidades federadas.

- **3. Ministros do Superior Tribunal Militar**

Prevê o Regulamento Disciplinar do Exército que “os oficiais-generais nomeados ministros do Superior Tribunal Militar são regidos por legislação específica” (Art. 2º, § 1º). Igual previsão também se encontra no artigo 9º do Estatuto dos Militares.

Di Pietro (2010, p. 70) explica que o princípio da hierarquia “[...] só existe relativamente às funções administrativas, não em relação às legislativas e judiciais [.....]”.

O exercício de funções típicas da magistratura é incompatível com a hierarquia e sua relação de subordinação. O exercício da magistratura exige independência funcional, no exercício de suas funções típicas. Quando nomeados, os Ministros do Superior Tribunal Militar possuem prerrogativas, garantias, direitos e incompatibilidades inerentes ao exercício da magistratura. Esses militares estão sujeitos a legislação específica, dentre as quais a Lei n. 8.457, de 04-09-1992, que organiza a Justiça Militar da União e o Regimento Interno do Superior Tribunal Militar.

#### **REFERÊNCIAS**

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar: Parte Geral**. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2011.



BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado** — 7. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: **Súmula n. 56**: “militar reformado não está sujeito à pena disciplinar”, j. em 13-12-1963, Imprensa Nacional, 1964, p. 52 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28militar+e+reformado+e+disciplinar%29%29+NAO+S%2EFLSV%2E&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/nhtojht>, acesso em 10-06-2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal: **Súmula n. 55**: “militar da reserva está sujeito à pena disciplinar” julgado em 13-12-1963, Imprensa Nacional, 1964, p. 52, Anexo ao Regimento Interno. Edição Imprensa Nacional, 1964, p. 51. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28militar+e+reserva+e+disciplinar%29%29+NAO+S%2EFLSV%2E&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/o7auc74>, acesso em 10-06-2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 38.410**, Relator Min. Hahnemann Guimarães julgado em 31-05-1961, Tribunal Pleno DJ 14-12-1961. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=56095>, acesso em 10-06-2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 38.372**, relator Min. Hahnemann Guimarães julgado em 3-05-1961, Tribunal Pleno DJ 07-12-1961. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=56074>, acesso em 10-06-2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 37.222**, relator Min. Hahnemann Guimarães julgado em 18-07-1961, Segunda Turma, DJ 02-10-1962. Disponível

em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=137425>, acesso em 10-06-2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 39.251** relator Min. Gonçalves de Oliveira julgado em 13-08-1962, Tribunal Pleno, DJ 18-10-1962. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=56611>, acesso em 10-06-2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 39.604**, relator Min. Villas Boas, julgado em 28-11-1962, Tribunal Pleno, DJ 24-05-1963. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=56832>, acesso em 10-06-2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RCL n. 11117**, relatora: Min. Carmen Lúcia, j. DJe-023 Divulgação 03-02-2011, publicação 04-02-2011, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=23&dataPublicacaoDj=04/02/2011&incidente=4014600&codCapitulo=6&numMateria=4&codMateria=2>

\_\_\_\_\_. **Lei no 4.375, de 17-08-1964**, Lei do serviço militar. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4375.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4375.htm), acesso em 10-06-2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 1.001/1969** de 21-10-1969, Código Penal Militar. Disponível em: [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/DEL%201.001-1969?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%201.001-1969?OpenDocument), acesso em 10-06-2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 6.880, de 09-12-1980**, Estatuto dos Militares. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6880.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm), acesso em 10-06-2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 5.836, de 05-12-1972**, dispõe sobre o Conselho de Justificação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L5836.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5836.htm), acesso em 10-06-2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 71.500, de 05-12-1972**, dispõe sobre o Conselho de Disciplina. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d71500.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d71500.htm), acesso em 10-06-2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 90.608**, de 04-12-1984, Regulamento Disciplinar do Exército. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D90608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D90608.htm), acesso em 10-06-1984.

\_\_\_\_\_. **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.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.457, de 04-09-1992**, Organiza a Justiça Militar da União. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8457.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8457.htm), acesso em 10-06-2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 4.346**, de 26-08-2002. Diário Oficial da União 27-08-2002. Regulamento Disciplinar do Exército. 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.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RMS 27.306/PE**, Rel. Ministro Walter De Almeida Guilherme (desembargador convocado do TJ/SP), Quinta Turma, julgado em 23-10-2014, DJe 05-11-2014. Disponível

em:[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1360820&num\\_registro=200801531590&data=20141105&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1360820&num_registro=200801531590&data=20141105&formato=PDF), acesso em 10-06-2015.

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.

\_\_\_\_\_. **Lei 16.544 de 14-07-2010**, que dispõe que o processo disciplinar, na PMPR publicada no Diário Oficial nº. 8262 de 14-07-2010. Disponível em:<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=56213&codItemAto=435524>, acesso 11-06-2015.

## BREVES APONTAMENTOS À PROEMINÊNCIA DO INVENTÁRIO DE CONFIGURAÇÃO DE SÍTIOS URBANOS

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

**Resumo:** O objetivo do presente está assentado na análise do inventário de configuração de sítios urbanos (INCEU) e sua proeminência para a salvaguarda do patrimônio cultural. 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 cultural. 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. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, 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. 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.

**Palavras-chaves:** Patrimônio Cultural. Inventário Nacional. Sítios Urbanos.

**Sumário:** 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Breves Apontamentos à Proeminência do Inventário de Configuração de Sítios Urbanos.

---

### **1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito**

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos 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, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*[1]. Destarte, 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 primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, 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, precipuamente quando

se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista se cinge 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, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação



ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*<sup>[4]</sup>. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade<sup>[5]</sup>. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da

Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “*Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*”[6].

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. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 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[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

## **2 Comentários à concepção de Meio Ambiente**

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos

apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como *“a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”*[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A gemação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. *“Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado,

apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser

imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o

sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

### **3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios**

Quadra 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”*[16]. 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 macrossistema, 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”*[17]. Quadra anotar 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 N° 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*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N° 3.551, de 04 de agosto de 2000[20], 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[21], 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 Celso Fiorillo[22], 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 inseridos 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.

#### **4 Breves Apontamentos à Proeminência do Inventário de Configuração de Sítios Urbanos**

De plano, cuida reconhecer que o artigo 216 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[23] estabelece, de maneira exemplificativa, os institutos e procedimentos a serem empregados em sede de tutela e salvaguarda do patrimônio cultural, comportando o alargamento do rol posto no texto constitucional. Nesta linha de exposição, quadra ponderar que o instituto do inventário não possui regulamentação infraconstitucional, de âmbito nacional, que estipule normas concernentes aos seus efeitos. Ao lado disso, não se pode olvidar que o Texto Constitucional estabelece que é competência concorrente da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, bem como dos Municípios dispor acerca de mecanismos e instrumentos para proteger e salvaguardar o patrimônio histórico, cultural, artístico, turísticos e paisagísticos.

Diante desse cenário, no qual se constata a omissão da norma infraconstitucional federal em estabelecer regramento que disponha acerca do inventário, na condição de instituto protetivo do patrimônio cultural, poderão os demais entes federativos legislar sobre a proteção e preservação de seus patrimônios culturais. Nesta senda, o inventário, na condição de instrumento de preservação e salvaguarda cultural, consiste na identificação das características, particularidades, histórico e relevância cultural, objetivando dispensar a proteção dos bens culturais materiais,

públicos ou privados, devendo-se, para tanto, adotar, no que tange à execução, critérios técnicos objetivos e alicerçados de natureza histórica, artística, arquitetônica, sociológica, paisagística e antropológica. Nesta toada, quadra primar que inventariar significa descrever, de maneira minuciosa, a relação e conjunto de bens culturais. “*O inventário, na seara patrimonial, é instrumento de conhecimento de bens culturais, seja de natureza material ou imaterial, que subsidia as políticas de preservação do patrimônio cultural*”[\[24\]](#).

Há que se destacar, assim, que o inventário dos bens culturais implica no levantamento minucioso e completo dos bens culturais, objetivando abarcar a diversidade de patrimônio existente. Insta anotar que o inventário é uma das atividades elementares para o estabelecimento e priorização de ações dentro de uma política volvida para a preservação e gestão do patrimônio cultural, notadamente quando há que se considerar que toda medida de proteção, intervenção e valorização do patrimônio cultural reclama o prévio conhecimento dos acervos existentes. Sobre a temática colocada em exame, Marcos Paulo de Souza Miranda, em seu magistério, explica:

Sob o ponto de vista prático o inventário consiste na identificação e registro por meio de pesquisa e levantamento das características e particularidades de determinado bem, adotando-se, para sua execução, critérios técnicos objetivos e fundamentados de natureza histórica, artística, arquitetônica, sociológica, paisagística e antropológica, entre outros. Os resultados dos

trabalhos de pesquisa para fins de inventário são registrados normalmente em fichas onde há a descrição sucinta do bem cultural, constando informações básicas quanto a sua importância histórica, características físicas, delimitação, estado de conservação, proprietário etc[25].

A essência do inventário é o de apreciar o bem, porquanto só se pode proteger aquilo que se conhece fundamentando, inclusive, um posterior pedido de tombamento. O pedido do tombado não é uma consequência imediata, sendo possível, após o estudo propiciado pelo instituto em comento, que determinado bem não seja passível de tombamento, o que mostra a incoerência de se atrelar ao inventário o efeito de restrição da propriedade. Prima sublinhar que a ausência de uma norma infraconstitucional regulamentadora do instituto do inventário não obsta o Poder Público utilizar-se de tal instrumento na condição de fonte de conhecimento dos bens culturais alvos da patrimonialização. De igual modo, é defeso falar em produção da insegurança jurídica, eis que o inventário encontra-se previsto constitucionalmente, afigurando-se como prática corriqueira dos órgãos da preservação do patrimônio. *“O que gerará turbulência no ofício dos gestores do patrimônio é a previsível relutância dos proprietários de imóveis a ser inventariados de abrir suas portas para o levantamento de dados desse bem cultural, o que já acontece com os proprietários de imóveis tombados”*[26]. Com propriedade, Miranda apresenta a seguinte distinção:

O Inventário e o Tombamento não se confundem.

Trata-se de instrumentos de efeitos absolutamente

diversos, embora ambos sejam institutos jurídicos vocacionados para a proteção do patrimônio cultural. O inventário é instituto de efeitos jurídicos muito mais brandos do que o tombamento, mostrando-se como uma alternativa interessante para a proteção do patrimônio cultural sem a necessidade Administração Pública de se valer do obtuso e, não raras vezes, impopular instrumento do tombamento[27].

Nesta linha, o tombamento, por mais que ainda sobrepuje os demais instrumentos elencados como mecanismos de preservação cultural, há muito não é destinado apenas à excepcionalidade. Com efeito, cuida pontuar que o inventário instrumentaliza o tombamento, não podendo, portanto, ser com ele confundido, eis que encerra aspectos característicos próprios. Ao lado disso, os bens inventariados devem, imperiosamente, ser conservados adequadamente por seus proprietários, eis que ficam submetidos ao regime jurídico específico dos bens culturais protegidos. Em igual sedimento, os bens inventariados somente poderão ser destruídos, inutilizados, deteriorados ou alterados por meio de prévia autorização do órgão responsável pelo ato protetivo, que deve exercer singular vigilância sobre o patrimônio inventariado. Olender, ao esmiuçar o instituto em comentário, explicita que:

Entendemos que, a partir do momento que, historicamente, o inventário se consolida, no Brasil, como aquilo que denominamos de “inventário de conhecimento ou de identificação” e que, nos últimos anos – principalmente a partir da própria atuação do

poder judiciário – começa, concomitantemente, a ser utilizado como sinônimo daquilo que na França é denominado de “inventário suplementar” nos cabe, para não incorreremos em uma confusão que será bastante prejudicial para o desenvolvimento das políticas e das práticas de preservação do patrimônio em nosso país, partir para uma melhor denominação das ações hoje empreendidas com este nome. Penso que possuímos, neste caso, duas opções: 1) manter-se a denominação de inventário para aquela ação que se já encontra há mais tempo consolidada e criando-se outra denominação para o citado “tombamento flexível”; ou 2) adjetivar, sempre, os dois tipos de inventário aqui apresentados, denominando-se aquele inventário que entendemos já consolidado como “inventário de conhecimento”, “inventário de identificação” ou “inventário de proteção” e o segundo tipo de “inventário para a preservação” (como faz a legislação baiana), ou “inventário de estruturação e de complementação” (como faz a gaúcha), ou algum outro termo que o diferencie do anterior. Só assim, poderemos contribuir para a resolução desta questão que, infelizmente, provoca um desacordo entre diversos e importantes agentes responsáveis pela preservação deste patrimônio[28].



Cuida mencionar, assim, no processo de preservação do patrimônio cultural, o instituto do inventário, como parte dos procedimentos de análise e compreensão da realidade, constitui-se na ferramenta elementar para o conhecimento do acervo cultural e natural. Ao lado disso, a realização do inventário com a participação a comunidade proporciona não somente a obtenção do conhecimento do acervo por ela atribuído ao patrimônio, mas, ainda, o fortalecimento dos seus vínculos em relação ao patrimônio. Verifica-se, assim, que, mesmo não havendo disposição infraconstitucional expressa sobre o instituto em comento, tal fato não obstaculariza a utilização do instrumento em comento pelo Poder Público, notadamente em decorrência da proeminente atenção reclamada pela tutela e salvaguarda de tal bem jurídico.

No que concerne ao Inventário de Configuração de Sítios Urbanos (INCEU), cuida apontar que tal instrumento visa a avaliação e a análise configurativa dos sítios históricos urbanos e seus entorno, entre outros casos, auxiliando a interpretação de dados relativos às características morfológicas dos conjuntos arquitetônicos, urbanísticos e paisagístico. Ao lado disso, insta explicitar que são registradas e analisadas, entre outras: informações sobre o relevo do solo, águas de superfície; vegetação; malha urbana e parcelamento em quadras e lotes, os elementos de sinalização; veículos de propaganda; mobiliário urbano; elementos de engenharia urbana e, na análise específica do conjunto de planos verticais do sítio considerado, a avaliação da composição de silhuetas externas e internas da área estudada.

**Referência:**

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 26 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto Nº 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 26 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 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 26 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.904, de 14 de Janeiro de 2009**. Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.906, de 20 de Janeiro de 2009**. Cria o Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM, cria 425 (quatrocentos e vinte e cinco) cargos efetivos do Plano Especial de Cargos da Cultura, cria Cargos em Comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Funções Gratificadas, no âmbito do Poder Executivo Federal, e dá outras

providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 26 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <[www.trf2.jus.br](http://www.trf2.jus.br)>. Acesso em 26 jul. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. O inventário como instrumento de preservação do patrimônio cultural: adequação e usos (des) caracterizadores de seu fim. **Revista CPC**, São Paulo, n. 16, p. 119-135, mai.-out. 2013. Disponível em: <<http://www.revistasusp.com.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

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

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em 26 jul. 2015.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista>>. Acesso em 26 jul. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

OLENDER, Marcos. Uma “medicina doce do patrimônio”. **Vitruvius**. a. 11, set 2010. Disponível em: <<http://www.vitruvius.com.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>. Acesso em 26 jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

**NOTAS:**

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 26 jul. 2015, s.p.

[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 ag. 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 26 jul. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

[7] *Idem*. **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](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 26 jul. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei N.º. 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 26 jul. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N.º 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução N.º 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 26 jul. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jul. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

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



[16] 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 26 jul. 2015, p. 15-16.

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

[18] 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 (nº 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 26 jul. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto Nº 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 26 jul. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

[23] BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jul. 2015: “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos,

documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. § 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. § 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. § 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”.

[24] CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. O inventário como instrumento de preservação do patrimônio cultural: adequação e usos (des) caracterizadores de seu fim. **Revista CPC**, São Paulo, n. 16, p. 119-135, mai.-out. 2013. Disponível em: <<http://www.revistasusp.com.br>>. Acesso em 26 jul. 2015, p. 121.

[25] MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista>>. Acesso em 26 jul. 2015.

[26] CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. O inventário como instrumento de preservação do patrimônio cultural: adequação e usos (des) caracterizadores de seu fim. **Revista CPC**, São Paulo, n. 16, p. 119-135,

mai.-out. 2013. Disponível em: <<http://www.revistasusp.com.br>>. Acesso em 26 jul. 2015, p. 124-125.

[27] MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista>>. Acesso em 26 jul. 2015.

[28] OLENDER, Marcos. Uma “medicina doce do patrimônio”. **Vitruvius**. a. 11, set 2010. Disponível em: <<http://www.vitruvius.com.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

## **O TRANSPORTE COLETIVO CLANDESTINO DE PASSAGEIROS - EXPLORAÇÃO, RESPONSABILIZAÇÃO E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL**

**LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO  
ALBUQUERQUE:** Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em  
Direito pela PUC/GO. Especialista em Direito do Trabalho e  
Processo do Trabalho pela UNIDERP.

### **INTRODUÇÃO E DESENVOLVIMENTO:**

O Transporte Coletivo de Passageiros   um serviço público, cuja configura o jurídica dos deveres e direitos para a explora o dessa atividade, indiscutivelmente, se apresenta como regime especial de concessão, disciplinado pela Lei 8.987/95, que constitui por sua própria natureza, legisla o específica, cujo núcleo primordial remonta a Constitui o Federal (artigo 175).

A gama de prote o, proporcionada pela Lei 8.987/95, torna a concessão ferramenta mais apta na transmissibilidade do serviço público, seja quanto   prevalência dos direitos dos usuários (art. 23, VI), ou quanto   fiscaliza o pela Administra o (art. 23, VII), às penalidades aplicadas aos concessionários (art. 23, VIII),   presta o de contas ao poder concedente (art. 23, XIII) e   publica o das demonstra es financeiras do prestador (art. 23, XIV), dentre outras.

### **DESENVOLVIMENTO:**

Particularmente sobre as penalidades, dispõe o artigo 29, inciso II, *in verbis*:

"Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais".

Nesse contexto, foram criadas as agências reguladoras, como no caso da AGR, cujo papel é o de poder concedente, estabelecendo as condições de transferência do serviço estatal, até então exercido como monopólio para a iniciativa privada.

A criação das agências especializadas ocorreu tanto nas esferas federais como estaduais, sendo a primeira formada com o objetivo de regular os serviços de rede de larga escala e os de interesse nacional, e a segunda, competente para regular todos os serviços concedidos ou permitidos pelos estados-membros e municípios, para a melhor adaptação às realidades regionais.

Diante desse cenário, no âmbito federal, foi criada a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, instituída pela Lei nº. 10.233/2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, que criou o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, dando outras providências.

Há que se destacar que a predita Lei nº. 10.233/2001 outorgou à ANTT a atribuição de regulamentar o serviço de transporte, no âmbito do direito administrativo, estabelecendo como legítimas a autuação, a apreensão, a retenção e a aplicação de multa por transporte irregular de passageiros como serviço remunerado no âmbito Federal e Estadual.

Ainda em nível nacional, o Dec. Lei nº. 2.521/98 continuou regendo a matéria, inclusive sobre as formas de penalidades por atos contrários às leis que disciplinam o setor, na mesma linha da referida Lei nº. 10.233/2001.

Já, no âmbito do Estado de Goiás, foi criada a Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização dos Serviços Públicos - AGR através da Lei nº. 13.550/99 e instituída pela Lei 13.569/99, que entre outras atribuições determina a competência ao órgão, para regulamentar e fiscalizar a prestação de serviços públicos atinentes ao transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros, no âmbito do Estado de Goiás.

Prosseguindo na esteira da legislação pertinente aplicável à espécie, há que destacar que, o Decreto 4.648/96, que dispõe sobre o Regulamento do Transporte Coletivo Rodoviário Intermunicipal, foi, por sua vez, recepcionado pela Lei nº. 13.569/99 supracitada (artigo 34), e continua regendo a matéria, haja vista seu conteúdo detalhado, capaz de dar efetividade aos preceitos estabelecidos na referida Lei.

Ciente dos riscos incidentes e/ou acidentes na exploração dos serviços de transportes públicos de forma inadequada, bem como dos graves transtornos às atividades dos usuários, podendo chegar até mesmo comprometer a saúde e vidas humanas, o Estado cuidou de editar a Lei 14.480/2003, que tem por objetivo estabelecer as penalidades aplicáveis àqueles que estiverem operando os serviços com negligência e imperícia, ou mesmo àqueles que estiverem executando-os, na informalidade, sem a devida autorização do poder concedente.

Posto isto, indiscutível se apresenta a configuração Jurídica dos direitos e deveres da Agência Goiana de Regulamentação, Controle e Fiscalização dos Serviços Públicos - AGR subordinados à Lei das Concessões. Há que se destacar que as Leis Estaduais que regem a matéria em discussão foram criadas pelo Estado, com estrita observância da legislação pertinente, especificamente editada para sua regência.

Relevante considerar que as Leis Estaduais nºs 13.569/99 e 14.480/2003, e o Decreto Estadual nº. 4.648/96, estão em perfeita consonância com a Lei Federal nº. 8.987/95, e em face do que define o dispositivo constitucional e infraconstitucional, ao excluir, em preceptiva sede de norma específica, a matéria em questão, cujo objeto obedece à diretriz e política próprias.

Não podemos nos esquecer dos fenômenos jurídicos da competência concorrente, prevista no artigo 24 da Constituição Federal, bem como do princípio da especialidade.

A prestação de serviços públicos reveste-se de muita seriedade e responsabilidade, e na transição dos monopólios estatais aos entes privados, deve-se ter sempre em mente o serviço a ser regulado, conforme o interesse público, assim como os princípios da autonomia e da especialidade.

É incontestável que no setor de prestação de serviços de transporte coletivo de passageiros, vigora uma política de maneira autônoma que revela, sem sombra de dúvida, pontos originais e extremamente peculiares. Ressai-se daí, um mínimo de ordenação, e para esta finalidade as Agências de Regulação foram criadas.

Nesta vertente, preleciona Hely Lopes Meirelles:

"O fato de tais serviços serem delegados a terceiros, estranhos à Administração Pública, não retira do Estado seu poder indeclinável de regulamentá-los e controlá-los, exigindo sempre sua atualização e eficiência, de par com o exato cumprimento das condições impostas para sua prestação ao público".



De outro modo, como evitar o perigo à integridade física dos usuários do transporte coletivo pela falta de habilidade dos motoristas? O "informalismo" desregrado ameaça o interesse coletivo, quando se sabe que a responsabilidade dos prestadores públicos é direta (objetiva), independente de apreciação da culpa pessoal do agente, (art. 37, § 6º da CF).

Fato é que o Constituinte, ao legislar sobre normas gerais, não excluiu a competência suplementar dos Estados membros, para exercer competência plena legislativa, no que concerne às peculiaridades da matéria, no âmbito de seu território. Infere-se, que a Constituição ao instituir a legislação concorrente, não adotou um procedimento centralizador, de exclusividade, com a conseqüente exclusão das demais entidades federativas.

Neste sentido, ensina o Ministro Celso de Mello que:

“A Constituição da República, nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24) estabeleceu verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal, daí resultando clara repartição vertical de competências normativas entre as pessoas estatais, cabendo, à União, estabelecer normas gerais (CF, art. 24, § 1º), e, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (CF, art. 24, § 2º), (...) deferiu ao Estado-membro e ao Distrito Federal, em inexistindo lei federal sobre normas gerais, a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que para atender as suas peculiaridades (CF, art. 24, § 3º)”

Isto posto, depreende-se que o Estado ao legislar sobre a matéria de delegação da exploração dos serviços de transporte coletivo de passageiros, enquanto legislação local, o fez buscando preencher os claros, aperfeiçoando a matéria revelada, na legislação especial, às peculiaridades e exigências estaduais, sem, contudo, desnaturar ou conflitar com àquelas contidas na respectiva Lei Federal (8.987/95).

De outro bordo, tomando por atenção o princípio da especialidade, é inconteste que a lei especial das Concessões prevalece sobre o Código de Trânsito. Trata-se de primazia constitucional na hierarquia das leis, que tem como pressuposto a existência de diferenças entre situações reguladas, e impõe-se como imperativo necessário à manutenção da lógica do sistema jurídico.

Na realidade, criam-se leis especiais, retiram-se blocos, matérias e situações do direito comum, para entregá-las a disciplina específica, quando em razão de peculiaridades e circunstâncias objetivas e subjetivas, merecem regulação especial.

Feitas essas considerações, chegamos ao ponto principal e certamente o mais polêmico da questão – Pode uma lei que regula matéria de transporte e trânsito disciplinar matéria de concessão de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros?

Nesse sentido, vale a pena recordar dois tópicos do ensinamento do grande juriconsulto que foi Carlos Maximiliano, o maior de nossos hermeneutas:

“De fato, o Direito especial abrange relações que, pela sua índole e escopo, precisa ser subtraídos ao Direito Comum. Entretanto, apesar desta reserva, constitui também por sua vez, um sistema orgânico, e, sob certo aspecto, geral; encerrará também regras e exceções. A sua matéria

é, na íntegra regulada de modo particular (...).”.

Tal como apontado acima, é juridicamente impossível submeter à delegação da exploração dos serviços públicos de transporte coletivo de passageiros à legislação de trânsito.

Efetivamente, o próprio Código de Trânsito, subtrai determinadas classes de matérias às suas regras porque de alcance limitado, aplicáveis apenas às relações especiais para que foram prescritas.

Nessa linha de raciocínio, a utilização do termo legislação específica referida no artigo 262, § 2º, Parágrafo 4º do artigo 270 e Parágrafo Único do artigo 271, todos do Código de Trânsito do Brasil, permite inferir que faz ele remissão a outras várias leis. Esse fato, por si só, é suficientemente revelador de que a matéria das Concessões, dada as suas especificidades tem regulação própria.

A propósito, dispõem os referidos artigos:

“Art. 262: O veículo apreendido em decorrência de penalidade aplicada será recolhido ao depósito e nele permanecerá sob custódia e responsabilidade do órgão ou entidade apreendedora, com ônus para o seu proprietário, pelo prazo de até trinta dias, conforme critério a ser estabelecido pelo CONTRAN.

§ 2º. A restituição dos veículos apreendidos só ocorrerá mediante o prévio pagamento das multas impostas, taxas e despesas com remoção e estada,

além de outros encargos previstos na legislação específica.”

“Art. 270. O veículo poderá ser retido nos casos expressos neste Código.

§ 4º Não se apresentando condutor habilitado no local da infração, o veículo será recolhido ao depósito, aplicando-se neste caso o disposto nos parágrafos do art. 262.”

“Art. 271. O veículo será removido, nos casos previstos neste Código, para o depósito fixado pelo órgão ou entidade competente, com circunscrição sobre a via.

Parágrafo único. A restituição dos veículos removidos só ocorrerá mediante o pagamento das multas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica.”

Destarte, investida de poder de polícia na fiscalização do transporte intermunicipal irregular como serviço remunerado, a Autarquia Estadual, nos termos do art. 1º da Lei nº. 13.569/99, por conseguinte, legítima a aplicação de multa aos infratores, consoante disposto nos arts. 2º e 3º da Lei nº. 14.480/03, respectivamente, que assim dispõe:

Art. 2º – Compete à Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos – AGR a fiscalização do

transporte clandestino intermunicipal de passageiros, nos termos desta Lei.”

“Art. 3o – Serão cominadas à pessoa física ou jurídica que realizar transporte clandestino intermunicipal de passageiros as seguintes sanções:

I – multa de R\$ 1.000,00 (mil reais);”

É cediço que a AGR é o ente responsável pela Regulação, Controle e Fiscalização do todos os serviços públicos diretamente explorados e aqueles delegados no âmbito do Estado de Goiás. Dentre eles, o serviço de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros. Referido assunto é disciplinado tanto pelas Leis 7.995/1975, 13.569/1999 e 14.480/2003, assim como pela Resolução nº. 005/2008 do Conselho de Gestão da AGR.

Assim sendo, atentando-se para o julgado acima transcrito, deduz-se que, pelo princípio da simetria, compete à AGR, no âmbito estadual, mais especificamente, no Estado de Goiás, fiscalizar e regulamentar a concessão, permissão e autorização de transporte de passageiros e, mais ainda, aplicar as penalidades estabelecidas, inclusive com a apreensão de veículo.

O ato de apreender veículo que esteja realizando transporte clandestino de passageiros de modo irregular não é ilegal e nem ilícito, visto que a apreensão não se dá como medida coercitiva para o pagamento das multas, mas sim pelo cometimento de flagrante ilícito administrativo, haja vista a infração ao regime de concessão de transporte, cuja liberação está condicionada à regularização da atividade junto ao poder concedente, bem como ao pagamento da multa e demais despesas feitas pelo poder público.

Portanto, não restam dúvidas de que compete Autarquia, no caso do presente estudo a AGR, no âmbito das suas atribuições, exercer o poder de polícia que lhe incumbe, fiscalizar e aplicar as penalidades cabíveis aos que transgridem o regulamento.

A competência para legislar sobre trânsito é da União, nos precisos termos do artigo 22, incisos IX e XI, da Lex Mater, sendo o Código Nacional de Trânsito, a lei federal disciplinadora do transporte nacional, impondo-se que as leis estaduais sobre o tema, estejam em consonância com este Diploma.

Nessa ótica, a apreensão bem que esteja exercendo irregularmente o transporte de passageiros bem como a multa aplicada administrativamente com base na Lei nº. 14.480/2003, em seu artigo 3º, inciso I, pela AGR, em decorrência da prática de transporte irregular de passageiros como serviço remunerado no âmbito Estadual é totalmente correta e válida. São atos tomados em nome da autoexecutoriedade, todos previstos em lei especial (8.987/95), com o objetivo de preservar a integridade da comunidade ou do interesse público.

### **CONCLUSÃO:**

Em razão do crescente volume de veículos clandestinos operando no transporte intermunicipal – não sendo preciso lembrar que, além da atuação fora da lei, estes veículos, na maioria das vezes, justamente por se furtarem da fiscalização, representam riscos para a segurança dos usuários – visando coibir esta situação, foi editada a lei 14.480/2003, de 16 de julho de 2003, que “Dispõe sobre a fiscalização do transporte intermunicipal clandestino de passageiros no Estado de Goiás”.

A lei 9.503/1997, em seu artigo 22, conferiu ao Executivo Estadual, em conformidade com o Código de Trânsito, o poder de apreender veículos irregulares, não cadastrados ou não autorizados pelo órgão competente ao exercício de atividade, bem como os que se encontram em desacordo com as exigências

da respectiva permissão ou concessão, além de aplicar multa aos mesmos, não constituindo ato ilegal ou inconstitucional, vez que o referido ato é decorrente do poder de polícia do Estado, sendo aplicado no intuito de reprimir o ato ilegal.

É preocupação do Estado atender aos requisitos de comodidade, conforto e bem-estar dos usuários que utilizam o transporte intermunicipal, vez que a exploração do serviço de transporte de passageiros, seja no âmbito municipal, estadual ou federal, por ser uma atividade pública, só pode ser operado por particular mediante concessão, permissão ou autorização, outorgado em função de processo licitatório, sujeito ao cumprimento das exigências regulamentares, que têm como condão principal proteger os usuários deste sistema.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

Hermenêutica e Aplicação do Direito. 10ª edição, 1988, Rio de Janeiro, pag. 228.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAPÁ**

**Nilze Aline Laranjeira dos Santos**

**PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL E O POSICIONAMENTO DO STF**

**MACAPÁ-AP  
2015**



**NILZE ALINE LARANJEIRA DOS SANTOS**

**PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL E O POSICIONAMENTO DO STF**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Colegiado Curso de Direito da Universidade Federal do Amapá como requisito parcial para obtenção do grau para Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. João Guilherme Lages Mendes

**Macapá-AP  
2015**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Biblioteca Central da Universidade Federal do Amapá

345.8106

S237p Santos, Nilze Aline Laranjeira dos.

Provas ilícitas no processo penal e o posicionamento do STF / Nilze Aline Laranjeira dos Santos; orientador, João Guilherme Lages Mendes. -- Macapá, 2014.

40 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Fundação Universidade Federal do Amapá, Coordenação do Curso de Bacharelado em Direito.

1. Provas ilícitas. 2. Processo penal. 3. Princípio da prova ilícita. 4. Brasil. Supremo Tribunal Federal. I. Figueira, Sérgio Sampaio (orient). II. Fundação Universidade Federal do Amapá. III. Título.

**LISTA DE SIGLAS**

CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
STF	Supremo Tribunal Federal

Dedico esta obra aos meus amados pais, Antônio e Madalena, minhas maiores fontes de inspiração, por todo amor, confiança e dedicação, responsáveis pela chegada deste momento.

Aos queridos amigos e familiares, pela força e incentivo.

Amo vocês.

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, quero agradecer a Deus pelo dom da vida, a partir do qual foi possível completar mais este ciclo.

À Universidade Federal do Amapá (UNIFAP) pela oportunidade de cursar esta graduação em Direito, responsável por me conceder importantíssimos ensinamentos jurídicos e de vida.

À Coordenação do Curso de Direito, em nome da Professora Mestre Helísia Góes, por sempre orientar e buscar as melhores soluções às questões levadas pelos acadêmicos.

Aos Professores do Curso de Direito da UNIFAP, responsáveis pela base do conhecimento jurídico que adquirimos nos últimos cinco anos.

Ao Professor João Guilherme Lages Mendes, pela atenção, disponibilidade e motivação com que conduziu a orientação desta Monografia.

Ao Professor Mestre Sérgio Sampaio Figueira, pelo apoio e auxílio constantes na produção do projeto desta pesquisa e no esclarecimento de todas as dúvidas a ele levadas.

Aos queridos amigos da Turma 2010, do Curso de Direito da UNIFAP, pela agradável companhia ao longo desses anos.

A todos, minha sincera gratidão.

## RESUMO

Este trabalho tem como intuito abordar a temática das provas ilícitas no processo penal, relatando sobre as opiniões doutrinárias e o posicionamento do STF sobre o assunto. Este tema é de extrema relevância para a proteção dos direitos e garantias individuais e objeto de inúmeras discussões não apenas no ordenamento jurídico brasileiro. Estando prevista de maneira expressa na Carta Magna de 1988, artigo 5.º, inciso LVI, a vedação da prova ilícita no processo penal, sendo que o julgador ao apreciar a prova ilícita, tem que julgar com outros direitos materiais, seja ele de natureza, civil, administrativa, comercial, bem como aqueles que afrontem princípios e normas constitucionais. Diante disso, foi feita uma interpretação a luz da doutrina e jurisprudência do STF no processo penal. Essa pesquisa apresenta uma construção histórica da evolução das provas ilícitas, bem como do princípio da proibição das provas ilícitas, dentro do mesmo contexto a diferença entre as provas ilícitas e ilegítimas, e aborda dois pontos de discussão que é a prova ilícita por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada) e a teoria da proporcionalidade. Trabalhando a prova ilícita no processo penal extraída dos julgados da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, objetivado aproximar o conhecimento teórico desse estudo com o que vem sendo decidido pelos tribunais.

**PALAVRA-CHAVE:** Prova Ilícita. Processo Penal. Princípio da Proibição da prova ilícita. Supremo Tribunal Federal

### ABSTRACT

This work has the intention to address the issue of illegal evidence in criminal proceedings, reporting on the doctrinal views and the position of the Supreme Court on the subject. This theme is very important for protection of individual rights and guarantee and numerous discourses object not only in the Brazilian legal system. Is planned so expressed in the Constitution of 1988, Article 5, paragraph LVI, the sealing of illegal evidence in criminal proceedings, and the judge in assessing the illegal evidence has to judge other material rights, be it nature, civil, administrative, commercial as well as those who affront principles and constitutional requirements. Thus, an interpretation in the light of doctrine and jurisprudence Supreme Court in criminal proceedings was made. This research presents a historical construction of the development of illegal evidence, as well as the principle of prohibition of illegal evidence, within the same context the difference between illegal and illegitimate evidence, and addresses two points discourse which is the illegal evidence by derivation (theory fruit of the poisoned tree) and the theory of proportionality. Working the illegal evidence in criminal proceedings extracted Justice of the jurisprudence of the Supreme Court, objectified approach the theoretical knowledge this study with what has been decided by the courts.

**KEYWORD:** Try Ilícita. Penal Process. Princípio from proibição to test ilícita. Supremo Tribunal Federal.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>1</b>	<b>CONTEXTO HISTÓRICO SOBRE A EVOLUÇÃO DO SURGIMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS</b>	<b>11</b>
1.1	A EVOLUÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO BRASIL	16
<b>2</b>	<b>PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO BRASIL</b>	<b>18</b>
2.1	DIFERENÇA ENTRE PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA	20
2.2	PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO (TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA)	23
2.3	TEORIA DA PROPORCIONALIDADE	27
<b>3</b>	<b>POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) A RESPEITO DO TEMA</b>	<b>30</b>
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>37</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>39</b>



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como intento tratar da questão da inadmissibilidade das provas ilícitas no Direito Processual Penal Brasileiro, bem como sua evolução histórica, e a jurisprudência do STF em relação ao tema.

A Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º, inciso LVI, dispõe que: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, e assevera no artigo 157, caput, do Código de Processo Penal, o qual atribui que: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas Constitucionais ou legais”.

Com o advento da Lei n. 11.690 de 2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, inserido também três parágrafos, tendo como objetivo regulamentar a aplicação da disposição constitucional.

Atualmente, a vedação processual da prova ilícita foi a melhor solução encontrada pelas cortes constitucionais para a proteção dos direitos e garantias fundamentais, que não podem ceder nem mesmo diante do interesse estatal na obtenção de provas, uma tutela destinada a assegurar os direitos e garantias constitucionais.

Neste contexto, surgiu o Projeto de Lei n. 156 de 2009, aprovado no Senado Federal, que propõe um novo Código de Processo Penal para o Brasil e, na sua referida proposta legislativa disciplina a questão das provas ilícitas em um único artigo. A preocupação do projeto foi de não afastar a previsão normativa do art. 5.º, LVI, limitando a incluir referência expressa no *caput*, à prova ilícita por derivação, provas obtidas, direta e indiretamente, por meios ilícitos e, ainda, ao arquivamento sigiloso em cartório da prova declarada inadmissível.

O fundamento teórico desta pesquisa referente às provas ilícitas no processo penal e o entendimento da jurisprudência do STF, e buscou apresentar os fundamentos jurídicos propostos.

Em presença disso, o objetivo geral foi analisar a prova ilícita no processo penal á luz da previsão normativa doutrina e jurisprudência do STF, apresentar as correntes doutrinárias formadas em torno do assunto proposto. Enquanto que os objetivos específicos foram:

a) compreender o contexto histórico da evolução do surgimento das provas ilícitas no direito comparado e no direito Processual Penal Brasileiro.

b) identificar o princípio constitucional do direito a prova no direito nacional que garantem as partes o direito necessário à prestação da tutela jurisdicional adequada e justa.

c) analisar a temática do uso da prova ilícita no processo penal extraídos da pesquisa da jurisprudência do STF, de modo a aproximar a abordagem teórica com que vem sendo decidido na prática pelos tribunais.

Para alcançar os objetivos propostos, realizou-se uma abordagem qualitativa, com enfoque interpretativo-compreensivo, utilizando-se como procedimento técnico, a pesquisa bibliográfica, já que se desenvolveu com base em material já elaborado, constituído de livros e artigos científicos.

O tema proposto encontra-se dividido em três partes:

No primeiro capítulo, discorre sobre o contexto histórico da evolução do surgimento das provas ilícitas, desde a Constituição Estrangeira até o processo penal brasileiro.

No segundo capítulo, fala sobre o princípio da proibição das provas ilícitas no Brasil, as diferenças entre a prova ilícita e ilegítima, a prova ilícita por derivação (*fruits of the poisonous tree*) e, a teoria da proporcionalidade.

No terceiro capítulo, discute-se especificamente como vem se posicionando nos últimos anos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação às provas ilícitas.

Dessa forma a presente pesquisa pretende contribuir para disponibilização de consultas aos acadêmicos, e principalmente para própria Universidade Federal do Amapá. Além de formar discussões sobre o assunto proposto e, contribuir para evolução do pensamento jurídico, no campo do direito Processual Penal Brasileiro.

## 1 CONTEXTO HISTÓRICO SOBRE A EVOLUÇÃO DO SURGIMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS

No final do século XVIII, surgiram dois documentos de imensa importância para História do Direito: a Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França (1789).

Ambos os documentos são frutos de movimentos revolucionários, com base em ideais iluministas. E como tais, tiveram como seu mais relevante ponto em comum a exposição dos direitos essenciais da pessoa, concretizando a ideia de que a Lei Maior de um Estado não deve apenas regular a estrutura política e administrativa do mesmo, mas também elencar os direitos e garantias fundamentais que deverão ser protegidos pela ordem jurídica (ANDRÉ, 2014, p. 5,6).

Com o decorrer dos anos, em quase todas as Constituições dos países foi seguido os dois modelos francês e americano que, pretenderam criar um Estado Democrático de Direito.

No entanto, em nem uma dessas Cartas Magnas continham em seu ordenamento qualquer disposição que chegasse tornar esses atos inválidos, que violassem algum direito previsto na lei, conforme aduz André (2014, p. 6):

No caso de uma prova ilícita, por exemplo, considerando que estas foram obtidas por meios inconstitucionais, evidentemente os agentes responsáveis pelo ato ilícito seriam punidos mediante as regras de direito material, no entanto, permaneceria a lacuna com relação à admissibilidade processual da mesma.

Em virtude desta lacuna constitucional, começou a surgir à ideia da exclusão de ilicitude no processo.

Nessa ordem jurídica, na aplicação dessa tese foi a dos EUA, cuja jurisprudência, já no início do século XIX, vinha se posicionando no sentido de desconsiderar no processo as provas obtidas por meios ilícitos.

Concretizava-se, assim, a chamada Teoria da *Exclusionary Rule*, segundo a qual a invalidação dos efeitos dos atos produzidos com violação aos direitos consagrados era regra implícita da própria Corte (ANDRÉ, 2014, p. 6).

Isso aconteceu em 1886, quando a Suprema Corte Americana, apreciando o caso, BOYD. v. US. Entendeu que, para que se aplicasse a *Exclusionary Rule*, seria necessário

que, na ocasião da obtenção do material probatório em tela, ocorre violação à Quarta e à Quinta Emenda. Isto é, se, apesar de desrespeitados outros dispositivos constitucionais, não houvesse ofensa a nenhuma das citadas emendas, ou ainda que ofendida apenas uma delas, a prova poderia ser aproveitada (ANDRÉ LEÃO, 2014, p. 6)<sup>1</sup>.

Conforme Fisher (1976), Case Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886), was a decision by the United States Supreme Court, in which the Court held that “a search and seizure was equivalent to a compulsory production of a man's private papers” and that the search was “an 'unreasonable search and seizure' within the meaning of the Fourth Amendment<sup>2</sup>.”

A Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, protege contra a invasão em assuntos particulares de uma pessoa, não iria permitir que o governo obrigasse a pessoa a produzir documentos privados através de intimação.

Passando quase três décadas após o Caso Boyd, a mesma corte mudou seu posicionamento ao julgar em 1914 o caso Weeks, senão vejamos:

Em 1914, no caso Weeks versus United States, a Suprema Corte norte-americana estabeleceu que o “princípio da exclusão” era aplicável aos processos federais. Nesse caso específico, àquela Corte Suprema decidiu que prova violadora da IV Emenda por “policiais federais” seria banida de um processo federal (AMARO JUNIOR, 2013, p. 9).

Conforme By White Court (1912-1914), case Weeks. v. US.

Facts: Police entered the home of Fremont Weeks and seized papers which were used to convict him of transporting lottery tickets through the mail. This was done without a search warrant. Weeks took action against the police and petitioned for the return of his private possessions. In a unanimous decision, the Court held that the seizure of items from Weeks'

---

<sup>1</sup>A **Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos** assegura aos norte-americanos o direito de permanecer calado e evitar assim a autoincriminação, assim como a proteção contra buscas e apreensões descabidas. É comum os americanos invocarem a Quinta emenda quando se encontram perante agentes da administração que estão cometendo arbitrariedades ou abuso de poder. Ela não é válida quando se trata de esfera militar em tempos de guerra ou em casos de risco à segurança da população. A **Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos** é a parte da Declaração de Direitos que guarda contra buscas e apreensões. A emenda exige pesquisa e mandados de prisão a ser judicialmente autorizados, devendo estar apoiados por causa provável. Foi adotada em resposta ao abuso do mandado de assistência, que é um modelo de mandado de busca geral, na Revolução Americana. Busca e apreensão deve ser limitada de acordo com informações específicas fornecidas ao órgão emissor, geralmente por um oficial da lei. (J. A. S. Ferreira, 2012, Wikipédia).

<sup>2</sup>O Caso Boyd v. United States, 116US616 (1886), foi uma decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, em queo Tribunal considerou que"abusca e apreensão foi equivalente para a produção obrigatória de papéis privadosde um homem" e que a pesquisa foi "uma 'busca e apreensão injustificadas, na acepção da Quarta Emenda", trad. pessoal.

residence directly violated his constitutional rights. The Court also held that the government's refusal to return Weeks' possessions violated the Fourth Amendment. To allow private documents to be seized and then held as evidence against citizens would have meant that the protection of the Fourth Amendment declaring the right to be secure against such searches and seizures would be of no value whatsoever. This was the first application of what eventually became known as the "exclusionary rule"<sup>3</sup>.

De acordo com Avólio (2012, p.44), na doutrina norte-americana Fleming condenava a supressão da prova ilicitamente obtida, que não poderia ser afastada à custa de castigo à polícia pelo seu mau comportamento; e Wigmore entendia que a regra de exclusão levava a considerar o oficial da lei demasiado zeloso um perigo maior para comunidade do que o próprio assassino sem castigo; e para o juiz Cardoso, a prova obtida ilicitamente deveria ser válida e eficaz, sem prejuízo das sanções cabíveis aos responsáveis-policiais ou particulares-por sua obtenção.

Esses autores, extremamente devotados à concepção da busca da verdade real, colocavam a reconstrução da realidade como princípio inspirador do processo, argumentando prescindir de provas formalmente corretas pela tão só existência de fraude em uma obtenção seria prescindir voluntariamente de elementos de convicção relevantes para o justo resultado do processo.

André (2014, p. 6,7), menciona que além do sistema americano, o ordenamento jurídico alemão foi também um dos primeiros a aplicar a tese de não aproveitamento processual das provas obtidas ilicitamente, mais conhecida no cenário acadêmico alemão como teoria das *Beweisverbote*. O autor Ernst Beling, foi o pioneiro na discussão sobre esse assunto, publicando em 1903 a obra *Die beweisverbote als grenzen der wahrheitsforschung im strafprozess*. Apesar das semelhanças entre a teoria das *Beweisverbote* e a *Exclusionary Rule* americana, os dois institutos não se confundem. Pois, enquanto esta busca limitar as atuações abusivas das autoridades policiais, a tese germânica, surgida essencialmente em meio acadêmico, foi desenvolvida com base na própria ideia de proteção dos direitos fundamentais.

---

<sup>3</sup>O Caso Weeks. v. US. Fatos: A polícia entrou na casa de Fremont e apreendeu documentos que foram utilizados para condená-lo por transportes de bilhetes de loteria através do correio. Isso foi feito sem mandado de busca e apreensão. Semanas depois Fremont tomou medidas contra a polícia e pediu para o retorno de seus bens particulares. Em uma decisão unânime, o Tribunal considerou que a apreensão de artigos da residência dos Weeks violou diretamente seus direitos constitucionais. O Tribunal considerou ainda que a recusa do governo para devolver os bens violou a Quarta Emenda, que declara o direito de ser protegido contra essas buscas e apreensões seria de qualquer valor. Esta foi a primeira aplicação do que viria a ser conhecida como a "regra de exclusão", trad. pessoal.

Neste sentido Lima (2013, p. 2), aduz que o processo penal de um estado de direito é ao mesmo tempo pressuposto necessário à eventual aplicação da pena e limitador do arbítrio. Nesse diapasão, conforme já afirmou o BGH alemão a busca pela verdade não pode ocorrer a qualquer custo, de modo que a produção de provas tem de ocorrer com certos limites.

Antônio (2010, p. 403), afirma que em relação à prova proibida: entende o BGH, por exemplo, que se o acusado é confrontado com o resultado de uma gravação ilícita, as declarações daí resultantes não podem ser valoradas como prova; mas, se nas mesmas condições, menciona fatos novos, estes já não constituem prova ilícita. Em sentido contrário, segundo informa Gossel, o tribunal tem reconhecido um efeito à *distância* (*fernwirkung*) em casos de interceptação telefônica quando, através de uma operação autorizada para apuração de um dos crimes catalogados, descobre-se uma prova de outro crime, não relacionando entre os que admitem a interceptação.

Nessa concepção a doutrina e jurisprudência alemã, não tem- se manifestado contra o chamado efeito à *distância* (*fernwirkung*) em relação à prova proibida.

Como menciona Avólio (2012, p. 49), a decisão de 1954 do *Bundesgerichtshof* permite corrigir desvios semelhantes, ao enunciar o seguinte princípio geral: “O direito do homem à tutela da sua dignidade e ao livre desenvolvimento da própria personalidade deve ser respeitado por qualquer pessoa, mesmo pelos outros membros da sociedade”.

Com o advento dessa nova decisão, chegaram-se as premissas da valoração das provas ilícitas nas causas penais.

De acordo com Custódio (2011, p. 5,6), na Alemanha, o direito das partes de propor os meios de prova adveio de uma decisão (*rechtliches Gehor*) de 1957 atinentes de um procedimento civil de natureza inquisitória. Na referida decisão ressaltou-se que o poder atribuído ao juiz de produzir provas *ex officio* não exclui um direito autônomo das partes de propor meios de provas.

Posteriormente, novamente na jurisprudência da corte federal alemã, evoluiu-se para o princípio que leva em conta a relevância da prova a ser produzida em juízo. De acordo com esse princípio formulado, caso a prova indicada pela parte fosse essencial para comprovação das alegações levadas em juízo, o magistrado teria a obrigação de receber e tomar conhecimento dos conhecimentos probatórios ofertados pelas partes.

Avólio (2012, p. 46,47), menciona que a Corte Constitucional Italiana, na maior parte da doutrina rechaçava em prol da admissibilidade das provas ilícitas. Vescovi principiava por negar o conflito entre o interesse privado da defesa de um direito violado

com a obtenção da prova ilícita e o superior interesse público a ser atingido através do processo. Situava o conflito assim, entre dois interesses públicos diversos: o da Justiça, pela busca da verdade e o do respeito aos direitos fundamentais. Acentuava que o processo não se resume a uma disputa, na qual triunfa o mais hábil, forte ou poderoso, mas num instrumento que tende a consagrar uma conduta valiosa, conforme a regra moral e os princípios da lealdade e da probidade.

E na mesma definição aduz que:

Nuvolone criticava a posição de Cordero, segundo o qual a ilicitude da prova não a torna inadmissível, salvo se esta for em si mesma inadmissível, ou se ocorre uma violação a norma processual, mas reconhece sua engenhosidade. Ressaltava que o ordenamento jurídico não está constituído em compartimentos estanques, e, portanto, os institutos processuais recebem sua qualificação também de outros ramos do direito. Após indicar que a idolatria ao princípio do livre convencimento nessa matéria tem dado lugar a resultados aberrantes, concluía energeticamente que a prova ilegal não pode ser utilizada no processo.

Em relação à Constituição da Republica Portuguesa de 1976, Avólio (2012, p. 54) menciona que: exemplo da Lei fundamental germânica tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º), a par de considerar inviolável a integridade moral e física das pessoas (art. 25). Ao tratar das garantias do processo criminal, é expressa ao dispor sobre as provas nulas, em seu artigo 32. 8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Por sua vez, o vigente Código de Processo Penal (Lei 48/2007, de 29 de agosto) cuida amplamente das provas nulas no tópico dedicado aos “métodos proibidos de prova”.

E em relação à entrada em vigor do Código de Processo Penal Italiano de 1988, dada sua previsão expressa. Em relação às provas ilícitas, encontra-se determinada pelo seu art. 191, sob a rubrica de “Prove illegittimamente acquisite”, dispõe:

1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate<sup>4</sup>.

2. L’inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in stato e grado del procedimento<sup>5</sup>.

Neste sentido Avólio (2012, p. 47,48), afirma que tal preceito, em sua primeira parte, vem ao encontro do pensamento de Cordeiro, que somente reputa possível dessumir a

---

<sup>4</sup>1. As provas obtidas em violação da proibição de estabilidade por lei, não pode ser usada.

<sup>5</sup> 2. A usabilidade também é vista na repartição do estado e no nível do processo, trad. pessoal.

inutilizabilidade da prova ilícita diretamente do ordenamento processual. Mas não se pode perder de vista, com a normatização da regra de exclusão, que o ordenamento jurídico é uno, sem compartimentos estanques. Assim, se a regra era dessumida do sistema, no momento em que a ele se incorpora, deve, naturalmente, a ele se harmoniza. A instituição da regra de exclusão só vem reforçar a posição da doutrina italiana pela inadmissibilidade da prova ilicitamente adquirida, que não deve, contudo, ser entendida em termos absolutos.

### 1.1 A EVOLUÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO BRASIL

No Brasil, antes do surgimento da Constituição de 1988, apesar de não existir disposição Constitucional sobre o assunto, a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas já eramotivo de discursões doutrinarias e jurisprudenciais, especialmente em âmbito criminal.

Nesse sentido, Canudo Mendes de Almeida, citado por MAGALHÃES (2013, p. 394), assevera:

todos os gêneros e espécies de prova podem ser objeto de investigação. E devem ser sempre que necessários à descoberta da verdade. A limitação da liberdade investigatória só é admissível quando a discricão e arbítrio policiais possam representar uma injusta lesão a direitos individuais e suas garantias. Por isso, cerceia-se, mui justamente, a liberdade de investigação, quando, por exemplo, envolva invasões domiciliares, buscas e apreensões forçadas, detenções prolongadas (...).

Conforme destaca André (2014, p. 8), buscava-se analisar o temada prova à luz da legislação infraconstitucional, mais especificamente por meio de sistema de nulidades constante do Código de Processo Penal (art. 563 e seguintes), bem como através de aplicação analógica do art. 332 do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Destarte, interpretando-se por exclusão, os meios ilegais e os moralmente ilegítimos não seriam hábeis para provar a verdade dos fatos.

Na mesma interpretação destaca Maíra (2005, p. 23):

Referido dispositivo, ante o fato de também ter aplicação em sede penal, possibilitaria às partes lançar mão de qualquer meio de prova, ainda que não estabelecido pelo ordenamento jurídico, havendo de ser ressaltado que os meios de prova inominados ou atípicos haveriam de ser moralmente legítimos. Este já era o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante mesmo antes do surgimento da Constituição de 1988, de modo



que se entendia pela proibição da prova, em sede processual penal, que contrariasse os preceitos morais dominantes. Assim, o Supremo Tribunal Federal, chamado a manifestar-se sobre a questão, veio a repudiar as interceptações telefônicas clandestinas, quer em matéria cível, quer em âmbito penal, como já demonstrado acima.

Com a entrada em vigor da Lei Maior de 1988, art. 5º, LVI, ingressou nos autos do processo das provas obtidas por meios ilícitos.

Esses direitos e garantias fundamentais, conforme aduz MAGALHÃES (2010, p. 397, 399), “Trata-se de cláusula que reproduz a ideia desenvolvida pela jurisprudência constitucional norte-americana, no sentido de que somente a vedação absoluta do ingresso no processo da prova resultante de violação dos direitos fundamentais pode servir de obstáculo eficaz às práticas ilegais para sua obtenção”.

Desde a década de 90 do século passado, diversas propostas legislativas foram apresentadas ao Congresso Nacional visando à reforma de dispositivos do Código de Processo Penal, inclusive com o sentido de estabelecer uma disciplina mais minuciosa da vedação probatória introduzida pela Constituição de 1988. Essa modificação somente veio a ocorrer em 2008, com a edição da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art.157 do CPP, nele também três parágrafos, com o objetivo de regular a matéria.

Mesmo com o advento da Lei 11.690/2008, o Código de Processo Penal ainda possui alguns aspectos negativos em fase de adaptação ao novo ordenamento jurídico e nos avanços tecnológicos, e conforme aduz NORBERTO, (2013, p. 439):

Na atualidade, é preciso ter em mente que a regulamentação dos meios de prova existente no Código de Processo Penal **não é taxativa**, podendo ser aceitos **meios de provas atípicas ou inominados**, vale dizer, sem regulamentação expressa em lei, amplitude esta que se justifica na própria busca da verdade real que, sempre, será o fim do processo penal.

Enfim, desde que não importe em violação à Constituição Federal e às normas processuais gerais, essa categoria de provas despida de regulamentação própria terá, em tese, o mesmo valor das provas consideradas típicas ou nominadas (objeto de regulamentação legal), ou seja, um valor relativo, condicionado ao **exame conjunto** dos elementos de convicção incorporados ao processo.

## 2 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO BRASIL

A CRFB de 1988 consagrou como um de seus princípios mais importantes o da Proibição das provas ilícitas, que encontra-se inserido no art. 5º, LVI, o qual prescreve: “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A vedação às provas ilícitas configura-se em uma garantia individual do cidadão em qualquer tipo de processo, seja ele processo civil, processo administrativo, processo tributário ou processo penal, todo tipo de processo em que confrontar-se, Estado e particular ou particular e particular.

O conceito de prova sofreu várias modificações no decorrer dos tempos, bem como os meios de se provar os fatos, mas o principal objetivo da prova ainda é trazer a verdade ao julgador.

Assim, em síntese, a prova consiste na demonstração da existência ou veracidade daquilo que se alega em juízo. Neste contexto, FERNANDO (2012) aduz, o termo prova origina-se do latim *-probatio-*, é um conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, art. 156, I e II, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), com o propósito de levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, falsidade ou veracidade de uma afirmação, ou seja, é todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

Sobre prova, na lição de Paulo (2013, p.451), é “o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa”.

Nucci (2013, p.25), entende que:

Existem três sentidos para o termo prova: a) como ato: é o processo pelo qual se verifica a exatidão do fato alegado pela parte (ex.: fase da prova); b) como meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) como resultado: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

A prova é um dos instrumentos mais importantes dentro de um direito de defesa, pois visa à construção de fatos passados para convicção do julgador e assegura a prestação judicial. Podendo a prova ser considerada como a “alma do processo”, por ser o meio pelo qual o juiz esclarece os fatos com a finalidade de constituir sua convicção.

Para tanto, nem todos os meios de prova são admitidos para qualificar essa convicção. De acordo com o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, é absolutamente inadmissível no ordenamento jurídico pátrio a validade de provas obtidas por meio ilícito.

Na atual ordem jurídica, a nossa Carta Magna vedou as provas ilícitas no processo, predomina o entendimento de que, não se admite no direito brasileiro e, em qualquer tipo processo, a utilização de provas obtidas ilicitamente.

A vedação a prova ilícita no que aduz sobre os direitos e garantias fundamentais constitui um dos pilares da proteção constitucional à honra, à intimidade e à integridade física do cidadão, impondo a total observância as suas clausulas.

Este princípio limita o direito à prova, o qual é corolário do direito de ação, defesa e contraditório, também garantidos pela Carta Magna (art.5º, LV), conforme aduz André, (2014, p. 3):

De modo a regulamentar a sua utilização, a legislação processual prevê uma boa quantidade de meios de prova, isto é, de recursos através dos quais as provas são trazidas ao processo, tais como depoimentos, perícias e interrogatórios. No entanto, não há uma enumeração taxativa dos meios de prova que poderão ser utilizados no processo, até mesmo porque isso seria impossível para o legislador tendo em vista a imensa variedade de formas pela qual se pode provar um fato.

Conforme menciona a maioria dos doutrinadores a prova obtida por meios ilícitos não pode ser admitida no processo, senão vejamos:

Rangel (2013, p. 461), menciona que a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito, que **não admite** a prova do fato e, conseqüente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na Constituição são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o direito positivo, como no passado. Hodiernamente, o grande embate é entre normatividade e efetividade dos direitos previstos na Constituição, ou seja, estão previstos, disciplinados, consagrados (normatizados), mas não são garantidos, aplicados, concedidos (efetivados).

Renato Lima (2013), afirma que: “Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, em prol do ideal maior de um processo justo, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos”. E assevera que o Estado não pode se valer de ilícitos violadores de direitos, comprometendo assim a legitimidade de todo o sistema punitivo.

Para Távora (2010, p. 350), seria impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, onde os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas. O Estado precisa ser sancionado quando viola a lei. Assegura a imprestabilidade das provas colidas em desrespeito à legislação é frear o arbítrio, blindando as garantias constitucionais, e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo.

## 2.1 DIFERENÇA ENTRE PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA

A CRFB de 1988 prever a inadmissibilidade da utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, inc. LVI), mas não consta no texto constitucional qualquer conceito de provas ilícitas, muito menos regramento legal acerca das consequências de sua utilização no processo.

A prova será proibida ou ilegal sempre que for obtida com violação a norma de natureza material ou com afronta a norma de natureza processual. Desse modo pode a prova proibida ser ilícita ou ilegítima.

Pode-se distinguir a prova proibida em duas espécies, a saber: as provas ilícitas e as provas ilegítimas. Tal distinção advém do momento em que ocorre a ofensa ao direito, que pode ser verificado no momento da coleta da prova, no qual viola regras de direito material ou quando é introduzida no processo, violando normas processuais.

Assim a doutrina nacional se baseia na lição do Italiano Pietro Nuvolone para conceituar prova ilegal e, distinguir as provas obtidas por meios ilícitos daquelas obtidas por meios ilegítimos.

Neste sentido a doutrina nacional tem empregado a distinção proposta por Ada Pellegrini Grinover, citado por Badaró (2012), com base em Nuvolone, considera que as provas contrárias à lei pertencem ao gênero das **provas ilegais**, que, por sua vez, se dividem em duas espécies: **provas ilegítimas** e **provas ilícitas**. As provas ilegítimas são aquelas produzidas com a violação de normas processuais (p. ex.: oitiva de uma testemunha, sem dar às partes o direito de perguntas). As provas ilícitas são obtidas com a violação de normas de direito material ou de garantia constitucional (p. ex.: um “grampo telefônico” ilegal).

A distinção, proposta por Nuvolone e acolhida na doutrina entre provas ilícitas e provas ilegítimas:

a) Provas ilícitas: violam direito material, a ilegalidade ocorre no momento da obtenção da prova, são inadmissíveis no processo (não podem ingressar nos autos e, se isso ocorrer, devem ser desentranhadas dos autos).

b) Provas ilegítimas: violam direito processual, a ilegalidade ocorre na fase de produção da prova, são nulas (e, por isso, a sua produção pode ser renovada, atendendo-se, então às regras processuais pertinentes).

Dessa forma a prova será considerada ilegal sempre que sua obtenção for por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. A prova obtida por meio ilegal deve funcionar como gênero, no qual são espécies as provas obtidas por meios ilícitos e as provas obtidas por meios ilegítimos.

Entretanto para Renato Lima, 2013 consideram-se provas ilícitas e ilegítimas as que:

[...] ilícita quando for obtida através da violação de regra de direito material (penal ou constitucional). Portanto, quando houver a obtenção de prova em detrimento de direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo, a prova será considerada ilícita. [...] ilegítima quando obtida mediante violação à norma de direito processual.

Sobre a diferença da prova ilícita e ilegítima no processo, Paulo Rangel, 2013 afirma;

São provas ilícitas as obtidas com violação ao domicílio (cf. art. 5º, XI, da CRFB) ou ao sigilo das comunicações telefônicas, sem ordem judicial (cf. art. 5º, XII, da CRFB c/c art. 1º da Lei nº 9.296/1996); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (cf. art. 5º, III, da CRFB). São provas ilegítimas, v.g., as obtidas com violação ao disposto no art. 207 c/c 210 c/c 226 c/c § 2º do art. 243, todos do CPP.

Para Rangel (2013), além dessa classificação, ainda teríamos as chamadas provas irregulares, que seriam aquelas permitidas pela legislação processual, mas na sua produção as formalidades legais não são atendidas. “...serão irregulares. Exemplo: a busca e apreensão domiciliar é permitida (cf. art. 5º, XI, da CRFB c/c art. 240 do CPP), mas o mandado deve conter todos os requisitos legais exigidos no art. 243 do CPP. Se no mandado constar que o objeto a ser apreendido é uma arma de fogo, não poderá ser apreendida uma camisa suja de sangue nem qualquer outro instrumento que não conste do mandado, sob pena de colheita de prova irregular. Do contrário, de nada vale a regra constitucional da inviolabilidade do domicílio”.

Em regra a doutrina se refere a duas modalidades de provas proibidas, as ilícitas e as ilegítimas. Por muito tempo se convencionava que as provas ilícitas seriam aquelas que violariam normas jurídicas materiais e as provas ilegítimas violam as normas de direito processual.

Para Scarance (2012), o grande problema tem consistido em saber, se devem ser aceitas no processo as provas ilícitas quando, no ordenamento processual, inexistente norma que declare a sua inadmissibilidade. Formam-se a respeito dessa questão quatro correntes fundamentais. Vejamos:

- 1.<sup>a</sup>) a prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem produziu a prova pelo crime eventualmente cometido (Cordero, Tornaghi, Mendonça Lima);
- 2.<sup>a</sup>) o ordenamento jurídico é uma unidade e, assim não é possível consentir que uma prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, possa ser aceita no âmbito processual (Nuvolone, Frederico Marques, Fragoso, Pestana de Aguiar);
- 3.<sup>a</sup>) é inadmissível a prova obtida mediante violação de norma de conteúdo constitucional porque será inconstitucional (Cappelletti, Vigoriti, Comoglio);
- 4.<sup>a</sup>) admite-se a produção da prova obtida mediante violação de norma constitucional em situações excepcionais quando, no caso, objetivava-se proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova e também constitucionalmente protegidos (Baur, Barbosa, Moreira, Renato, Maciel, Hermano, Duval, Camargo, Moniz, Aragão).

O Projeto Lei 4205/2001, sancionado em 10 de junho de 2008 a Lei nº 11.690/2008, deu nova redação ao art. 157 do Código de Processo Penal, que ao nosso entender deu por encerrada a distinção entre prova ilícita e ilegítima, unificando dando ao termo “provas ilícitas”, senão vejamos:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. §2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. §3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. § 4º (VETADO). (grifo nossos)

Amaro, (2013, p. 7) aduz que: “[...] não há mais qualquer importância se a norma violada é de direito material ou processual. Assim havendo violação as normas “constitucionais ou legais” em uma prova ou meio de obtê-la esta serão consideradas ilícitas. O mais correto, dentro da ampla abrangência buscada na nova redação do art. 157, seria de nominar de normas constitucionais e infraconstitucionais, as normas passíveis de serem violadas pelos expedientes probatórios adotados pelas partes”.

Cabe ressaltar a referência ao tratamento dado á matéria pelo Projeto de Lei nº. 156 de 2009, propondo um novo Código de Processo Penal para o Brasil, sendo que a referida proposta legislativa disciplina a questão das provas ilícitas em um único artigo, com parágrafo único, com a seguinte redação:

Art. 164. São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos. Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.

De acordo com MAGALHÃES (2010, p. 410), a preocupação do Projeto foi a de não se afastar da previsão constitucional do art. 5º, LVI, limitando-se a incluir referência expressa, no caput, à prova ilícita por derivação – provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos -, e, ainda, ao arquivamento sigiloso em cartório da prova declarada inadmissível (parágrafo único).

O que se buscou, portanto foi superar os inconvenientes de certas disposições introduzidas pela Lei nº 11.690 de 2008, que revelam equívocos e imprecisões do legislador, já comentados (v. supra, ns. 3 e 4), capazes de comprometer o alcance da previsão constitucional.

## 2.2 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO (FRUITS OF THE POISONOUS TREE)

A doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) surgiu na Corte Suprema dos Estados Unidos da América, tendo sido exteriorizada no caso *Silverstone LumberCo, v U.S.* (1920).

De acordo com MAGALHÃES (2010, p. 401-402), a Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *Silverthon eLumberCo. v. US.*, em 1920, que a partir de então formulou a chamada *fruit of poisonous tree doctrine ou taint doctrine*, segundo a qual a regra de exclusão é aplicável a toda prova maculada - direta ou indiretamente -, por uma investigação inconstitucional; inicialmente formulada em relação à aplicação da IV Emenda, tal doutrina foi também posteriormente aplicada em caso de infringência ao *right tocounsel* previsto na IV Emenda. A adoção desse critério não tem levado, entretanto, a uma proibição absoluta da utilização de elementos derivados da prova ilícita pela jurisprudência americana, sendo reconhecidas algumas exceções: assim, tratando-se de uma *independent source*, ou de uma *inevitable Discovery*, a prova pode a vir a ser considerada, o mesmo ocorrendo quando for possível distinguir o meio de obtenção da prova secundária da ilegalidade inicial (*purged taint*).

Neste entendimento Amaro Junior (2013, p. 11), aduz que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, neste caso, decidiu que uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal era inválida. Destarte, a acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente na busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca.

Entende-se por esta teoria a prova ilícita produzida (árvore), tem o condão de contaminar todas as provas delas decorrentes (frutos), sendo que os vícios da planta transmitem-se aos seus frutos.

Rangel (2013, p. 466), cita um exemplo de prova ilícita por derivação:

Uma interceptação telefônica feita sem ordem judicial, em que se descobre o local onde se guarda, para fins de comércio ilegal de entorpecentes, grande quantidade de cocaína e diante de tal “prova” expede-se, por ordem do juiz competente, mandado judicial para devida busca e apreensão da mencionada substância. O mandado é devidamente cumprido nos estritos limites do art. 241 c/c 245 da Lei nº Processual Penal, bem como com respeito à regra constitucional do art. 5º, XI, da CRFB. Resultado: grande quantidade de drogas é apreendida e presos os envolvidos (vide o artigo do autor denominado Breves considerações sobre a Lei nº 9.296/1996 Interceptação Telefônica citado na Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 6, jul./dez. 1997, e na Revista Forense, v. 344).

Provas ilícitas por derivação são todos os meios probatórios que, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito da repercussão casual. Em juízo de causa e efeito, tudo que é originário de uma prova ilícita seria imprestável, devendo ser desentranhado dos autos, e os efeitos dessa ilicitude podem transcrever a prova viciada.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.690/2008, a teoria dos frutos da árvore envenenada passou a constar expressamente do Código de Processo Penal.

Na atualidade, com as alterações introduzidas ao Código de Processo Penal pela Lei 11.690/2008, a vedação à prova ilícita por derivação encontra-se expressa no art. 157, § 1.º, do CPP, estabelecendo que são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.



Nessa concepção, MAGALHÃES (2010, p. 404), menciona:

No novo texto do § 1.º do art. 157, o legislador nacional acolheu expressamente a orientação que reconhece a inadmissibilidade processual das provas derivadas da ilicitude inicial, ressaltando, no entanto, duas situações: a) “quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras”; e b) “quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

A posição adotada pelo § 1.º foi no sentido da inadmissibilidade da prova derivada, levando em consideração o resguardo da pessoa humana e a unidade do ordenamento jurídico. Sua aceitação constituiria estímulo à violação de direitos fundamentais da pessoa humana. Funda-se na teoria dos frutos da árvore envenenada da Suprema Corte americana.

Todavia na concepção de Scarance (2012), uma aplicação extremamente rígida dessa orientação não é adequada. Já se aventou, por exemplo, possibilidade de pessoas ligadas a uma organização criminosa, até mesmo policial, produzirem intencionalmente uma prova ilícita, com isso, impedindo-se o sucesso de investigação regular em andamento, pois o obtido nessa averiguação seria considerado ilícito em virtude da contaminação ocasionada pela prova ilicitamente forjada.

Na doutrina pátria, seguindo o posicionamento de Rangel, 2013:

Toda a prova está contaminada. Se o Estado lança mão de um expediente inidôneo (entenda-se ilícito) para descobrir um fato investigado, tudo o que for descoberto que tiver relação direta com a ilicitude da prova estará contaminado.

Como já foi mencionada anteriormente a teoria da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) rejeita, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não sendo produzidos validamente, em momento imediato, são afetados, e pelo vício da ilicitude que a eles transmite de forma causal, contaminando-os.

Neste sentido, como adverte Denílson Feitosa Pacheco, citado por TAVORA e ALENCAR (2010, p. 355 a 358), a teoria dos “frutos da árvore envenenada” não é absoluta surge outras teorias decorrentes com várias limitações, sendo elas: “a limitação da fonte independente (*‘independents ource’ limitatin*), a limitação da descoberta inevitável (*‘inevitable discovery’ limitation*) e a limitação da ‘contaminação expurgada’ (*‘purgedtaint’ limitation*) ou, como também é denominada, limitação da conexão atenuada (*‘attenuated connection’ limitation*)”.

Vejamos:

**Prova absoluta independente:** existindo outras provas no processo, independentes de uma determinada prova ilícita, não há que se falar em contaminação e nem na teoria dos frutos da árvore envenenada, não havendo vinculação ou relação de dependência, a prova ilícita não tem o condão de contaminar as outras. **Descoberta inevitável:** Sendo a prova, circunstancialmente decorrente de prova ilícita, seria conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação. Contaminação expurgada ou conexão atenuada: sendo possível que o vínculo entre prova ilícita e derivada seja superficial ou atenuado que acabe não havendo contaminação, pois seria expurgada, sendo que a ausência do vínculo não é absoluta. **A Boa-fé:** que objetiva evitar o reconhecimento da ilicitude da prova, caso o agente de polícia ou da persecução penal, tenham atuado destituídos de dolo de infringir a lei, configurados em situações de erro. Como exemplo, o caso da polícia que cumpre mandado de busca residencial para apreender animais silvestres mantidos irregularmente em cativeiro, acaba apreendendo computadores que poderiam revelar um esquema de sonegação fiscal. Os requisitos de mandado de busca e apreensão definindo os limites da diligência estão previstos no art. 243 do CPP.

A exceção pela “**fonte independente**” (*independent source limitation*), como menciona MAGALHÃES GOMES FILHO (2010, p. 405), foi reconhecida pela Suprema Corte, no caso *Bynum v. US.*, de 1960, assim resumindo: o acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião foram tiradas suas impressões digitais que comprovavam seu relacionamento com um roubo; a prova foi excluída porque derivava da prisão ilegal. Num segundo, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do FBI; assim, reconheceu-se a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária.

No caso *Nix v. Williams (Williams II)*, de 1984, a Suprema Corte concluiu que a doutrina dos frutos envenenados também não se aplicava aos casos em que a prova seria *inevitavelmente* descoberta por uma investigação legal (*inevitable Discovery*). Na situação então examinada, o acusado havia matado uma criança e ocultado o corpo. Iniciadas buscas pela polícia, com a ajuda de cerca de 200 voluntários, o acusado fez uma confissão, ilegalmente obtida, indicando a localização do corpo. A Corte considerou ilegal essa confissão, mas válida a descoberta do corpo, pois era **inevitável** e não tinha relação com a ilegalidade.

Nessas duas exceções, seus fundamentos à contaminação da prova são evidentemente distintos: sendo uma fonte independente, a prova possui duas origens diversas podendo ser a prova uma lícita e outra ilícita, mesmo que ainda advinha de fonte ilegal, seu dado probatório trazido ao processo subsiste, podendo ser validamente utilizado. Porém na

descoberta inevitável a prova é de origem efetivamente ilícita, sendo que em algumas circunstâncias ela poderia ser inevitavelmente obtida.

Como menciona Ada Pelegrini Grinover, citado por Avólio (2012, p. 71), no Brasil a posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigível com os princípios e normas constitucionais, é a que professa a transmissão da ilicitude da obtenção da prova às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo. Afirma, ainda, que a Constituição brasileira não toma partido na discussão sobre a admissibilidade das provas derivadas, deixando espaço para a construção da doutrina e da jurisprudência.

### 2.3 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

A Teoria da Proporcionalidade surgiu nos tribunais da Alemanha Federal onde alcançou, mais tarde, sua maior expressão (denominado *Verhältnismässigkeit sprinzip*) depois de ter sofrido uma importante evolução na jurisprudência dos Estados Unidos, onde ficou conhecida como Doutrina da Razoabilidade, que tem permitido atenuar a aplicação da vedação constitucional das provas ilícitas no processo.

Para muitos o princípio da proporcionalidade é facilmente confundido com o princípio da razoabilidade, o que é um equívoco, pois possuem origens, estruturas e formas de aplicação diferentes. Eles possuem objetivos semelhantes, mas não podem ser tratados como sinônimos. Apesar de não serem utilizados como sinônimos nossa Corte Superior insiste em atribuir que tais instintos são sinônimos.

A aplicação do princípio da proporcionalidade é utilizada para harmonizar conflito aparente de princípios ou garantias fundamentais que possam vir a surgir, de forma que prevaleça a melhor solução a ser aplicada com justiça no caso concreto, podendo este princípio afetar diretamente nas provas ilícitas assim consideradas no processo penal.

A proporcionalidade tem sido igualmente invocada para superar certas exigências relativas à produção da prova, como ocorre em relação a possibilidades de incorporação a processos de informação fornecidas por testemunhas anônimas, que evidentemente escapam do controle do contraditório.

A denominada teoria da proporcionalidade, conforme aduz MAGALHÃES (2010, P. 407), em matéria de proibições de prova, sedimentada, sobretudo, na jurisprudência do BGH alemão, com considerável acolhida também em sede doutrinária: afirma-se, em linhas gerais, que a efetiva realização da justiça penal constitui um importante interesse do Estado

de Direito, que, em determinadas circunstâncias, pode justificar o sacrifício dos direitos individuais; à vista disso, entende-se legítima a derrogação de certas regras de exclusão de prova, ditadas pelo interesse de proteção ao indivíduo, em nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade.

Portanto, tal posição não constitui uma unanimidade na doutrina, sendo constantes as críticas daqueles que consideram intolerável uma compreensão dos direitos fundamentais para repressão de determinados delitos.

A maior parte dos doutrinadores admite a utilização das provas ilícitas no processo, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, sendo que seria possível a admissão das provas ilícitas no processo penal pátrio.

Vejamos:

Na concepção de Rangel (2013):

é inadmissível a prova colida com (aparente)infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-la só porque (aparentemente) colhidas ao arpejo da lei.

Por sua vez, nas concepções de Alencar e Távora (2010):

O conflito entre os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento leva o intérprete a dar prevalência àquele bem de maior relevância. Nesta linha, se de um lado está o *jus puniendi* estatal e a legalidade na produção probatória, e o do outro o *status libertatis* do réu, que objetiva demonstrar a inocência, este último bem deve prevalecer, sendo a prova utilizada, mesmo que ilícita, em seu benefício.

Conforme exemplifica, Scarance (2012), com duas situações concretas, com a necessidade de se admitir o critério da proporcionalidade:

Em determinado caso, para impedir fuga de presos considerados perigosos de estabelecimento penitenciário, violou-se, no plano de fuga, constava o sequestro de um juiz de direito, quando todos estariam reunidos em audiência em determinada comarca do Estado de São Paulo. Como a violação de correspondência é vedada pela Constituição Federal (art. 5.º, XII), a aplicação rigorosa da norma constitucional impediria o uso, como prova, das cartas interceptadas, pois obtidas por meio ilícito consistente em afronta à referida vedação constitucional.

Em outra situação, o réu obteve prova ilícita mediante interceptação telefônica não autorizada, em contradição, portanto, à Constituição Federal e à Lei 9.296, de 24.07.1996, mas era o único meio de que dispunha para provar a sua inocência.

Entende-se que o princípio da proporcionalidade deve ser invocado em sua essência, com o intuito de preservar os interesses do acusado (concepção da prova ilícita utilizada *pro reo*), portanto não há critérios objetivos que possam dar controle e segurança a sua aplicação.

Vale registrar que Guilherme de Souza Nucci (2013), discorda dessa posição. Nucci argumenta que “não há que se buscar mais a sistemática da proporcionalidade. Este método consiste em ponderar os bens em disputa: produzida uma prova ilícita, com ou sem derivados, valeria compará-la com o bem jurídico violado pelo delito. Se este for maior, deve-se o infrator. Ilustrado: para apurar a prática de um homicídio, invade-se um domicílio, sem mandado judicial, apreendendo-se provas. Estas são consideradas ilícitas, mas o crime é grave, tratando-se de delito contra a vida. Por isso, mantem-se a condenação do homicida, com base em provas ilícitas. No mesmo cenário, se o crime fosse furto (menos grave), as provas ilícitas seriam desprezadas, e o agente, absolvido”.

E exemplifica que o art. 157 do Código de Processo Penal é claro em seu critério Legislativo onde, “Inexiste proporcionalidade. Provas ilícitas são desprezadas e, com elas, todas as derivadas”.

Essa teoria acerca das provas ilícitas vem ganhando mais espaço entre a doutrina e jurisprudência. Tendo como suporte o Princípio da Proporcionalidade, prevendo hipótese sem casos extremamente graves, em que poderá ser utilizada.

### **3 POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) A RESPEITO DO TEMA**

Mesmo antes da promulgação da CRFB/1988, a Suprema Corte Constitucional já entendia que as provas ilícitas são inadmissíveis no processo penal e com o advento da aludida norma constitucional, o STF reafirmou em seu posicionamento pela inadmissibilidade das provas ilícitas.

Neste sentido, trazem-se julgados que acolhem tal entendimento:

HABEAS CORPUS – [...] 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. [...]6. Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita. (STF – HC 80948 – ES – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 19.12.2001 – p. 4).

HABEAS CORPUS: CABIMENTO: PROVA ILÍCITA – 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. [...] (STF – HC 80949 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 14.12.2001 – p. 26).

O STF não poderia ter entendido de outra forma, senão pela inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

O posicionamento do Ministro Celso de Mello em decisão nos autos do RE nº 251.445, no qual discorreu sobre a extinção de provas ilícitas:

Assentadas tais premissas, devo reiterar, na linha de diversas decisões por mim proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de

caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. Impõe-se registrar, até mesmo como fator de expressiva conquista dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República, por isso mesmo, tornou inadmissíveis, no processo, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.

E em relação à teoria da proporcionalidade, o Supremo Tribunal Federal rechaça a possibilidade de se aplicar esse princípio como forma de legitimar a utilização de provas obtidas por meios ilícitos pelo Estado:

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. **Da explicita proscricção da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade** – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação.

III. Gravação clandestina de “conversa informal” do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C. Pr. Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indicado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação – nemotenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C. Pr. Pen.- importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada, clandestinamente ou não.

IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores – cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito – mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a

ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizada de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina – ainda quando livre o seu assentimento nela – em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (frutsofthepoisonoustree). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido. (HC n.º 80949. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence).

Inicialmente a Suprema Corte havia se posicionado pela incomunicabilidade da ilicitude das provas. O vício da prova ilícita não contamina as outras dela derivadas e decidiu que continuariam válidas as eventuais provas decorrentes das provas ilícitas. Decidiu o Supremo Tribunal Federal que a só ilicitude da prova inicial não teria o condão de contaminar todas as outras provas dela advindas.

Posteriormente o STF alterou seu posicionamento e, atualmente, tem adotado a teoriada doutrina dos frutos da árvore envenenada e ditando que a prova ilícita contamina as outras provas dela originadas. Senão vejamos:

HABEAS CORPUS – CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR – ÚNICO) – CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES) – VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO – [...] 3. As provas obtidas por meios ilícitos *contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes*; tornam-se inadmissíveis no processo e *não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento* (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5. (STF – HC 72588 – TP – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 04.08.2000 – p. 3)



Neste sentido a Suprema Corte tem adotado a doutrina dos frutos da árvore envenenada, resguardando os direitos e garantias fundamentais, e ditando que a prova ilícita contamina as outras provas dela originadas, em algumas decisões do Supremo sustenta a posição da aplicabilidade da doutrina das provas ilícitas por derivação em respeito ao princípio constitucional que veda a utilização da prova ilícita no processo penal. Em alguns casos de extrema gravidade o STF tem se socorrido do uso da teoria da proporcionalidade somente em relação á defesa, ou seja, *pro reo*, mas nunca em favor do Estado, ou *pro societate*.

Considera-se ilícita a prova criminal consistente em obtenção, sem mandado, de dados bancários da ré, e, como tal, contamina as demais provas produzidas com base nessa diligência ilegal (HC 90298/RS, 2.<sup>a</sup> T., j. 08.09.2009, v.u., rel. Cezar Peluzo). HABEAS CORPUS – ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – PROVA ILÍCITA – AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA – ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – FRUITS OF THE POISONOUS TREE – O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que *a ilicitude da interceptação telefônica* – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – *contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta*. Habeas corpus concedido. (STF – HC 73351 – 1.<sup>a</sup> T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 19.03.1999 – p. 9).

O Supremo Tribunal Federal, em vários julgados vem adotando diversas teorias que permitem, em determinados casos, a restrição da “doutrina dos frutos da árvore venenosa”.

Essas teorias do presente estudo, conforme já dito, provêm do direito norte-americano que, apesar de ser pioneiro no desenvolvimento da exclusionary rule, também desenvolveu, paradoxalmente, outras teses que impedem a aplicação do referido princípio, tais como: a limitação da fonte independente, a limitação da descoberta inevitável e a limitação da contaminação expurgada ou, como também é chamada, limitação da conexão atenuada.

Os efeitos decorrentes da adoção dessa tese pelos tribunais são os mais diversos, já que pode restringir-se a ilicitude de um simples depoimento, que pode não influenciar em nada no desenvolver da instrução processual penal, até ocasiões em que se pode formar uma

cadeia causal anulando a totalidade das provas produzidas no processo, bem como das decisões judiciais fundamentadas nelas.

Sobre tal temática, o então Ministro Sepúlveda Pertence discorreu em lúcido voto:

Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do ‘fruit of the poisonous tree’ é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.

A utilização da ‘prova ilícita’ na legítima defesa, a vedação das provas obtidas por escutas ou gravação de comunicações telefônicas, como exemplo, podem somente ser utilizadas para investigação do processo criminal mediante autorização judicial. Dessa forma pode-se analisar a jurisprudência do STF nos seguintes termos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. – gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. – Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. – A questão relativa às provas ilícitas por derivação “the fruits of the poisonous tree” não foi objeto de debate e decisão, assim não pré questionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. – A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. – Agravo não provido” (AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05).

O Supremo Tribunal Federal vem aceitando como lícita a prova que advenha de gravação feita por um dos interlocutores, com ou sem autorização, sem o conhecimento de outro principalmente quando é este último que comete o delito. O STF não acredita na violação do direito a privacidade, quando o interlocutor é quem grava o diálogo, exemplo, com estelionatários, sequestradores e outros, que configure a legítima defesa.

O entendimento do STF é no sentido de considerar ilícitas as provas produzidas a partir da quebra de sigilos fiscais, bancários e telefônicos se a devida fundamentação. Se forem obtidas dessa forma, essas provas deverão ser retiradas dos autos do processo. Da mesma maneira as provas decorrentes das obtidas por meios ilícitos também deverão ser desentranhadas dos autos uma vez que estariam contaminadas pela ilicitude. Em decorrência da famosa teoria dos “frutos da árvore envenenada”, pois ilícita por derivação acarreta a nulidade do processo.

Vejam-se:

ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “due process flow”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A “Exclusionary Rule” consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum”. Doutrina. Precedentes. A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sed tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contraírem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros.

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, deriva de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originalmente ilícita ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetivamente à garantia do “due process flow” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios

probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitam a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (“NA INDEPENDENT SOURCE”) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v. g.) – JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS “SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1984)”, v.g Decisão: A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 10.06.2008. (HC 93050/RJ – RIO DE JANEIRO (Jurisprudência/HC93050/RJ) HABEAS CORPUS – Relator(a): Min. CELSO DE MELLO – Julgamento: 10/6/2008 – Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: 1º de agosto de 2008.)

Desse modo a Suprema Corte vem adotando a teoria dos frutos da árvore envenenada, resguardando mais uma vez os direitos e garantias fundamentais não permitindo que se pudesse burlar o mandamento Constitucional afastando, não apenas a prova originariamente ilícita, mas toda prova que dela derive direta ou indiretamente desde que guarde uma forte relação de causa e efeito.

Restando provado que, tanto na doutrina quanto na jurisprudência domina o entendimento da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início desta pesquisa fez-se uma breve abordagem dos procedimentos que seriam adotados, todavia cabe lembrar que o objetivo do trabalho foi analisar sob a temática das provas ilícitas no processo penal a luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e os fundamentos jurídicos que justificam esses entendimentos.

No decorrer da mesma tem-se a importância da prova ilícita, vedada no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, uma vez que obtida uma prova ilicitamente no processo penal, estará diante de um conflito entre os direitos fundamentais, que tais direitos sejam assegurados pelas partes, para não serem violados, gerando assim nulidades no processo.

Com base no desenvolvimento histórico, compreende-se que a questão do princípio da proibição das provas ilícitas, posiciona-se na inadmissibilidade das provas ilícitas, como forma de trazer a verdade ao julgador não admitindo em hipótese alguma provas proibidas no processo.

Assim as teorias aqui estudadas têm como objetivo o apoio jurídico ao magistrado para que esse possa aplicar ao caso concreto a doutrina que seja suficientemente proporcional e razoável nos julgamentos, desse modo, evitando injustiças.

No que diz respeito à teoria da proporcionalidade, embora a maioria dos doutrinadores defenda tal aplicação e por consequência as provas ilícitas a favor da sociedade em casos de extrema gravidade, a Suprema Corte não acolheu essa tese, pelo fato da Constituição não admitir esta interpretação.

Entretanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entende que, o uso inadequado pode-se relacionar ao direito da parte de serem desentranhadas dos autos as provas consideradas ilícitas, sendo que é uma das principais discussões no que dizem respeito às provas ilícitas, as ações penais que estiverem fundadas exclusivamente nas provas ilícitas, causando nulidade da sentença. A regra será sempre pela não admissibilidade das provas ilícitas nos julgados, sendo vedadas do processo.

A respeito da contaminação das provas derivadas das que são consideradas ilícitas, o STF tem se posicionado no sentido de que as provas ilícitas contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes, dessa forma acolhendo a aplicação da doutrina do “fruto da árvore envenenada” (fruit of the poisonous tree). O objetivo da Suprema Corte é vedar a utilização de provas ilícitas no processo.

Portanto, o STF ao analisar o caso concreto tem-se levado em consideração o tipo de prova ilícita (se originária ou derivada), seus efeitos no processo, e o interesse que deve prevalecer. Nos casos de conversas telefônicas, o STF já se pronunciou, entendendo ser lícita a gravação de conversas telefônicas, feita por parte da própria vítima de atos criminosos, tais como diálogo com sequestradores, estelionato, dentre outros atos criminosos que a princípio seriam ilícitas, mas que, conforme o modo de sua produção tornam-se provas ilícitas.

O Supremo Tribunal Federal, em última instância visa dar a nossa Constituição a melhor interpretação ao caso concreto, a garantia constitucional mais importante e adequada, nos crimes de maior relevância.

Neste contexto confirmou-se nas diversas abordagens que foram feitas sobre a ilicitude da prova, sendo possível perceber que as provas visam construir fatos passados e demonstrar ao julgador a verdade sobre o fato de modo a formar sua convicção.

**REFERÊNCIAS**

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: esquematizado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Florense; Método, 2013.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 255 p., 23 cm. ISBN 978-85-203-4440-8.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CUSTÓDIO, Richard Santos. Da inadmissibilidade das provas ilícitas no Processo Penal . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3067, 24nov.2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20497>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005.

FISHER v. United States, 425 U. S. 391(1976), Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Boyd.\\_v.\\_United\\_States#References](http://en.wikipedia.org/wiki/Boyd._v._United_States#References)>. Acesso em: 28 de dezembro de 2014.

FRANCO, Ricardo Cesar. Há que se relativizar a admissibilidade de provas ilícitas?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3885, 19fev.2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26733>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

JÚNIOR, Amaro Bandeira de Araújo. Provas ilícitas no processo penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3503, 2fev.2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23631>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

LEÃO, André Felipe Torquato. A vedação das provas ilícitas e a busca da verdade no processo penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4147, 8nov.2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29976>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

LIMA FILHO, Geraldo Vilar Correia. A (in)utilidade probatória da confissão extrajudicial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3660, 9jul.2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24858>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Coord. Ana Elisa Liberatore S. Bechara. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**.3. Ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RAMOS, Maíra Silva da Fonseca. A prova proibida no processo penal: as conseqüências de sua utilização. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 837, 18out.2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7432>>. Acesso em: 9 dez. 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEMANAS v. ESTADOS UNIDOS. **O Projeto Oyez no IIT Chicago-Kent College of Law**.<[http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1913/1913\\_461](http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1913/1913_461)>. Acesso em: 12 de dezembro de 2014.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. Ed. rev. Atual. Salvador-Ba. Ed. Jus Podivm, 2010.