

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 496

(ano VII)

(07/12/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

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

Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá): **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/Argentina): Doutor em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



07/12/2015 Alice Saldanha Villar

» [A influência do sistema do common law no ordenamento jurídico brasileiro: estaria o direito pátrio se tornando cada vez mais sumular?](#)

ARTIGOS

07/12/2015 Joaquim José Marques Mattar

» [O Novo Código de Processo Civil e a evolução cultural para a realização do direito material nos institutos da conciliação e da mediação](#)

07/12/2015 Esdras Silva Pinto

» [Súmula nº 443 do STJ e seus reflexos na dosimetria da pena](#)

07/12/2015 Gustavo Bezerra Muniz de Andrade

» [Evolução histórica da execução fiscal no ordenamento jurídico brasileiro](#)

07/12/2015 Rodrigo Silva França de Almeida

» [A influência midiática nas decisões penais e seus efeitos no crime de estupro](#)

07/12/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Tessituras à Carta de Veneza \(1964\): Carta Internacional sobre Conservação e Restauração de Monumentos e Sítios](#)

07/12/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [Inquérito judicial para apuração de falta grave - procedimento](#)

A INFLUÊNCIA DO SISTEMA DO COMMON LAW NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ESTARIA O DIREITO PÁTRIO SE TORNANDO CADA VEZ MAIS SUMULAR?

ALICE SALDANHA VILLAR: Advogada, autora de diversos artigos publicados em revistas jurídicas e das obras "Direito Sumular - STF" e "Direito Sumular - STJ", São Paulo: JHMizuno, 2015.

Resumo: O Brasil, onde vigora o sistema jurídico de natureza Civil Law, vem se beneficiando das fortes transformações provocadas pela influência do Common Law. O Direito brasileiro, portanto, se aproxima cada vez mais do modelo teórico do *Stare Decisis*. Essa assertiva se evidencia na crescente valorização da decisão judicial como fonte indispensável do Direito. Trata-se da chamada *commonlawlização* na prática do Direito nacional.”

Palavras-chave: *Commonlawlização*. Direito Sumular. *Common Law*. *Civil Law*.

A evolução do Direito brasileiro, de tradição romano-germânica, aponta para uma intensa influência do sistema do Common Law, mais conhecido como Direito não escrito, de origem anglo-saxã. Nesse contexto, destaca-se uma crescente valorização da decisão judicial como fonte indispensável do Direito. Trata-se do movimento chamado *commonlawlização* do Direito nacional.

Nesse cenário, a progressiva valorização do Direito sumular se justifica na necessidade de conferir uniformização à jurisprudência, de modo a atingir o tão sonhado ideal de uma tutela jurisdicional que seja marcada pela racionalidade, celeridade e previsibilidade. Essa busca pela uniformização cada vez maior da jurisprudência se insere no bojo de um movimento de reformas estruturais que têm por finalidade superar a atual crise do Poder Judiciário brasileiro, marcada pela excessiva morosidade da prestação jurisdicional. Basta observar o imenso volume de demandas em tramitação (chegando, hoje, a cerca de 100 milhões) e a lentidão na finalização de um processo judicial (que tem

demorado, em média, 10 anos para ser julgado), problemas que se revelam como os maiores obstáculos ao funcionamento adequado dos órgãos judiciais no Brasil.

Antes de iniciarmos a análise do tema proposto no presente artigo, cumpre esclarecer o alcance das expressões “jurisprudência”, “precedente” e “súmula”.

O vocábulo jurisprudência, em seu sentido etimológico, significa justa prudência (do latim jus “justo” + prudentia “prudência”). Já em acepção técnica, refere-se ao conjunto das decisões judiciais reiteradas em um mesmo sentido, através da interpretação e aplicação do Direito ao caso concreto. Conforme destaca o ilustre Marcel Nast, Professor da Universidade de Estrasburgo (França), “a jurisprudência possui, na atualidade, três funções muito nítidas, que se desenvolveram lentamente: uma função um tanto automática de aplicar a lei; uma função de adaptação, consistente em pôr a lei em harmonia com as ideias contemporâneas e as necessidades modernas; e uma função criadora, destinada a preencher as lacunas da lei”.^[1]

Conforme elucidam Didier, Braga e Oliveira: “Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.^[2] A diferença principal entre jurisprudência e precedente é quantitativa: chama-se de precedente a decisão isolada de um tribunal, enquanto o termo jurisprudência refere-se a um conjunto de decisões uniformes de um tribunal.

A expressão súmula (do latim summula, que significa “sumário” ou “resumo”) foi o termo cunhado pelo Ministro Victor Nunes Leal, no ano de 1963, para sistematizar em enunciados curtos o que o Supremo Tribunal Federal vinha decidindo reiteradamente nos seus julgamentos. Assim foi que, em 1964, através de uma emenda ao Regimento Interno do STF, as súmulas ingressaram em nosso ordenamento jurídico com o intuito de aprimorar a uniformização da jurisprudência e, assim, agilizar o julgamento das questões mais frequentes, amenizando o

congestionamento de processos na Suprema Corte. Gradativamente, outros Tribunais despertaram para a importância do uso das súmulas, passando a publicar seus próprios verbetes de jurisprudência. [3]

Adentrando especificamente no tema objeto do presente artigo, urge analisar o atual fenômeno mundial de aproximação e fusão entre os dois maiores sistemas jurídicos existentes: o Civil Law e o Common Law.

O Civil Law (também chamado de sistema romano-germânico) é o sistema jurídico mais disseminado no mundo e tem por base fundamental a lei escrita, esteja esta codificada ou não. Já o Common Law (Direito comum ou Direito consuetudinário), mais conhecido como Direito não escrito, é o sistema jurídico de origem anglo-saxã, que se desenvolveu a partir das decisões dos Tribunais ou Juízos – e não por atos legislativos ou executivos. Em síntese: o sistema do Civil Law é marcadamente legalista, isto é, possui a legislação como fonte primária do Direito, ao passo que o Common Law tem como fonte primária os precedentes judiciais.

A tradição do Common Law, que se originou na Inglaterra, prevalece não somente na Grã-Bretanha, mas também na Irlanda, nos Estados Unidos, Canadá, Austrália, Nova Zelândia e nas partes da África e Ásia que a Grã-Bretanha colonizou, incluindo a Índia. A tradição do Civil Law predomina na maior parte da Europa Ocidental, América Central e do Sul, bem como nas partes da Ásia colonizadas por países europeus que não a Grã-Bretanha, e mesmo em áreas da família do Common Law, como, por exemplo, Louisiana, Quebec e Porto Rico. [4]

Nos países que seguem o sistema do Common Law, os precedentes judiciais possuem eficácia vinculante, em especial os precedentes oriundos de Corte Superior, assegurando assim que casos análogos futuros sejam solucionados da mesma forma; trata-se da chamada Teoria do Precedente Judicial (*Stare Decisis*). Por outro lado, no sistema do Civil Law, os precedentes judiciais são,

como regra, não vinculantes, dado que impera o princípio da legalidade.

O cenário mundial atual, marcado pelo processo de globalização, é palco de uma intensa comunicação intercultural, o que conduz à progressiva aproximação desses dois sistemas jurídicos, que passam a dialogar. Nesse passo, vemos países de tradição anglo-americana marcados pelo sistema do Common Law, elaborando normas legislativas gerais, ao passo que, em países de sistema Civil Law, a jurisprudência e os precedentes judiciais passam a ganhar força cada vez maior.

Vejam-se, por exemplo, os Estados Unidos, caracterizados por um sistema misto entre Common Law e Civil Law. Este sistema é marcado pela convivência de uma Constituição Federal americana escrita ao lado dos tradicionais *precedents* (“doctrine of precedents” – que em português seria “regra do precedente”).^[5]

O Brasil, onde vigora o sistema jurídico de natureza Civil Law, vem se beneficiando das fortes transformações provocadas pela influência do *Common Law*. O Direito brasileiro, portanto, se aproxima cada vez mais do modelo teórico do *Stare Decisis*. Essa assertiva se evidencia na crescente valorização da decisão judicial como fonte indispensável do Direito. Trata-se da chamada *commonlawlização* na prática do Direito nacional.^[6]

Nesse passo, merece destaque a regulamentação do sistema de Súmulas Vinculantes do STF,^[7] bem como o art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, que disciplina o chamado recurso especial pela divergência jurisprudencial – cabível quando existir divergência de interpretação de lei federal entre diferentes Tribunais, chamando-se o Superior Tribunal de Justiça para apontar a correta interpretação.

No âmbito do STJ, guardião da interpretação da legislação federal e uniformizador da jurisprudência, são publicadas atualmente súmulas que, embora não apresentem caráter vinculante – o que significa que o magistrado, no julgamento posterior de caso similar, não é obrigado a decidir conforme a regra

sumulada –, possuem efeito persuasivo, na medida em que constituem indício de uma solução racional e socialmente adequada. Possuem também efeito impeditivo ou obstativo da revisão das decisões, impedindo sua discussão através de recurso (art. 518, § 1º, CPC), o reexame necessário (art. 475, § 3º, CPC) e a revisão da matéria recursal, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil.

No atual cenário jurídico brasileiro, os verbetes sumulares, ao viabilizarem a previsibilidade das decisões judiciais, revelam-se como valioso instrumento de uniformização e estabilidade de jurisprudência. Nesse passo, o Direito Sumular ergue-se como um eficiente mecanismo para a simplificação do julgamento das questões mais frequentes perante o Judiciário, e para o combate à morosidade processual.

Em virtude do objetivo de aprimoramento da segurança jurídica – entendida esta como a garantia de previsibilidade das decisões judiciais –, amplia-se cada vez mais a importância do Direito Sumular como verdadeiro ramo do Direito e clama-se pela sua inclusão como matéria curricular na formação acadêmica do profissional do Direito.

Esta realidade atesta a assertiva de que o ordenamento jurídico brasileiro torna-se cada vez mais sumular, revelando-se o estudo do Direito Sumular dos Tribunais Superiores imprescindível para a formação acadêmica do profissional do Direito e fundamental para a evolução do sistema jurídico pátrio.

NOTAS:

[1] Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 146.

[2] Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2, 2009, p. 381.

[3] Aqui, cumpre registrar o que bem aponta Fernando Dias Menezes de Almeida (in *Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes*. Brasília: STF, 2006, p. 32, nota de rodapé nº 3): “Na terminologia original e ainda na terminologia regimental, a

expressão “súmula” se referia ao conjunto dos “enunciados”, publicada e atualizada periodicamente; a prática posterior consagrou também o uso de “súmula” significando cada enunciado”.

[4] Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 77.

[5] Conforme esclarece Guido Fernando Silva Soares, o precedenté a única ou várias decisões de um *appellate court*, órgão coletivo de segundo grau que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados”, ressaltando que “os julgados das *inferior courts of original jurisdiction*, ou seja, os órgãos de primeiro grau, não constituem precedentes” (in *Common Law. Introdução do Direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 40).

[6] Sobre o movimento da *commonlawlização* do Direito brasileiro, indicamos a leitura do artigo intitulado Sobre a *Common Law, Civil Law* e o precedente judicial, de autoria do ilustre Jurista Sérgio Gilberto Porto (Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto_formatado.pdf>. Acesso em: 07.02.15).

[7] Cumpre registrar que, com a chegada da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foi inserido na Constituição Federal de 1988 o art. 103-A, que permitiu ao STF, após reiteradas decisões sobre a questão constitucional em controle difuso de constitucionalidade, aprovar súmulas com efeito vinculante e aplicação obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública direta e indireta. Ressalte-se também que a Emenda Constitucional nº 45/04 não conferiu caráter vinculante às súmulas anteriores do STF, que somente podem adquirir o caráter vinculante se votadas por 2/3 dos Ministros da Suprema Corte.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EVOLUÇÃO CULTURAL PARA A REALIZAÇÃO DO DIREITO MATERIAL NOS INSTITUTOS DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO

JOAQUIM JOSÉ MARQUES MATTAR: Pós - graduado em Direito Civil, Processo Civil, Direito Comercial, pela Instituição Toledo de Ensino - ITE (Faculdade de Direito de Bauru - SP). Mestre em Direito pela UNIMAR - Universidade de Marília - SP. Professor de Teoria Geral do Processo, Teoria Geral do Estado, Ciência Política e Psicologia Forense - Faculdade Anhanguera de Rondonópolis - MT (FMG). Autor de "Contos de Açúcar em Balas de Festim" (Edições Fernando S/C). Bauru - SP. 1984. Prefácio de Dalmo de Abreu Dallari. Jornalista Especializado em Crítica de Cultura (FENAJ).

“A ordem obtida fora do Direito ou frontalmente contra ele é uma ordem injusta, que não condiz com as exigências da dignidade humana”. DALMO DE ABREU DALLARI (O Renascer do Direito).

Resumo: O presente artigo procurará demonstrar a evolução cultural na forma procedimental que determina o Novo Código de Processo Civil. Respondendo a uma exigência de uma parcela importante da doutrina, os institutos da conciliação e mediação, ganham *status* de “resolução cultural de conflitos”, uma vez que, consegue-se elevar o nível de diálogo entre autor e réu – no caminho da autocomposição – evitando-se assim, que o Poder Judiciário eleve o número de seus processos, e continue numa ‘omissão induzida pela invasão de poderes constituídos’ historicamente, por falta de estrutura para abarcar o volume estratosférico de processos em todas as instâncias jurisdicionais. Nos EUA o acesso à justiça não é mais visto como direito social, mas antes, como um sério problema social. Tanto assim, que os meios alternativos de resolução de conflitos passaram a ser objeto de cursos básicos em Faculdade de Direito. No intuito de atender a evolução da sociedade moderna, a justiça brasileira se põe em alerta e a serviço da conscientização dos litigantes, para que a

Justiça e o Direito sejam fases univitelinas no atendimento do Estado Democrático de Direito, célula *mater* que principiologia o organismo constitucional.

Palavras - chave: Autocomposição, Evolução Cultural da Justiça, Direitos e garantias constitucionais invioláveis.

Resumen: En este artículo se tratará de demostrar la evolución cultural en la forma procesal que determina el nuevo Código de Procedimiento Civil. En respuesta a la demanda de una parte importante de la doctrina, los institutos de la conciliación y la mediación, obtener el estatus de "resolución de conflictos culturales", ya que, es posible elevar el nivel de diálogo entre demandante y demandado - en el camino de autocomposição - evitando así que el poder judicial a elevar el número de sus procesos, y continuar en un "fracaso inducido", por falta de estructura para abarcar el volumen estratosférico de los casos en todos los órganos judiciales. El acceso a la justicia de Estados Unidos ya no es visto como un derecho social, sino más bien como un grave problema social. Tanto es así, que los medios alternativos de resolución de conflictos se han convertido en el tema de los cursos básicos en la escuela de leyes. Con el fin de satisfacer la evolución de la sociedad moderna, la justicia brasileña se pone en alerta y conciencia de servicio de los litigantes, para que la justicia y el derecho son fases univitelinas en el cumplimiento de la regla de la democracia, célula *mater* de los principios del órgano constitucional .

Palabras - clave: Autocomposição, la evolución cultural de Justicia , los derechos y garantías constitucionales invioláveis.

I –DIREITO, JUSTIÇA E A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

No atual cenário do mundo moderno, é necessário reconhecemos um novo desenho na geopolítica – mesclada com crises institucionais e de convivência humana, onde o individualismo é a pauta principal. *Habermas* apregoa uma perspectiva legal-política da

tematização dos direitos humanos e expõe esse princípio de tematização também conceitualmente, acentuando que o conceito "direito", na expressão "direitos humanos", deve ser entendido como conceito jurídico. Direitos humanos são, segundo seu pleno significado, direitos jurídicos, e não direitos pré-jurídicos, puros moralmente; eles são normas legais, que foram declarados em atos de fundações revolucionárias do Estado ou, como após a Segunda Guerra mundial, anunciados nas convenções de direito internacional (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948) ou em documentos constitucionais de Estados novamente fundados (p. ex., Lei fundamental da República Federal da Alemanha, 1949).^[1]

O Brasil e os países latino-americanos vivem uma realidade determinada por um cenário social, que é fundamentalmente político. O agravamento das mutações sociais, o aumento do consumo, as relações de poder, se acirram nas mais diversas áreas do relacionamento humano, aquecendo os ânimos e gerando conflitos de interesses.

A sociedade moderna – principalmente nos países em desenvolvimento – fica circunscrita aos desníveis e as mais gritantes desigualdades sociais. Quanto mais desigual o *status quo* – mais se projeta de forma crescente e coloca em distância os princípios isonômicos – suscitando descontentamentos e, desmontando automaticamente qualquer estrutura ou projeto governamental que possa atender os direitos sociais.

Com os ditames governamentais, a divisão orçamentária da União, o Poder Judiciário na seara da divisão de poderes ficou refém numa dependência endócrina, estando à jurisdição com uma estrutura precária, com índices alarmantes de mais de 100 milhões de processos, num país de 200 milhões de habitantes. O atraso na Reforma do Poder Judiciário Nacional projeta uma crise sem precedentes nas orlas do Estado, que não consegue atender a demanda que lhe é exigida para a celeridade da justiça, no atendimento aos reclamos da sociedade em desenvolvimento. Este fato tem ‘forçado’ os operários da Justiça a criarem atalhos para novos mecanismos na resolução de conflitos, que saiam das esferas

altamente burocráticas e do corporativismo que se avizinha, dado a crise institucional nos Três Poderes.

Os mecanismos alocados na ‘máquina judiciária’ – os institutos da conciliação e da mediação – encontram suporte temporário – já que, o Poder Judiciário precisa de tempo suficiente para que o Executivo e o Legislativo – cresçam culturalmente como parceiros da República, oferecendo definitivamente suporte operacional para o Judiciário, no afã de atender os direitos fundamentais do cidadão brasileiro, normatizados na Constituição Federal de 1988.

Sendo o Judiciário um dos poderes da União, a sua evolução caminhou junto com a história política brasileira, em que se observou, em muitos momentos, a postura autoritária, mormente do Poder Executivo. O passado legou ao Judiciário perfil criticado e ultrapassado para o atual sistema democrático. A sociedade exige que o Poder Judiciário assuma a característica de poder político e se despeça da dependência e da submissão aos demais poderes. Por outro lado, como organização pública, o Poder Judiciário rege-se pelos princípios da administração pública, sendo-lhe imprescindível a fiscalização e o controle de suas ações para a satisfação do bem comum, interesse de toda instituição do governo.

II – A HISTÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO E AS RAZÕES PARA UMA INDEPENDÊNCIA EM FAVOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CLÁUSULAS PÉTREAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Na esteira da análise crítica, suscita diversas conclusões, sendo a mais importante, a imperiosa mudança de postura, sendo que - a principal das reformas a ser feita no Judiciário é a mudança de mentalidade dos magistrados, para que apresentem soluções justas e viáveis em face da realidade social, a despeito das carências materiais, das imperfeições da legislação, dos vícios da sua estrutura e dos demais obstáculos que impeçam a realização da justiça segundo o espírito democrático da Constituição Federal.

O ordenamento jurídico foi concebido como um sistema completo, coerente e independente da realidade socioeconômica. Ele teve sua importância na Europa, durante o período da burguesia européia dos séculos XVII e XVIII, prevalecendo até os anos 60 e 70 do século XIX, sendo abandonado por não atender às novas e complexas realidades dos tempos modernos na Europa, onde se experimentava um deslocamento dos poderes estatais. Não há dúvidas de que o Poder Judiciário, para acompanhar a dinâmica social de maneira satisfatória, necessita passar por um processo de modernização não só em nível estrutural, mas também por um processo de transformação cultural. Esta talvez seja a mais difícil reforma.

Em maio de 1823, iniciaram-se as reuniões da Constituinte no Rio de Janeiro, começando a surgir, entre a Assembléia e Dom Pedro I, divergências a respeito das atribuições do Poder Executivo (o Imperador) e Poder Legislativo, resultando na dissolução da Assembléia Constituinte por D. Pedro I, com o apoio dos militares. A Constituição de 1824 foi imposta por D. Pedro I ao povo, considerando “povo” a minoria de brancos e mestiços que votava e que, de algum modo, tinha participação na vida política.

Se observarmos as questões histórico-antropológicas da legislação brasileira, a forma espúria da colonização portuguesa e seus interesses em solapar as riquezas naturais do Brasil, não há como aceitar uma drástica mudança de postura do Poder Judiciário Brasileiro em pleno Século XXI. Na lúcida análise do historiador NELSON WERNECK SODRÉ - conseguimos vislumbrar a gênese dos abusos:

“... Em novembro de 1823, agravadas as hostilidades entre o partido dos brasileiros e o partido dos portugueses, que se definiram na Constituinte, o Imperador fechou-a, criou um Conselho de Estado com dez membros, todos brasileiros de nascimento, entregou o governo das províncias a elementos ambientados em cada uma, pondo termo ao regime das Juntas, e determinou a elaboração de uma Constituição que baixaria, como ato seu. Era obrigado a fazer algumas concessões,

todas formais: a recrutar entre brasileiros o Conselho de Estado – quando o essencial estava na constituição e nos poderes deste – a fazer da Constituição outorgada uma via daquela que vinha sendo elaborada pela Constituinte – quando o essencial estava no fato de ser outorgada e, mais do que isso, no fato de que as garantias de liberdade eram amplas na letra e restritas na realidade, em uma como na outra das cartas políticas”. ...” [2]

A sonegação de direitos fundamentais se perpetuou durante os séculos nos atos governamentais e, na atuação do Poder Judiciário; como se os poderes da República estivessem sidos engessados como um único membro, solapando suas reais independências.

A conclusão histórica não foge a realidade. A Regência, e o sistema implantado no Brasil, inspiraram inúmeros desvios no arcabouço do Estado Brasileiro, conforme aduz NELSON WERNECK SODRÉ:

... “Ora, a colocação oficial é, esquematicamente, a de situar a Regência como o caos, a desordem – e o segundo Império como a ordem. Essa colocação é que precisa ser revista. Cumpre destacar, desde logo, a importância do estudo da fase: sem esse estudo não se pode compreender o que foi o Império no Brasil, essa singularidade americana. Não se pode compreender como as rebeliões provinciais – que se prolongam por um decênio além da Maioridade – revelavam as profundas contradições existentes no país. Não se pode compreender o contraste de uma vida política de aparência européia, com Parlamento, sucessão de Gabinetes, revesamento de Partidos, e a realidade do atraso político da população. Não se pode compreender a lentidão com que evolui a estrutura brasileira de produção sob o Império, e os motivos de tal anomalia. Não se pode compreender a luta do centro com as províncias e o movimento pendular centralização – descentralização que foi objeto de tantos debates nos meios políticos nacionais em todos os tempos. Não se pode compreender mesmo a causa da longuíssima vigência do latifúndio e a complexidade de suas ligações com forças externas”. [3]

III – O PODER JUDICIÁRIO E UM HISTÓRICO CERCEADO POR INVASÕES DE PODERES

A Centralização do poder na Constituição de 1824. Em síntese, desde a Independência até o final do período imperial, passando pelo 1º Reinado (1822-1831), período Regencial (1832-1840) e 2º Reinado (1840-1889), inclusive com a experiência parlamentarista do 2º Reinado, buscava-se a centralização do poder, restringindo e condicionando as atribuições das autoridades ao poder dominante do Imperador. As autoridades judiciais que compunham o Poder Judiciário, na época intitulada Poder Judicial, se submetia ao rigor do centralismo e ao poder do Imperador, tipificado no Poder Moderador. Conclusões quanto ao Poder Judiciário. **O Poder Judiciário não era um poder independente.** (grifo nosso). Na prática, não eram respeitadas as expressas garantias constitucionais de inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos, quando havia o interesse oposto da administração; **inclusive, as decisões proferidas pelo judiciário eram discutidas pelo executivo.** (grifo nosso). O Artigo 15 da Constituição de 1824, inciso VII, conferia à Assembléia Geral a atribuição de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las. **O Judiciário não exercia a atribuição de interpretar as leis, tarefa que foi absorvida pelo Executivo, o que complicava o trabalho do Judiciário, que teria de aplicar leis sem que houvesse uma jurisprudência uniforme no Brasil.** (grifo nosso). **O fato de o Supremo Tribunal de Justiça, criado pelo Artigo 163 da Constituição de 1824, não ser considerado uma instância de poder, demonstra ainda mais a dependência do Poder Judiciário durante o período imperial; além disso, não detinha o Supremo Tribunal de Justiça competência para revisar os julgados dos Tribunais da Relação sediados nas Províncias.** (grifo nosso). Assim, era impossível harmonizar a enorme variedade da jurisprudência produzida por todas as Relações das Províncias. **Os juízes também costumavam suscitar consultas aos órgãos do Executivo, através dos Presidentes de Províncias, atitude que resultava na postergação dos feitos e impedia os recursos previstos na lei para os Tribunais da Relação.**^[4](grifo nosso)

Na análise histórica é nítida a dependência do Poder Judiciário dos demais poderes desde o período do Império. Para não adentrarmos em questões mais profundas sobre as inconstitucionalidades daí ocorridas – focamos nossa análise nas questões burocráticas, e que, pela forma como foi constituído todo o arcabouço judiciário no Brasil, é necessário e urgente – que o Poder Judiciário e o Legislador Constitucional encontrassem atalhos viáveis para a celeridade processual e, uma justiça plausível no tempo da duração do processo.

As questões culturais tão debatidas na gênese do povo brasileiro, os índices que se pautam como critérios; como a crise econômica, as desigualdades sociais, os altos índices de desemprego e outros direitos fundamentais não concretizados pelo Estado – intuem criação de formas de resolução de conflitos – que atendam os litigantes, sem que dependam do ‘tempo judicial’ e das características complexas que envolvem a estrutura atual do Poder Judiciário Brasileiro.

Os Institutos da Conciliação e da Mediação vieram para elevar a conscientização dos litigantes, sobre a importância da autocomposição. Com a criação do Projeto de Lei nº 4.827/98, que dispõe sobre a mediação de conflitos, onde no Artigo 3º, que menciona se a mediação poderá ser judicial, não esclarece suficientemente o que seria o instituto da "mediação judicial".

Desde os primórdios do tempo, que parte da humanidade se dedicava à criação de bens para viver enquanto os restantes se dedicavam à solução de conflitos.

Costuma-se dizer que onde está o homem está o conflito, pois mesmo sozinho, tem seus conflitos interiores. Se um ser humano se aproxima de outro surge à possibilidade de conflito entre eles, o que muitas vezes acontece.

Tal possibilidade acentua-se na sociedade contemporânea, pois, com o progresso pós-revolução industrial, os homens se aglomeraram em

idades, o que causou o aumento dos conflitos e, em consequência, a violência que deles nasce. Assim, o conflito é inerente ao ser humano, tanto como indivíduo quanto como ser social.

É um processo de oposição e confronto que pode ocorrer entre indivíduos ou grupos nas organizações, quando as partes exercem poder na busca de metas ou objetivos valorizados e se obstruem entre si no progresso do cumprimento de uma ou mais metas.

Por outro lado, o conflito pode ser definido como sendo toda opinião divergente, ou maneira diferente de ver ou interpretar algum acontecimento. Desde os conflitos próprios da infância, passamos pelos conflitos pessoais da adolescência, e hoje, visitados pela maturidade, continuamos a conviver com o conflito intrapessoal ou interpessoal. São exemplos de conflito interpessoal a briga de vizinhos, a separação familiar, a guerra e o desentendimento entre alunos.

Conflitos sem solução transformam-se num verdadeiro tormento para as pessoas, gerando desesperança, falta de autoestima e uma verdadeira desconfiança em tudo e em todos, inclusive nos profissionais do Direito e nas instituições democráticas, como é o caso do Poder Judiciário.

O conflito em si não é o problema. O problema é a forma de lidar com o conflito.^[5]

Trabalho árduo e de educação, o Poder Judiciário e o Legislador Constitucional – entendem que é preciso uma união de forças dos operadores do direito, para que as partes se conscientizem que a ‘a letra da lei’ – quando afirma como direito fundamental o acesso a justiça, também preconiza o devido processo legal. Essa consciência se estabelece psicologicamente quando aqueles “pedreiros da Justiça”, arquitetam orientações coerentes, induzindo os litigantes a se “autotutelarem” pela autocomposição.

IV – A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO: UM SALTO DE URGÊNCIA PARA O DIREITO E A JUSTIÇA.

A lei processual civil oferece aos operadores do direito o instrumento da conciliação. O mencionado instrumento está previsto em alguns dispositivos do Código de Processo Civil, bem como na legislação especial, a saber, na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/95).

Nos últimos anos, a Conciliação e a Mediação têm sido destacadas como importantes instrumentos para solução rápida e pacífica dos conflitos, quer na área judicial, quer na esfera extrajudicial.

O atual Código de Processo Civil, é bem verdade, tem no seu bojo a utilização da conciliação, nas ações de procedimento sumário (Artigo 275, incisos I e II), como procedimento preliminar à apresentação da defesa pelo réu, em audiência, e nas ações de procedimento ordinário, após o decurso do prazo para a defesa, por designação do juiz, conforme o Artigo 331, § 1º.

Igual previsão está contida na Lei 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais Cíveis.

Ocorre que na prática, essa audiência é pouco ou mal utilizada pelos Magistrados, uma vez que as ações de procedimento sumário, via de regra, são convertidas ao procedimento ordinário; e as audiências preliminares de conciliação, muitas vezes não se realizam por desinteresse das partes, ou pelo pouco empenho dos juízes, que no geral se limitam a perguntarem as partes se têm proposta ou não de composição, sem nenhum empenho para a solução consensual do litígio, o que acaba por prolongar por anos a fio, um processo que poderia ter solução mais rápida e eficiente para as partes. (grifo nosso)

“O giro cultural” oferecido pela Nova Lei Processual Civil – conscientiza as partes de que o velho “chavão jurídico” – “ *Melhor um mau*

acordo, do que uma boa demanda” – aparece agora como instrumentalidade eficiente para que os ânimos dos litigantes se estabilizem no viés da “ paz social”, não alimentando como única “ salvação dos seus males” – as barras do Poder Judiciário ou a decisão do Estado - Juiz da causa.

Se o Poder Judiciário enverga a responsabilidade de dar a devida Tutela Jurisdicional em tempo hábil – têm-se o entrave da natural duração do processo – que converte a esperança da busca do direito, num desconsolo pelo desamparo da Justiça.

CONCLUSÃO:

Os institutos da conciliação e da mediação estão estabelecidos no Novo Código de Processo Civil, Em tempo, no novo procedimento comum, estruturado a partir do artigo 318 do Novo CPC, a regra é a realização da audiência de conciliação ou mediação no início do processo, logo após a apresentação da inicial e a decisão sobre sua admissibilidade (artigo 334).

No particular, o Novo Código, em alteração ao modelo processual vigente (CPC de 1973), conduz inicialmente as partes à solução consensual da controvérsia, para depois, frustrada a possibilidade de autocomposição, passar-se propriamente à fase da resposta. Essa alteração na indução operada pelo Código, conciliação-defesa, importa em ruptura ao sistema em vigor, defesa-conciliação.

Ao entrar em vigor o Novo Código de Processo Civil em 2016, é notório que a evolução cultural da Justiça vai refletir positivamente na elevação cultural da sociedade brasileira. Os advogados das partes deverão trazer como base de suas argumentações, que a autocomposição é o caminho adequado para a resolução dos conflitos de interesses, já que toda e qualquer interferência de poderes constituídos, exigem um longo caminho de discussão de deveres e direitos, amparados no curso natural

do processo, extenuando os envolvidos com os dissabores da pendenga judicial.

A história mais uma vez nos convoca a reflexão nos escritos de **Rousseau**:

“... Teria procurado um país onde o direito de legislação fosse comum a todos os cidadãos, pois quem melhor do que eles podem saber em que condição lhes convém viver juntos numa mesma sociedade?... Mas teria escolhido aquela em que os particulares contentando-se em dar sanção às leis e em decidir, conjuntamente e segundo o parecer dos chefes, os mais importantes negócios públicos, estabelecessem tribunais respeitados, distinguissem com cuidado os diversos departamentos; elegessem a cada ano os mais capazes e íntegros de seus concidadãos para administrar a justiça e governar o Estado; e na qual, sendo a virtude dos magistrados uma prova de sabedoria do povo, uns e outros de honrassem mutuamente”.^[6]

O Direito clama por Justiça. Os homens podem dirigir seus caminhos dentro da razão. A Educação do coração e da alma está dentro dos padrões do Estado Democrático de Direito que institui a Liberdade como Princípio Fundamental, de braços abertos com a solidariedade e a Justiça Social.

Notas:

^[1] LOHMANN, Georg. *The theoretical definitions of human rights of Jürgen Habermas: legal principle and moral corrections*. Pesquisado em, http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732013000400007, 19/11/2015.

^[2] SODRÉ, Nelson Werneck. *As Razões da Independência*. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 1978,. Pág. 173.

[3] SODRÉ, Nelson Werneck. **As Razões da Independência**. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 1978,. Págs. 169/170.

[4] DONATO, Verônica Chaves Carneiro. **O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL: ESTRUTURA, CRÍTICAS E CONTROLE**. FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR VICE-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL. Pesquisado em, <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041679.pdf>

[5] BARROS, Eduardo Vasconcelos. **MEDIAÇÃO COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**. Pesquisado em <http://www.arcos.org.br/artigos/mediacao-como-forma-alternativa-de-resolucao-de-conflitos/>.

[6] ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712 – 1778. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade dos homens**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, págs. 124 – 125.

SÚMULA Nº 443 DO STJ E SEUS REFLEXOS NA DOSIMETRIA DA PENA

ESDRAS SILVA PINTO: Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Especialista em Processo Civil pelo Instituto Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

RESUMO: O artigo que se segue tem como tema a Súmula nº 443 do STJ e seus reflexos na dosimetria da pena. O objetivo do trabalho é analisar os efeitos concretos da mencionada súmula no processo de dosimetria das penas em sentenças condenatórias pelo crime de roubo circunstanciado, tendo em vista que tal ato normativo exige fundamentação concreta para que haja aumento na terceira fase da dosimetria da pena no crime de roubo circunstanciado e não apenas a indicação da quantidade de majorantes. A metodologia utilizada é a bibliográfica e jurisprudencial. A conclusão do artigo é que, embora haja a possibilidade de deslocamento de uma causa de aumento de pena para a primeira fase da dosimetria, de maneira a exasperar a pena-base em razão da análise negativa das circunstâncias judiciais, essa não é uma opção correta, pois burla os princípios legais e a melhor técnica de dosimetria da pena.

Palavras-chaves: penal; roubo; súmula; dosimetria.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo a análise da súmula nº 443 do Superior Tribunal de Justiça e seus reflexos na dosimetria da pena. A súmula nº 443 do STJ exige fundamentação concreta para que haja aumento na terceira fase da dosimetria da pena no crime de roubo circunstanciado e não apenas a indicação da quantidade de majorantes. Ocorre que, no caso de roubos circunstanciados por mais de uma causa de aumento de pena, a

proibição de utilização do critério quantitativo na exasperação da pena influencia na primeira fase da dosimetria, que tem a pena-base aumentada em virtude da causa de aumento excedente. Assim, o presente artigo busca analisar a possibilidade de deslocamento de uma causa de aumento de pena para a primeira fase da dosimetria, de maneira a exasperar a pena-base em razão da análise negativa das circunstâncias judiciais. A metodologia utilizada será de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2. O CRIME DE ROUBO

2.1 BREVE HISTÓRICO

Historicamente, o crime de roubo foi lapidado em sua tipificação até chegar na definição atual. Isso ocorreu devido à confusão entre o crime de roubo e o crime de furto que esteve presente nos ordenamentos jurídicos antigos. Conforme Carollo (2010, p. 169) destaca, “o roubo é primo dileto do furto, tanto isso é verdade que, por longo período na história, o roubo foi tratado como furto em vários ordenamentos penais alienígenas, chegando em algumas leis a ser tipificado como furto violento.”

Durante a Idade Média, o crime de roubo teve seus aspectos patrimonial e pessoal destacados pelos ordenamentos jurídicos germânico e romano. Enquanto o direito germânico ressaltava a tipificação da violência do crime de roubo, o direito romano ressaltava a ofensa ao patrimônio da vítima.

Como ressalta Bitencourt:

“Para o direito germânico a violência empregada em sua execução era o fator preponderante do crime de roubo, ao passo que o direito romano, mais preciso, reconhecia que a maior gravidade da infração penal situava-se na

existência de ofensa a duas objetividades jurídicas distintas: de um lado a patrimonial e, de outro, a ofensa à pessoa (liberdade e integridade). (BITENCOURT, 2013, v. 3, p. 97)”

No ordenamento jurídico brasileiro, o crime de roubo permaneceu sem grandes inovações nas ordenações afonsinas (1447-1521) e nas ordenações manoelinas (1521-1603). Ocorre que, as ordenações afonsinas eram apenas uma reunião de normas influenciadas pelo direito canônico. Já as ordenações manoelinas se limitam a reunir normas feudais e aplica-las às colônias portuguesas.

As ordenações filipinas (1603-1830), por sua vez, inovaram no ordenamento jurídico brasileiro e o crime de roubo ganhou maior delineamento. Conforme as ordenações filipinas, o crime de roubo era tipificado como “*dos que tomão alguma coisa por força*”. Confira-se a descrição do crime de roubo das ordenações filipinas:

“Título LXI – Dos que tomão alguma coisa por força. Pessoa alguma, de qualquer qualidade que seja, não tome cousa alguma per força e contra vontade daquelle, que a tiver em seu poder. E tomando-a per força, se a coisa assi tomada valer mais de mil reis, morra por isso morte natural. E se valer mil reis, ou dahi para baixo, haverá as penas, que houvera, se a furtada, segundo for a valia dela. O que tudo haverá lugar, posto que alegue, que offerencia o preço da cousa ao possuidor, ou que deixou o dito preço: porque, como for contra sua vontade, queremos que haja as ditas penas. Porém, se forem mantimentos, e o que os tomar for Cavalleiro, ou pessoa semelhante, ou dahi para

cima, na haverá a pena desta Ordenação, mas as penas, que dissemos no segundo Livro, titulo 50: Que os Senhores de terras, nem outras pessoas não tomem, etc. E a pessoa, que for provado, que em caminho, ou no campo, ou em qualquer lugar fora da povoação tomou per força, ou contra vontade a outra pessoa cousa, que valha mais de cem reais, morra de morte natural. E sendo de valia de cem reais par abaixo, seja acoutado e degradado para sempre para o Brazil.”^[1]

As ordenações filipinas vigoraram no Brasil até a criação do primeiro código penal, chamado de Código Criminal do Império, em 1830. O Código Criminal do Império de 1830 é caracterizado como o primeiro que trouxe em seu bojo o princípio da legalidade. Nele, o crime de roubo era tipificado juntamente com os crimes contra a pessoa devido à confusão doutrinária quanto ao crime de latrocínio. Assim, os crimes contra a vida e contra o patrimônio foram tipificados no mesmo título. Conforme art. 269 do Código Criminal do Império de 1830, o crime de roubo era definido como “roubar, isto é, furtar fazendo violência à pessoa, ou às cousas. Pena – galés por um a oito anos”.

Conforme entendimento de Carollo (2010, p. 171), houve uma involução no conceito de roubo das ordenações filipinas para o Código Criminal do Império de 1830, pois nesta ultima, houve equiparação entre violência à pessoa e à coisa.

Em 1890 houve a promulgação de um novo Código Penal. No artigo 356 do novo códex, o crime de roubo era tipificado como “subtrair, para si ou para outrem, cousa alheia móvel, fazendo violência à pessoa ou empregando força contra cousa: pena – de prizaio cellular por dous a oito annos”. O Código Penal de 1890 inovou ao definir violência à pessoa (violência física e grave

ameaça) e violência à coisa nos artigos subsequentes ao destacado acima.

Apesar de grande parte da doutrina^[2] entender que o crime de roubo é um furto qualificado pelo emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, o Código Penal de 1940 trouxe a definição de tais crimes em artigos distintos. Tal técnica legislativa teve fundamento nos Códigos alemão e italiano e foi defendido pelo renomado jurista Nelson Hungria (1980, v. 6, p. 54).

Bitencourt (2012, v. 3, p. 98) ressalta que a inovação do Código Penal de 1940, nesta matéria, foi o afastamento definitivo da violência contra a coisa do crime de roubo para o crime de furto e o acréscimo da grave ameaça à pessoa no tipo do crime de roubo.

2.2 CONCEITOS

O crime de roubo está tipificado no artigo 157 do Código Penal vigente e tem como descrição “subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa”.

Da tipificação legal entende-se que o crime de roubo é um crime complexo, pois atinge diferentes bens jurídicos penalmente tutelados, quais sejam, o patrimônio, a integridade física e a liberdade individual.

O sujeito ativo do crime de roubo pode ser qualquer pessoa, razão pela qual tal crime é caracterizado como crime comum. Já o sujeito passivo pode ser o proprietário da coisa, o mero detentor ou um terceiro que sofra violência. Destaque-se que pode haver dois sujeitos passivos, sendo um em relação à coisa e outro em relação à violência.

Conforme tipificação legal, a subtração do crime de roubo caracteriza-se pela violência física, grave ameaça ou qualquer outro meio de redução da resistência.

A violência física utilizada para caracterizar o crime de roubo é o crime equivalente às lesões corporais ou ao delito de vias de fato. Enfim, violência física é o emprego de força contra a integridade física da vítima. Conforme Bitencourt (2013, v. 3, p. 100), “o termo ‘violência’, empregado no texto legal, significa a força física, material, a *vis corporalis*, com a finalidade de vencer a resistência da vítima”.

Grave ameaça, por sua vez, é o fundado receio de mal iminente e grave produzido pelo sujeito ativo no sujeito passivo do roubo. Conforme Bitencourt (2013, v. 3, p. 101), a grave ameaça seria a violência moral ou *vis compulsiva*.

Quanto ao terceiro meio de se executar o crime de roubo – qualquer outro meio de redução da resistência –, configura-se como uma modalidade genérica de se executar o crime. Assim, realizado um suposto crime de roubo em que não se caracteriza a violência física ou moral, há que se aferir se não houve redução da resistência. Uma hipótese de redução da resistência é a utilização de medicamentos para fazer a vítima dormir.

Destaque-se, ainda, que os objetos do crime de roubo são o ser humano e a coisa alheia móvel.

2.3 ESPÉCIES DE ROUBO

O Código Penal distingue o roubo próprio do roubo impróprio, de acordo com o momento em que a violência ocorre.

O roubo próprio é conceituado no *caput* do artigo 157 do Código Penal, segundo o qual “subtrair coisa móvel alheia, para si

ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”. Assim, o roubo próprio se dá quando a violência é meio de se satisfazer a subtração da coisa, ou seja, a violência é empregada antes ou durante a subtração da coisa.

Já o roubo impróprio está indicado no §1º do mesmo artigo. Segundo a norma, “na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro”. Assim, roubo impróprio é aquele em que o autor do crime pratica a violência ou grave ameaça com a finalidade de assegurar a impunidade do crime ou deter o objeto do crime.

2.4 CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

O crime de roubo apresenta cinco majorantes ou causas de aumento de pena §2º do artigo 157 do Código Penal. São elas: roubo em que a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; roubo com concurso de duas ou mais pessoas; roubo em que a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância; roubo em que a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; e, roubo em que o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

Em favor da boa técnica terminológica, importante ressaltar que as situações apresentadas no §2º do artigo 157 do Código Penal são causas de aumento de pena ou majorantes e não qualificadoras. Conforme destacado por Bitencourt, as causas de aumento de pena ou majorantes são situações que modificam o crime apenas na terceira fase da dosimetria da pena ao contrário das qualificadoras, que estabelecem patamares diversos para crimes em outras situações. Confira-se:

“As qualificadores constituem verdadeiros tipos penais – derivados –, com novos limites, mínimo e máximo, enquanto as majorantes, como simples causas modificadoras da pena, somente estabelecem sua variação, mantendo os mesmos limites, mínimo e máximo. Ademais, as majorantes funcionam como modificadoras somente na terceira fase do cálculo da pena, ao contrário das qualificadoras, que fixam novos limites, mais elevados, dentro dos quais será estabelecida a pena-base (BITENCOURT, 2013, v. 3, p. 110).”

As causas de aumento de pena do §2º do artigo 157 do Código Penal, portanto, fundamentam-se no maior temor da vítima na situação em que se executa o roubo. Assim, nestas situações há um aumento da pena na terceira fase da dosimetria da pena.

Ressalte-se que, no caso de eventual presença de duas ou mais causas de aumento de pena, o Código Penal prevê no §2º do artigo 157 que a pena seja majorada de um terço à metade.

3. APLICAÇÃO DA PENA

A aplicação da pena, nos moldes utilizados atualmente, surgiu com o Código Penal Francês de 1810. Este código paradigma foi pioneiro em estabelecer limites mínimos e máximos para cada crime tipificado. Tal maneira de aplicar a pena valorizou a figura do julgador e o princípio do livre convencimento motivado.

Bitencourt (2012, v. 1, p. 752) destaca que a aplicação da pena é um dos aspectos da individualização da pena. Assim, a individualização da pena tem três aspectos. São eles: individualização legislativa (o legislador determina os limites mínimos e máximos em abstrato), individualização judicial (o juiz da

sentença define a pena de acordo com os limites mínimos e máximos) e individualização executória (pena executada).

A efetiva aplicação da pena ou individualização judicial da pena segue critérios lógicos estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para que se entenda, entretanto, faz-se necessário a distinção entre as elementares e as circunstâncias judiciais e legais.

Elementares do tipo penal são os componentes essenciais do tipo penal. Já a circunstância é acidental, ou seja, não é obrigatória no tipo penal. Entretanto, tem a função de agravar ou diminuir a pena (CAPEZ, 2012, v. 1, p. 480). As circunstâncias são classificadas em circunstâncias judiciais e circunstâncias legais.

3.1 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

As circunstâncias judiciais na são determinadas em lei. Entretanto, o artigo 59 do Código Penal define critérios para modular a pena. Assim, conforme tal dispositivo legal, “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

Destaque-se, portanto, que o rol do artigo 59 do Código Penal é apenas critérios para se modular a pena e não as efetivas circunstâncias judiciais.

3.2 CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS

As circunstâncias legais, também chamadas de agravantes e atenuantes genéricas, são aquelas elencadas pela lei penal e de observância obrigatória pelo julgador. As agravantes são indicadas no artigo 61 e 62 do Código Penal. As atenuantes, por sua vez, são indicadas nos artigos 65 e 66 do Código Penal.

Caapez também elenca como circunstâncias legais as causas de aumento de pena e de diminuição de pena (CAPEZ, 2012, v. 1, p. 481).

3.3 DOSIMETRIA

Quanto ao critério de aplicação da pena, o Código Penal utilizou do sistema trifásico. Conforme tal sistema, o juiz fixa, em primeiro lugar, a pena de acordo com as circunstâncias judiciais. Em seguida, o juiz aplica as circunstâncias agravantes e atenuantes. Por fim, o juiz aplica as causas de aumento de pena ou de diminuição de pena.

4. A SÚMULA Nº 443 DO STJ

A Súmula nº 443 do Superior Tribunal de Justiça foi criada com o intuito de pacificar o entendimento dos tribunais nos casos de eventual pluralidade de causas de aumento de pena ou majorantes no crime de roubo. Conforme a Súmula nº 443 do STJ, “o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”.

Anteriormente à edição da súmula, havia dois entendimentos divergentes quando aos casos de pluralidade de causas de aumento de pena. O primeiro entendimento era o de que o aumento em virtude da pluralidade de causas de aumento de pena devia variar de um terço a metade de acordo com a quantidade de

majorantes. O segundo entendimento era o de que o aumento pela pluralidade de causas de aumento de pena varia de acordo com a qualidade das majorantes e não somente pela quantidade delas.

Partidário do primeiro entendimento, Greco (2012, v. 3, p. 86) afirma que o aumento da pena com base no número de causas de aumento de pena não torna a majoração subjetiva. Além disso, o doutrinador entende que haveria melhor fiscalização quanto aos parâmetros de aumento quanto às majorantes do crime de roubo.

Nucci (2003, p. 515), por sua vez, é partidário do segundo entendimento. Conforme o doutrinador, o fundamento para exasperação na terceira fase da dosimetria da pena não é a quantidade de causas de aumento de pena, mas a gravidade dos meios empregados. Dessa forma, Nucci defende o critério qualitativo na exasperação da pena base em decorrência da pluralidade de majorantes.

Devido à edição da Súmula nº 443 do STJ, em 28/4/2010 e publicada no Diário Oficial de Justiça em 13/5/2010, o entendimento foi pacificado. Finalmente, o aumento em virtude da pluralidade de causas de aumento de pena no crime de roubo varia entre um terço e metade, sendo que para que o aumento alcance patamar superior ao mínimo, deve haver uma fundamentação lógica e qualitativa sobre cada uma das causas de aumento de pena.

Em julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a Defesa apelou de sentença condenatória pela redução para o patamar mínimo da fração referente às causas de aumento de pena do inciso I, II e V do §2º do artigo 157 do Código Penal. Em decisão fundamentada na Súmula nº 443 do STJ, a 1ª Turma Criminal do egrégio Tribunal se manifestou pela redução da fração em virtude da inexistência de fundamentação qualitativa. Segue trecho do voto do relator Desembargador Mario Machado:

“Na terceira fase da dosimetria, o Juiz sentenciante aumentou a pena em 5/12 (cinco doze avos) pela presença das causas de aumento de pena relativas ao concurso de pessoas, porte de arma de fogo e restrição da liberdade das vítimas. A jurisprudência pátria vem-se posicionando no sentido de que o simples número de causas de aumento, não é suficiente para majorar a sanção acima do patamar mínimo de 1/3 (um terço). Para tanto é necessária fundamentação qualitativa em relação a cada uma delas, sob pena de se ferir o princípio constitucional de individualização da pena estampado no art. 5º, inciso XLIV, da Carta Magna.

Entendimento que foi sumulado em recente enunciado de nº 443 do Superior Tribunal de Justiça: ‘O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação de número de majorantes’.

Ressalta-se, portanto, que o aumento acima do mínimo legal reserva-se para situações especiais de criminalidade mais violenta, como, por exemplo, quando empregadas várias armas ou armamento de grosso calibre, número excessivo de agentes, o lapso temporal expressivo em que a vítima ficou em poder dos agentes.

No caso, embora haja a ocorrência de três causas de aumento, na ausência de

fundamentação idônea no decreto condenatório, necessária a fixação do percentual mínimo legal previsto, razão pela qual mantenho o aumento em 1/3 (um terço), e a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multas, no valor unitário mínimo legal. Apelação Criminal 2006011088874-0 (0042704-49.2006.8.07.0001 - Res.65 - CNJ) DF, publicada no DJE em 16/10/2012.”

Ocorre que, diversos julgadores começaram a utilizar outra maneira de utilizar a pluralidade de majorantes para agravar a pena fixada ao réu. De acordo com tal técnica, apenas uma das causas de aumento de pena do §2º do artigo 157 do Código Penal é utilizada na terceira fase da dosimetria da pena, enquanto que as demais causas de aumento de pena são utilizadas para agravar a pena-base na primeira fase da dosimetria da pena.

Bitencourt discorre sobre a técnica apresentada acima:

“Havendo a incidência de mais de uma causa de aumento, três correntes disputam a preferência dos especialistas: a) deve-se proceder somente a um aumento, fundamentado numa das causas existentes – se houver mais de uma majorante, as demais podem ser consideradas como agravantes ou, não havendo previsão legal, como simples circunstâncias judiciais (art. 59), valorável na fixação da pena-base; b) o aumento, quando variável (v.g., um sexto a dois terços, ou um terço até metade), deve ser proporcional ao número de causas incidentais – assim, configurando-se somente uma majorante, o aumento pode limitar-se ao

mínimo; incidindo, contudo, mais de uma, a elevação deve ser maior, podendo atingir inclusive o máximo da majoração permitida, v.g., até metade, dois terços, etc.; c) a existência de mais de uma causa de aumento não significa, por si só, a elevação da pena na mesma proporção – o julgador, exercendo seu poder discricionário, pode optar por um único aumento, por o que deve ser considerado é a gravidade do meio empregado ou do modus operandi, e não o número de incisos do §2º que se posse configurar (BITENCOURT, 2013, v. 3, p. 117).”

Considerando-se que a segunda técnica apresentada por Bitencourt não mais pode ser utilizada pelos julgadores em virtude da Súmula nº 443 do STJ, a não ser que apresente fundamentação qualitativa, a primeira técnica apresentada pelo doutrinador está ganhando maior destaque nos julgados atuais.

Confira-se sentença condenatória em que a pena-base foi exasperada em virtude de uma causa de aumento de pena, enquanto que a segunda causa de aumento de pena foi utilizada na terceira fase da dosimetria.

“Ante o exposto, julgo procedente a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia para condenar H. H. D. S. N., devidamente qualificado nos autos, nas penas do art. 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal.

Atenta às diretrizes dos artigos 59 e 68 do CPB, passo à individualização da pena:

Observa-se que: a) a culpabilidade do acusado vem demonstrada por meio de regular

índice de reprovabilidade; b) é primário (fl. 21); c) sua conduta social não foi devidamente investigada; d) também não há elementos para aferir sua personalidade; e) os motivos para a prática do crime são injustificáveis e reprováveis, portanto, inerentes ao crime em comento; f) as circunstâncias foram às comuns do tipo. **Tendo em vista o fato de o roubo ter sido duplamente circunstanciado, pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes, registro que uma das circunstâncias (emprego de arma) será utilizada para majorar a pena-base enquanto a segunda circunstância (concurso de agentes) só será utilizada na terceira fase da dosimetria;** g) as consequências foram, praticamente, as de rotina para delitos desta espécie; h) o comportamento da vítima, em nada contribuiu para a prática delitativa.

Sendo assim, após a detida análise de suas circunstâncias judiciais, as quais não lhes são de todo favoráveis, fixo-lhe a pena-base um pouco acima do mínimo legal para a imputação, ou seja, em 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Diante do comando do art. 68 do Código Penal, verificam-se a ausência de agravantes e a presença da atenuante da menoridade relativa, pois à época do fato o agente contava com menos de 21 (vinte e um) anos de idade. Desse modo, diminuo a reprimenda em 3 (três) meses,

fixando-a, por ora, em 4 (quatro) anos de reclusão.

Reconheço a existência da causa de aumento de pena prevista no inc. II, § 2º, do art. 157 do Código Penal (considerando que a outra circunstância foi utilizada para majorar a pena-base), razão pela qual aumento a reprimenda em 1/3 (um terço), fixando-a, DEFINITIVA E CONCRETA, em 05 (CINCO) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO.”

Ocorre que, embora a utilização de uma das causas de aumento de pena como critério de exasperação da pena-base esteja se tornando comum nos modernos julgados, a prática configura burla a Súmula nº 443 do STJ. Tendo em vista que a Súmula nº 443 do STJ foi editada com a finalidade de não se agravar a pena na terceira fase da dosimetria da pena sem fundamentação qualitativa – e tão apenas o critério quantitativo – é incabível que a causa de aumento de pena sobressalente em casos de roubos com pluralidade de majorantes seja utilizada como circunstância judicial negativa na primeira fase da dosimetria e seja utilizada para agravar a pena definitiva.

Assim, a boa técnica jurídica, com respeito ao princípio do direito penal, aos conceitos dos institutos jurídicos e aos critérios de dosimetria da pena, não permite que uma causa de aumento de pena seja utilizada como circunstância judicial.

CONCLUSÃO

O trabalho analisou o crime de roubo, as formas de aplicação da pena e a Súmula nº 443 do Superior Tribunal de Justiça. No primeiro item, foram apresentadas as características básicas do crime de roubo e suas elementares e causas de aumento

de pena. No segundo item, a aplicação da pena foi destrinchada, bem como a diferença entre circunstâncias judiciais e legais. Por fim, no terceiro item, foi apresentada a polêmica utilização de uma causa de aumento de pena para exasperar a pena-base na primeira fase da dosimetria.

Conforme apresentado, a Súmula nº 443 do STJ foi editada como solução para a equivocada aplicação de fração superior ao mínimo legal com fundamento na quantidade de causas de aumento de pena do crime de roubo majorado.

Entretanto, após edição da súmula, os julgadores passaram a deslocar uma das causas de aumento de pena para a primeira fase da pena, de maneira a negatizar as circunstâncias judiciais.

O presente trabalho concluiu que o deslocamento de uma causa de aumento de pena para a primeira fase da dosimetria, de maneira a exasperar a pena-base em razão da análise negativa das circunstâncias judiciais apresenta-se como burla à mencionada súmula e não representa a boa técnica do direito penal e processual penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 1. Editora Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 3. Editora Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 1. Editora Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 2. Editora Saraiva, 2012.

CAROLLO, João Carlos. **Os Crimes de Furto, Roubo e o Latrocínio**. Editora Lumen Iuris, 2010.

GRECO, Roberto. **Curso de Direito Penal**. Volume 3. Editora Impetus, 2012.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Editora Forense, 1980.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Notas:

[1] Em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>, acessado em 02/12/2015.

[2] Luiz Regis Prado, Nelson Hungria, Cezar Roberto Bitencourt entre outros.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EXECUÇÃO FISCAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

GUSTAVO BEZERRA MUNIZ DE ANDRADE:
Procurador do Estado de São Paulo, Especialista em Direito Tributário pelo IBET, graduado pela Universidade Federal da Bahia.

I – INTRODUÇÃO

Fixar um termo inicial para o que hoje se denomina execução fiscal no direito brasileiro é uma tarefa árdua vez que, sendo a arrecadação de tributos uma das atividades essenciais do Estado para que possibilite o acúmulo de receitas, viabilizando o custeio de suas atividades, seguramente e, de certo com uma feição autoritária^[1], esta modalidade de procedimento, *lato sensu*, iniciou-se mesmo antes da independência do Brasil, na era Colonial, com a cobrança do quinto (relativo ao ouro), dos Direitos Régios (sobre a importação) e o Dízimo Real (sobre os produtos agrícolas e trabalho do agricultor), prosseguindo durante o período Imperial e a República.

No período republicano, são três os diplomas que tratam da execução fiscal: o Decreto-Lei n. 960/38, o Código de Processo Civil de 1973 e a Lei n. 6.830/80, também conhecida como Lei de Execuções Fiscais. Destaca-se que o primeiro destes já se encontra revogado tacitamente pelas legislações posteriores, a exemplo da própria Lei n. 6.830/80. Com relação ao Código de Processo Civil atual, de relevo mencionar que sua aplicação é subsidiária à Lei de Execução Fiscal, por força do artigo 1º deste. Analisa-se, na seqüência, os traços marcantes destes diplomas.

II – DIPLOMAS LEGAIS

II.1 Decreto Lei n. 960/38

A legislação antiga que mais se assemelha com o procedimento executivo previsto na Lei n. 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais) é o, já

revogado, Decreto Lei 960/38, firmado pelo, então presidente, Getúlio Vargas, no qual se dispunha acerca da cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, sendo aplicado em todo o território nacional.

Ao longo dos seus 77 (setenta e sete) artigos, este diploma legal prevê de qual forma se dará o procedimento executivo, sendo marcante não só o espectro reduzido de garantias que o contribuinte possuía, como o poder de instruir *ex officio* o processo que detinha o juiz.

Como se depreende do artigo 6º, a citação inicial somente era instruída com a certidão de dívida ativa quando necessário, sendo realizada por mandado, que, ao ser cumprido, obrigava ao réu pagar *incontinenti* a importância pleiteada, sob pena de imediata constrição de seus bens, por meio da penhora. Não sendo o mesmo encontrado, adotar-se-ia o seqüestro, sem a exigência de justificação prévia, sendo este, após findo o prazo de citação por edital, convertido em penhora.[2]

A forma de defesa, ante a execução fiscal, estava prevista nos artigos 16 e 17[3] da legislação. Previam tais artigos que o réu poderia se valer dos embargos no prazo de 10 dias da ocorrência da penhora ou, nos casos de citação mediante carta precatória, do retorno desta ao juízo deprecante, tendo o acusado o dever, conforme preceitua a teoria da concentração da defesa[4], de alegar em sua peça toda a matéria que lhe será útil, juntando documentos, indicando e requerendo os meios de provas cabíveis, sendo as exceções argüidas em preliminar de embargos, não se admitindo a reconvenção e a compensação. Intimada da oposição dos embargos, a Fazenda Pública possuía o prazo, também de 10 dias, para impugná-lo, conforme descrito pelo artigo 18[5], podendo instruir a execução com as provas que lhe conviessem.

Como aventado, o juiz tinha a liberdade de, visando a assegurar celeridade ao rito executivo, ampliar ou reduzir as diligências probatórias, bem como requerê-las sem a provocação das partes. Preceituava o artigo 21 que o juiz, teria ampla liberdade na direção da prova, podendo ordenar, de ofício, a sua produção, concedê-la ou denegá-la, ampliá-la ou restringí-

la, assegurando, assim, que a causa tivesse uma decisão célere e conforme à justiça.

Nos termos do artigo 23^[6], em audiência de instrução e julgamento, após oportunizado ao réu e ao representante da Fazenda o prazo de 15 minutos, cada um, para sustentação oral de suas razões, o juiz proferia a sentença, elaborando o escrivão resumo, tanto da audiência, quanto da sentença proferida, que, após, autenticação pelo juiz, era juntada aos autos.

Proferida a sentença julgando procedente a execução fiscal, proceder-se-ia a avaliação dos bens penhorados, nos termos dos artigos 25^[7] e ss., e, concluída esta, a designação para dentro de 48 horas ocorrer, segundo previsão dos artigos 32^[8] e ss., a arrematação.

Em breve síntese, e a fim de embasar o presente estudo, esta era a sistemática adotada pelo Decreto-Lei 960/38 que, nos termos do artigo 77, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1949, sendo revogada pelo Código de Processo Civil de 1973 que unificou as disposições processuais esparsas outrora existentes com o antigo Código de Processo Civil de 1939, abrangendo as disposições no Decreto-Lei previstas. (PIRES; LIMA, 2008, p. 71).

II.2 Código de Processo Civil de 1973

Passa-se, agora, a análise do Código de Processo Civil de 1973, no que tange a execução por quantia certa contra devedor solvente, tendo o cuidado de estudar não a legislação nos moldes atuais, depois de diversas reformas, necessárias a atribuir ao procedimento executivo de celeridade, mas aquela vigente à época da entrada em vigor da Lei de Execução Fiscal, diploma que, posteriormente, veio a tratar das ações que visam à satisfação do crédito da Fazenda Pública.

Com o intuito de dotar o presente estudo de fidedignidade e clareza de entendimento, importante o exame da doutrina àquela época, sendo apreciados os “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. VIII, de

Almicar de Castro, datado de 1983 e as “Primeiras linhas de Direito Processual Civil”, vol. III, de Moacyr Amaral Santos, de 1984.

Ensina Moacyr Amaral Santos que ocorreria a execução por quantia certa quando o título executivo sujeitasse o devedor ao pagamento de quantia certa em dinheiro, tendo como objeto o título executivo que poderá ser tanto judicial (decorrente de um pronunciamento do Poder Judiciário), como extrajudicial (títulos que a lei atribui força executiva direta). (SANTOS, 1984, p. 271-272)

A redação do artigo 585 do Código de Processo Civil, então, elencava os títulos executivos extrajudiciais.

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

I - A letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata e o cheque;

II - O documento público, ou o particular assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, do qual conste a obrigação de pagar quantia determinada, ou de entregar coisa fungível;

III - os contratos de hipoteca, de penhor, de anticrese e de caução, bem como de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade;

IV - o crédito decorrente de foro, laudêmio, aluguel ou renda de imóvel, bem como encargo de condomínio desde que comprovado por contrato escrito;

V - o crédito de serventário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;

VI - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

VII - todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva

Desta forma, a Fazenda Pública teria de ser valer do Código de Processo Civil para executar os seus créditos perante os contribuintes, utilizando as normas elencadas nos artigos 646 e ss., ora analisadas.

Despachada a petição inicial, de acordo com o artigo 652, o devedor era citado por Oficial de Justiça para, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, pagar ou nomear bens à penhora e, não sendo encontrado, poderia aquele arrestar-lhe tantos bens quando bastassem para garantir a execução.

Oferecidos bens em garantia, o devedor oferecia embargos no prazo de 10 (dez) dias, contatos da intimação da penhora, do termo de depósito, conforme o antigo artigo 738, sendo estes autuados em apartado. Destacase, assim, que os embargos à execução somente eram admitidos quando houvesse a prévia garantia do juízo, sendo omissos o código, em sua redação original, a respeito do efeito em que eram estes recebidos.

Recebidos estes, o exeqüente era intimado para impugná-los no prazo de também de 10 (dez) dias, sendo designada data para a audiência de instrução e julgamento.

A ação de execução, nestes casos, conforme leciona Moacyr Amaral Santos, nada mais era do que a realização da sanção, formulada na sentença ou contida, por força de lei, no título executivo extrajudicial. Desta forma, continua o autor, haveria de serem observados os princípios e às disciplinas processuais, sendo possível, conforme visto, ao executado se insurgir por meio dos embargos, alegando toda a matéria que retire a certeza

e a liquidez dos títulos extrajudiciais, vez que a presunção era *iuris tantum*. (SANTOS, 1984, p. 398)

Tratando da amplitude do objeto dos embargos, informa ainda o autor que (1984, p. 399):

[...] no caso de execução fundada em título extrajudicial, como este não se ampara numa sentença que haja declarado a certeza do direito do credor, poderá esta ser impugnada pelo devedor. Por isso, nessa espécie de execução, ao devedor será permitido impugná-la não só por fundamentos que poderia alegar na execução baseada em título judicial com ainda por fundamentos que poderia aduzir, como defesa, no processo de conhecimento.

Isto porque, não havendo contraditório no processo de execução, já que somente existem atos executivos, seria ilógico destituir o devedor de um instrumento hábil a combater uma pretensão infundada, motivo pelo qual os embargos à execução, apesar de ação autônoma, possuem caráter eminentemente de defesa.

A regulação do procedimento executivo fiscal pelo Código de Processo Civil, todavia, não durou por muito tempo, haja vista a edição da Lei n. 6.830/80, cuja especialidade justamente visou dotar de maior celeridade o processo de execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública, o que prejudica uma análise mais acurada deste elenco de normas, no que pertine às execuções fiscais.

Todavia, verifica-se que os embargos à execução por título extrajudicial, via de regra, eram dotados de efeito suspensivo, conforme menciona Moacyr Amaral Santos (1984, p. 410), alinhando-se à doutrina de Pontes de Miranda, Barbosa Moreira e Celso Neves, sendo enfático no que pertine a aqueles opostos contra as execuções fundadas em título extrajudicial.

E a razão desta regra é óbvia. Não tendo havido, em processo de conhecimento, apreciação e julgamento quanto à relação jurídica entre credor e devedor decorrente desse título e, assim, ficando em aberto as questões porventura existentes, que, tivesse havido aquele processo, teriam sido objeto de sentença, que as dirimiria, na execução baseada em título extrajudicial confere-se ao devedor oportunidade de suscitá-las por meio de ação de embargos visando à tutela do seu direito pela sentença que nela se proferir. Bem por isso o campo dos embargos, nessa espécie de execução, foi ampliado ao máximo, nele sendo cabíveis quaisquer matérias, que de processo, quer de mérito, impeditivas, modificativas ou extintivas do direito do credor exequente. [...] A sentença, nos embargos, tem a função de suprir a que constitui o título em que se baseia a execução fundada em título judicial. É a sentença nos embargos que delimita o campo da execução, que só se justifica com o âmbito em que foi proposta, se os rejeitar.

Este, inclusive, é o mesmo entendimento de Almicar de Castro (1983, p. 391), ao comentar as peculiaridades dos embargos à execução:

Nosso processo executivo é do tipo denominado pelos autores italianos de contraditório eventual, uma vez que, em razão do título em que se funda, pode perfeitamente funcionar sem litígio; e quando o litígio aparece com os embargos é por iniciativa do executado, como autor. Os embargos do executado suspendem a execução, dando lugar a novo processo, onde a posição das partes se inverte; e se o executado-embargante, a respeito de seus embargos recebidos, faz as vezes de autor, está claro que se for

extinto o processo dos embargos, o executado-embargante fatalmente será esmagado no processo da execução, por força do título líquido e certo em que se baseia a pretensão do exequente-embargado.

Assim, verifica-se que os embargos à execução, por sua natureza de ação- contestação, no âmbito da legislação processual civil, em vigor pouco antes da edição da Lei de Execuções Fiscal, eram dotados, em regra, de efeito suspensivo, devendo o legislador, nos casos em que entendesse necessário, retirar expressamente o aludido efeito. (SANTOS, 1984, p. 474)

Concluída a análise da execução fiscal à luz do Código de Processo Civil, impende realizar o estudo do seu tratamento na Lei n. 6.830/80, que regula atualmente este procedimento, o que é feito nas próximas linhas.

II.3 Lei n. 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais)

Objetivando um trâmite mais célere das execuções por quantia certa em que figurasse como credor a Fazenda Pública, criou-se a Lei n. 6.830/80, legislação específica, também conhecida como Lei de Execuções Fiscais – LEF, que regula a cobrança judicial dos débitos inscritos na Dívida Ativa dos entes da federação e suas autarquias, conforme previsto em seu artigo 1º.

Assim, a cobrança judicial dos aludidos créditos, que outrora era regulado pelo Código de Processo Civil, passou a ser tratada em lei específica, sendo aplicado, conforme o artigo 1º, apenas subsidiariamente o antigo regulamento.

O artigo 2º da Lei de Execuções Fiscais descreve que a Dívida Ativa da Fazenda Pública é composta tanto por débitos de natureza tributária como por aqueles de caráter não tributário, previstos na Lei n. 4.320/64^[9], que determina as normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, incluídos nestes a atualização monetária, juros, multa de mora e os demais encargos previstos em lei ou contratos,

complementando o tratamento dado pelo artigo 201 do Código Tributário Nacional, recorda Cleide Previtalli Cais. (2004, p. 562)

Acerca da amplitude do alcance da Dívida Ativa da Fazenda Pública, Humberto Theodoro Júnior, citado por Cleide Previtalli Cais (2004, p. 565), leciona que:

A Lei 6.830 dá abrangência ampla ao conceito de Dívida Ativa e admite a execução fiscal como procedimento judicial aplicável tanto à cobrança dos créditos tributários como dos não-tributários. Até mesmo as obrigações contratuais, desde que submetidas ao controle da inscrição, podem ser exigidas por via da execução fiscal. Segundo tal inovação, nem sequer exige que haja previsão contratual a respeito da possibilidade de executar-se o crédito fazendário. Basta apurar-se a sua liquidez e realizar-se a devida inscrição em Dívida Ativa, para que a Fazenda Pública esteja autorizada a promover a execução fiscal.

Portanto, uma vez inscrito o débito na Dívida Ativa, podem os entes da federação se valer do procedimento especial criado pela Lei de Execuções Fiscais, destacando o artigo 3º e seu parágrafo único que este título executivo goza de presunção de certeza e liquidez relativa, podendo ser ilidida mediante prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

Verifica-se, assim, (CAIS, 2004, p. 566), que a lei de execuções fiscais reproduziu disposição constante do artigo 204 do Código Tributário Nacional, ressaltando que a norma codificada atribui o efeito de prova pré-constituída a este título executivo.

Este, inclusive, é o entendimento de José da Silva Pacheco (2008, p. 74), sendo de suma importância a análise por ele feita com relação ao artigo 3º da Lei de Execução Fiscal.

Como é sabido, pode a presunção ser *juris et de jure*, isto é, plena, absoluta, incontestável, ou *juris tantum*, ou seja, relativa, passível de prova em contrário. A Lei n. 6.830/80 concebe a dívida ativa, inscrita de conformidade com o estabelecido no art. 2º, como dotada de presunção *juris tantum* de certeza e liquidez. O documento que a certificar faz presumir que a dívida ativa, a que se refere, existe, pelos valores constantes do respectivo termo de inscrição.

A certeza diz respeito à sua existência regular, com origem, desenvolvimento e perfazimento conhecidos, com natureza determinada e fundamento legal ou contratual indubitoso.

A liquidez concerne ao valor original do principal, juros multa, demais encargos legais e correção monetária, devidamente fundamentados em lei.

O órgão encarregado da inscrição faz a prévia verificação administrativa de sua legalidade quanto à existência e aos valores. A inscrição faz nascer a dívida ativa, que, por ter sido, antes, apurada e examinada quanto à legalidade existencial e quantitativa, tem presunção de certeza e liquidez.

Proferido o despacho citatório, interrompendo o prazo prescricional de cobrança do crédito tributário, o executado, na forma prevista no artigo 8º, será citado via correios, por Oficial de Justiça ou edital para, “no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução”¹⁰¹.

Importante ressaltar que o despacho citatório interrompe a prescrição, mas não por força do §2º do artigo 8º, constante na LEF. Isto porque a Lei n. 6.830/80 tem natureza de lei ordinária, não podendo tratar deste tema, em razão previsão constitucional inscrita no artigo 146, inciso III, aliena “b”, que determina ser matéria exclusiva de lei complementar tratar de normas gerais em matéria de legislação tributária, dentre elas a prescrição e decadência. O despacho citatório somente obteve forças para interromper a prescrição a partir da Lei Complementar 118, que modificou a redação do artigo 174, inciso I, do Código Tributário Nacional que, apesar de ser lei ordinária, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar fosse.

A garantia da execução fiscal, conforme disposição do artigo 9ª da Lei de Execução Fiscal, abarcará o valor da dívida, juros e multa de mora e encargos legais indicados na Certidão de Dívida Ativa, mediante: i) depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária; ii) fiança bancária; iii) bens a serem penhorados, observando a ordem inscrita no artigo 11 da própria lei; iv) bens de terceiros a serem penhorados.

Caso o executado não pague a dívida, nem garanta a execução, abre-se a oportunidade ao exequente determinar os bens do devedor que serão penhorados, excetuando, logicamente, os que a lei determine como impenhoráveis, atualmente os elencados no artigo 649 do Código de Processo Civil^[11] e em outras legislações esparsas.

Finalizada esta fase, obrigatória para a admissibilidade dos embargos à execução, inicia-se o prazo de 30 (trinta) dias para oposição destes, que será o primeiro dia seguinte ao depósito, à juntada da carta de fiança bancária e da intimação da penhora.

Os embargos à execução, à semelhança da matéria já prevista do Decreto-Lei 960/38, deverão conter toda a matéria de defesa, requerendo a produção de provas, a juntada de documentos, não sendo admitida a reconvenção, nem a compensação, sendo as exceções, salvo as de

suspeição, incompetência e impedimentos, argüidas como matéria preliminar e processadas e julgadas com os embargos.

Recebidos estes, o juiz mandará intimar a Fazenda para, em 30 (trinta) dias, impugná-los, designando, conforme determina o artigo 17 da lei, dia para audiência de instrução e julgamento.

Caso a execução fiscal seja garantida, porém, não embargada, a Fazenda Pública será intimada para manifestar-se sobre a garantia da execução (art. 18) e, não sendo estes opostos ou caso sejam os embargos rejeitados, no caso de garantia prestada por terceiro, este será intimado, sob pena de contra ele prosseguir a execução nos próprios autos, para, no prazo de 15 (quinze) dias remir o bem, se a garantia for real ou pagar a dívida, nos termos determinados na Certidão de Dívida Ativa, conforme previsão inscrita no artigo 19 da lei.

Destaca-se, à luz da doutrina de Mauro Luís Rocha Lopes (2007, p. 124), que *“a remissão de que trata o dispositivo em questão é o ato processual de remir ou resgatar, e não se confunde com a remissão, ato de remitir ou perdoar, que vem a ser instituto de direito material”*, fazendo alusão ao artigo 156, inciso IV, do Código Tributário Nacional, que descreve uma das formas de extinção do crédito tributário.

Determinam os artigos 22 a 24, em síntese, que a arrematação será precedida de edital, afixado no local de costume, ocorrendo a alienação de quaisquer bens penhorados somente mediante leilão público e que a Fazenda Pública poderá adjudicar os bens penhorados em duas hipóteses: i) antes do leilão, pelo preço da avaliação, se a execução não for embargada ou se rejeitados os embargos e; ii) findo o leilão se não houver licitante, caso em que o preço será o da avaliação do bem, ou havendo licitantes, com preferência, em igualdade de condições com a melhor oferta, no prazo de 30 (trinta) dias, sendo deferida pelo juiz a adjudicação, quando a avaliação ou valor da melhor oferta for superior ao crédito determinado da Certidão de Dívida Ativa, se a diferença for depositada, pela exequente, à ordem do juízo, no prazo de 30 (trinta) dias.

Da análise da Lei de Execuções Fiscais, verifica-se que, além de dotar de celeridade o procedimento executivo do título extrajudicial correspondente aos débitos da Dívida Ativa, esta estabelece inúmeros prerrogativas para a Fazenda Pública.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “exagerados e injustificáveis”, posicionamento que se coaduna Cleide Previtalli Cais (2004, p. 594-595), a seguir transcrita, que, todavia, diverge do eminente autor com relação às suas críticas, no que tange a descodificação deste processo executivo que, conforme já demonstrado, estava inserido no Código de Processo Civil.

Não partilhamos, com a devida vênia, da primeira crítica, porque ao Estado, como provedor do bem comum, há de assistir meio célere para fazer ingressar em seu patrimônio o que lhe é devido e infundadamente não lhe é pago, obedecendo aos princípios constitucionais e processuais que devem nortear o curso de qualquer processo em juízo. Lei específica voltada a tal objetivo, se instituindo passos céleres não contrariar princípios fundamentais, há de merecer acolhida, não podendo ser repelida ao entendimento de que já estaria codificado um procedimento de execução instituído pelo Código de Processo Civil.

Porém, ao mesmo autor assiste razão quando menciona os privilégios ‘exagerados e injustificáveis’, introduzidos em alguns dispositivos da Lei 6.830/80 em favor da Fazenda Pública e de suas autarquias, porque no sistema democrático o princípio da isonomia constitui verdadeiro pilar na ordem constitucional.

Aponta, ainda, CAIS (2007, p. 595) que as disposições contidas na Lei de Execuções Fiscais apresentam contornos discriminatórios, elencando

uma série de artigos que apresentam desarrazoada vantagem à Fazenda Pública, como, por exemplo, o artigo 25, ao estabelecer que a intimação do representante da Fazenda Pública dar-se-á pessoalmente, enquanto o executado é intimado por meio da imprensa oficial, informando que, mesmo sendo esta a regra geral adotada no sistema processual brasileiro, isto não se justificaria nas execuções fiscais, nas quais sempre a Fazenda Pública está em situação de superioridade.

Outro exemplo digno de nota é o artigo 26, que determina a possibilidade de a qualquer tempo, a execução fiscal ser extinta, por cancelamento da inscrição da dívida ativa, não sendo o executado ressarcido dos eventuais gastos com a contratação de causídico. (CAIS, 2004, p. 596)

V - CONCLUSÃO

Verifica-se, então, que o tratamento dado às execuções fiscais no direito processual brasileiro, desde o Decreto-Lei n. 960/38, passando pela aplicação do Código de Processo Civil de 1973, até o atual regramento previsto na Lei nº 6.830/80, apesar de atenuado com o decorrer do tempo, em razão da evolução dos princípios constitucionais tributários, sempre beneficiou, com razão – apesar das críticas – a Fazenda Pública, primeiro por ela ser credora de um título executivo extrajudicial com presunção *juris tantum* segundo, em razão da supremacia do interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei n. 4.320**, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **In:** Presidência da República Federativa do Brasil. Legislação da República Brasileira. Brasília. 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm>

BRASIL. **Lei n. 6.830**, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. In: Presidência da República Federativa do Brasil. Legislação da República Brasileira. Brasília. 1980. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6830.htm.>

CAIS, Cleide Previtalli. **O processo tributário**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CAIS, Cleide Previtalli. Execução Fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Execução Fiscal**: conferência inaugural José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária (Pesquisas tributárias. Nova série; 14). 2008, p. 185-198

CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil Vol. VIII – Arts. 566 a 747**. In: BERMUDEZ, Sergio (Coord.). Comentários ao Código de Processo Civil 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

DIDIER JÚNIOR, Fredie – **Direito processual civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva**; 5ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2005

PACHECO, José da Silva. **Comentários à Lei de Execução Fiscal: Lei n. 6.830, de 22-9-1980**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil: adaptados ao novo código de processo civil**. 7ª.ed. 3º vol. São Paulo: Saraiva, 1984.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História do Brasil**: São Paulo: Editora Scipione, 1997

[1] Como exemplo de exigência afrontosa aos direitos dos contribuintes pode-se citar a derrama, cobrança de impostos efetuada por soldados portugueses, chamados de dragões, que estavam autorizados a invadir as

casas e a tomar tudo o que tivesse valor, a fim de completar as 100 arrobas devidas à metrópole. (VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. História do Brasil: São Paulo: Editora Scipione, 1997. p. 136)

[2] Art. 6º. A citação inicial, que será requerida em petição instruída com a certidão da dívida, quando necessário, far-se-á por mandado para que o réu pague *incontinenti* a importância da mesma; se não o fizer, pelo mesmo mandado se procederá à penhora. No caso do art. 2º, § 2º, a petição inicial será instruída com a conta do alcance, definitivamente julgado, ou com o contrato e a conta feita de acordo com ele e visada pela autoridade competente. § 1º Não encontrado, ou se ocultando o devedor, pelo mesmo mandado se procederá ao seqüestro, independentemente de justificação. Se dentro em dez dias não for ainda encontrado para ser intimado, o que o oficial certificará, a citação far-se-á por edital; findo o prazo deste último, converter-se-á o seqüestro em penhora. § 2º. Do mandado e do auto da diligência dar-se-á contra-fé, ao réu.

[3] Art. 16. O réu deduzirá a sua defesa por meio de embargos, dentro em dez dias contados da data da penhora, ou no caso do artigo 10, parágrafo único, da entrada da precatória no cartório do Juízo deprecante. Nesse prazo deverá alegar, de uma só vez articuladamente, toda a matéria útil à defesa, indicar ou requerer as provas em que se funda, juntar aos autos que constarem de documentos e, quando houver, o rol de testemunhas, até cinco. Parágrafo único. Quaisquer exceções, dilatórias ou peremptórias, serão arguidas como preliminares dos embargos, e juntamente com estes processadas e julgadas.; Art. 17. Nos processos desta natureza não se admite reconvenção ou compensação.

[4] “A regra da eventualidade (*Eventualmaxime*) ou da concentração especificada da defesa na contestação significa que cabe ao réu formular toda a sua defesa na contestação. Toda defesa deve ser formulada de uma só vez como medida de previsão *ad eventum*, sob pena de preclusão. O réu tem o ônus de alegar tudo o quanto pode, pois, caso contrário, perderá a oportunidade de fazê-lo”. (DIDIER JÚNIOR, 2005. p. 435/436).

[5] Art. 18. O escrivão dará vista dos autos ao representante da Fazenda, pelo prazo de dez dias, para impugnar a defesa, e indicar ou requerer as provas que julgar necessárias; juntar aos autos as que constarem de documentos e, se houver, o rol das testemunhas, até cinco.

[6] Art. 23. Na audiência de instrução e julgamento o representante da Fazenda e o do réu farão, oralmente e dentro do prazo de quinze minutos para cada um, a sustentação de suas razões e a apreciação da prova produzida. Antes do debate o juiz, si entender conveniente, ouvirá os

depoimentos do réu, das testemunhas e dos peritos. Afinal, proferirá, a sentença. § 1º Do que ocorrer na audiência, e especialmente da sentença, o escrivão fará, por escrito, um resumo, que juntará aos autos depois de autenticado pelo juiz.

[7] Art. 25. Julgada subsistente a penhora, proceder-se-á à avaliação dos bens penhorados.

[8] Art. 32. Concluída a avaliação, com a juntada do laudo serão os autos conclusos ao juiz para a designação, dentro em 48 horas, de dia, hora e local para a arrematação, em hasta pública, dos bens penhorados.

[9] [LEI Nº 4.320, DE 17 DE MARÇO DE 1964](#). Art. 30, § 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais. [\(Parágrafo incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 20.12.1979\)](#)

[10] Lei n. 6.830/80 – Artigo 8º.

[11] Código de Processo Civil. Art. 649 - São absolutamente impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII- a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela

família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança; XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político.

A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NAS DECISÕES PENAIS E SEUS EFEITOS NO CRIME DE ESTUPRO

RODRIGO SILVA FRANÇA DE ALMEIDA: Acadêmico da Faculdade Estácio de Macapá.

OTÁVIO LUÍS SIQUEIRA COUTO: Orientador e Docente da Faculdade Estácio de Macapá,

RESUMO: O presente artigo científico tem o intuito de compreender a relação entre a mídia, sendo este um importante canal de veiculação de notícias, e os seus efeitos nas decisões penais relacionadas ao crime de estupro, visando descrever de que forma a mídia exerce a sua função social, ainda, investigar se o magistrado pode ser influenciado pelo clamor público e como a mídia pode influenciar negativamente na defesa do suposto criminoso. Será analisado ainda, acerca da viabilidade de indenização, em face dos danos morais decorrentes de tais notícias. O artigo fora elaborado através de pesquisas bibliográficas relacionadas ao tema, onde foram tomados como base artigos científicos depositados em banco de dados eletrônicos, além de livros doutrinários de Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal. Em suma, o trabalho visa tratar especificamente da inobservância de princípios constitucionais, quando a mídia não toma cuidados mínimos com a divulgação de notícias ligadas ao crime de estupro.

Palavras-chave: Estupro, Imprensa, Influência, Princípios, Desrespeito.

ABSTRACT: The present paper aims to understand the relationship between the media, and their effects on criminal decisions related to the crime of rape, being an important channel of airing of news, in order to describe how it exerts a social function also investigate how the magistrate can be influenced by public outcry and how the media can influence negatively in the defense of the alleged criminal. Will be analyzed, about the feasibility of compensation, in the face of non-material damage arising from such news. The article was prepared through bibliographic research related specifically to the topic, where they were taken as basis scientific articles deposited in electronic database, as well as doctrinal books on constitutional law, criminal law, criminal procedural law. In summary, the work aims to

treat the failure of constitutional principles, specifically, when the media does not take minimal care with the dissemination of news related to the crime of rape.

Keywords: Rape, Press, Influence, Principles, Disrespect.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o intuito de compreender como a mídia, sendo um importante canal de veiculação de notícias influencia nas decisões penais quando relacionados ao crime de estupro, conduta criminosa prevista no artigo 213, do Código Penal Brasileiro e no artigo 1º, inciso V, da Lei 8.072/90 que dispõe sobre os crimes hediondos, demonstrando ainda, como contribui para a inobservância de princípios basilares da Constituição Federal de 1988.

Visa analisar e descrever como a mídia, sendo uma formadora de opinião pública, pode ter influência sobre as decisões interlocutórias dos magistrados quando relacionadas ao crime de estupro. Importante destacar que essas decisões interlocutórias são aquelas decisões proferidas pelo magistrado no decorrer do processo, possuindo conteúdo decisório, sem, contudo, apreciar o mérito, ou seja, decisão que não põe fim ao processo.

Ao longo do artigo será abordado primeiramente de que forma a mídia exerce a sua função social; investigar se o magistrado pode ser influenciado pelo clamor público; como a mídia pode influenciar negativamente na defesa do suposto criminoso, contribuindo para a inobservância de direitos fundamentais, conforme assegura a Constituição Federal de 1988 e como a justiça brasileira da viabilidade de indenização, em face dos danos morais decorrentes de tais divulgações forem caluniosas.

Destaca-se que ao tratar sobre a relação da mídia e a sociedade brasileira, será feito uma abordagem histórica,

comentando-se acerca do período ditatorial, e as conquistas alcançadas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde foram consagrados os direitos fundamentais, destacando-se o direito constitucional da liberdade de imprensa, que correspondente ao direito e função social de transmitir e veicular informações, notícias ou opiniões sobre fatos considerados relevantes para a sociedade.

Vê-se, em alguns casos, que direitos amplamente assegurados pela Constituição Federal, por exemplo, a presunção de inocência acabam sendo usurpados pela mídia, que muitas vezes apenas se preocupa em informar, sem buscar a veracidade dos fatos noticiados, o que pode influenciar nas decisões penais dos magistrados..

A metodologia utilizada neste artigo foi a pesquisa bibliográfica além de doutrinas de direito penal, direito processual penal, que tratam de uma forma mais detalhada sobre o delito de estupro, também doutrinas de direito constitucional, para explicitar que direitos constitucionais podem estar sendo lesados pela conduta da mídia, e ainda, utilizou-se a obra de Rafael de Souza Lira, Mídia sensacionalista - o segredo de justiça como regra, que trata especificamente sobre a mídia sensacionalista, sendo o tema discutido no decorrer do trabalho. Sendo assim, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, baseada em legislação, doutrina, publicações acessadas via internet, tendo-se como método a pesquisa qualitativa e parcialmente exploratório.

Cumprir destacar que este artigo não visa censurar o exercício do direito da mídia de informar, mas sim, demonstrar que é possível a sua responsabilização diante de danos que possa causar aos direitos de outrem.

O tema a ser apresentado no trabalho é de suma importância para o âmbito jurídico, uma vez que quando deixados de lado os

direitos assegurados pela Constituição Federal, grandes malefícios são gerados, de forma que impossibilitam a realização da mais lúdima justiça.

Diante do que fora explanado, pretende-se responder a seguinte problematização: a mídia manipula ou exerce o seu papel de informar quando na veiculação de notícias ligadas ao crime de estupro?

Faz-se mister, inicialmente, estabelecer a relação entre a mídia e a sociedade brasileira, o que será detalhado no capítulo a seguir.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 RELAÇÃO MÍDIA E A SOCIEDADE BRASILEIRA

Há um divisor de águas entre a mídia e a história da sociedade brasileira é a Constituição Federal de 1988, posto que foi através desta Carta Magna, que houve a consagração de vários direitos.

Antes da instituição da Constituição Federal, o Brasil passou por um período ditatorial, onde era governado por militares, período de 1964 a 1985.

Segundo a autora Maria José de Rezende (2013, p.113), em sua obra destacou que nesse período, “só restava um caminho a seguir: aceitar as regras que o regime impunha”, onde destacou que o governo alertava que não aceitaria nenhuma espécie de crítica ao governo.

Conforme destaca Lira (2014, p.21):

(...) vários momentos sangrentos da história do Brasil, principalmente aqueles relacionados

ao exercício da liberdade de expressão, pensamento, reunião e tantos outros valores, hoje consagrados como direitos fundamentais, mas que no passado eram considerados, pelos militares, como afrontas à manutenção do governo autoritário, ainda são fortes entraves à criação de uma legislação infraconstitucional para regular o exercício da imprensa.

Importante destacar que a liberdade de expressão era quase inexistente durante este período, uma vez que qualquer tipo de manifestação contrária ao Estado eram censuradas, e mais, aqueles que não fossem a favor da ditadura sofreram punições, até mesmo ao ponto de serem expulsos do país.

Segundo Lira (2014, p.26) ao tratar sobre a censura, destaca:

(...) os textos censurados eram substituídos por espaços em branco. Algumas vezes, os editores dos periódicos substituíam os textos censurados por outros que destoavam completamente do assunto tratado naquele espaço, como forma de protesto à censura e para mostrar aos leitores que ali tinha um texto que fora censurado. Exemplo disso era a oposição de um classificado em meio às notícias sobre a guerra.

Portanto, toda notícia que fosse considerada como inadequada aos olhos dos governantes era censurada.

No entanto, com a promulgação da Constituição Federal Brasileira em 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã” deu-se o início ao Estado Democrático de Direito, conforme prevê

em seu artigo 1º, dando origem a direitos, deveres e garantias fundamentais.

Um importante direito fundamental implementado no ordenamento jurídico brasileiro, com a Constituição Federal de 1988, foi o direito à liberdade de manifestação de pensamento, criação, de expressão e informação, estabelecido no artigo 220.

Pelo mencionado artigo, presume-se garantido toda e qualquer manifestação do pensamento, da criação, da expressão, e informação sobre qualquer forma, processo ou veículo de comunicação, não podendo, portanto, sofrer qualquer restrição. Ainda, proíbe qualquer tipo de censura ideológica, política e artística.

Neste diapasão, Saraiva (2006, p.27) destaca que “ (...) a Constituição proíbe qualquer restrição ou qualquer embaraço ao direito de informação, erigindo esta condição como uma das prerrogativas do Estado Democrático de Direito.”, ou seja, o direito de informação não pode sofrer qualquer tipo de restrições, em razão da garantia constitucional.

Assim, é importante destacar como esse direito que é assegurado constitucionalmente é desenvolvido e aplicado na prática.

Segundo Hernandez (2013, p.83) “(...) em um canal de notícias, algumas unidades noticiosas são consideradas de maior interesse do que outras. Cada jornal aperfeiçoou mecanismos que “comunicam” o que é mais importante, o que merece mais ou menos atenção”, ou seja, com base em mecanismos, a mídia consegue selecionar o que é mais interessante, o que mais chama atenção do público.

Segundo Frazão Neto (2006, p.60) “O objetivo desses mecanismos é a “audiência”, que no mercado publicitário, a palavra, além de transmitir a dimensão do canal de comunicação, expressa também a quantidade de espectadores envolvidos com este veículo publicitário (...)”.

Vale dizer, esta audiência é extremamente valiosa para todo o mercado publicitário, pois quanto maior a divulgação, mais pessoas terão acesso ao que está sendo veiculado, conseqüentemente a geração de lucro através de “pontos de audiência” estará sendo alcançado.

Diante disto, percebe-se que a forma em que é empregada pela imprensa as notícias ligadas a fatos criminosos é capaz de fazer com que a sociedade se sinta atraída pela dramatização, situação esta que fica muito evidente, principalmente, na veiculação de notícias relacionadas à crimes contra a dignidade sexual.

2.2 DA FUNÇÃO SOCIAL DA MÍDIA

A mídia exerce um papel fundamental na sociedade, na informação, educação e entretenimento ao público, possuindo ainda vários direitos previstos pela Constituição Federal de 1988, inclusive possuindo um Capítulo próprio (Capítulo V), que trata da “Comunicação social”.

Sobre o papel da mídia na sociedade Oliveira (2010, p.14) destaca:

(...) a mídia televisada, sem dúvida, representa o mais eficiente elemento de aculturação de nosso tempo. No Brasil, ela chega aonde a escola não chega. Com o crescimento da criminalidade, a mídia passou, no cumprimento de sua missão de informar, a

desempenhar um papel de grande relevância, pois é nítida a sua influência na própria distribuição da justiça penal.

Não há dúvidas de que a mídia televisada é um dos meios de comunicação mais eficientes, uma vez que é o meio mais utilizado e consegue atingir o seu objetivo de informar ao maior número de pessoas, assim, na divulgação de fatos criminosos é nítida a sua influência na sociedade.

Acerca do seu papel, na veiculação de fatos criminosos, Oliveira (2010, p.14) ressalta:

Alguns agentes do sistema penal se tornam presas fáceis das câmeras. Razões ligadas à própria natureza humana os deixam vulneráveis à exposição midiática e, com isso, deixam de ter presentes responsabilidades e deveres inerentes às suas funções de juiz, advogado, promotor e delegado.

Portanto, em razão da atividade exercida pelos agentes do sistema penal, sendo advogados, delegados, promotores e juízes, acabam sendo foco da mídia, uma vez que estes tratam diretamente com o crime, assim, possuem informações relevantes acerca dos fatos destes.

Observa-se que é através da mídia que os atos processuais chegam ao conhecimento do povo, utilizando-se da linguagem simples, concisa, para que todos possam entender o que fora noticiado. Portanto, quando o seu papel é realizado de forma objetiva, alcança a sua finalidade, e seus efeitos tornam-se positivos.

Entretanto, tem o seu lado negativo, pois quando os fatos são noticiados de forma leviana, sem os cuidados mínimos referentes à sua verdade, em um contexto criminológico, podem acarretar diversos malefícios para todo o sistema penal.

Com base nisso, percebe-se o quanto a mídia utiliza-se do sensacionalismo, ou seja, a mídia divulga informações sem os devidos cuidados com a veracidade dos fatos, com o intuito apenas de ganhar audiência, desrespeitando o que é assegurado pela Constituição Federal.

Lira (2014, p.4) destaca:

O sensacionalismo que planta ideia de que a criminalidade aumenta a cada instante ; que a polícia prende e o judiciário solta, o que não é verdade, mas que é capaz de banalizar o fenômeno crime; minimizar a solidariedade; aumentar o punitivismo social e, principalmente, eliminar direitos e garantias fundamentais conquistadas com tanto sangue derramado por aqueles que lutaram pela democracia.

Portanto, percebe-se que o sensacionalismo, sendo um mecanismo utilizado pelas empresas midiáticas acabam contribuindo para que haja a criação de um sentimento de insegurança por parte do Estado e principalmente que este não faz nada diante dos crimes praticados, porém ao contrário do que se pensa, o direito e garantias fundamentais estão previstas pela Constituição Federal de 1988, ou seja, o Estado deve assegurar ao suposto criminoso.

Como dito anteriormente, é possível observar a influência da mídia, principalmente, em casos ligados à crimes

contra a dignidade sexual, por exemplo, no crime de estupro, cuja análise será feita a seguir.

2.3. ESTUPRO E SUA HEDIONDEZ

O crime de estupro está tipificado no artigo 213, do Código Penal Brasileiro, que resulta na conduta “constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Sobre o crime, Cezar Roberto Bitencourt (2014, p.969) trata da alteração advinda da Lei 12.015/2009, onde alterou a terminologia “crimes contra os costumes”, onde passou a tutelar a dignidade sexual, diretamente vinculada à liberdade e ao direito de escolha de parceiros.

Cumprе esclarecer que a Lei mencionada acima revogou o artigo 214, do Código Penal, que tratava do atentado violento ao pudor, no entanto, não houve a “abolitio criminis”, ou seja, o crime não foi abolido, mas sim, foi incorporado ao citado artigo 213, do Código Penal por força do artigo 2º da referida Lei.

Desta forma, depreende-se que a intenção do legislador ao unificar os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, foi garantir uma maior tutela jurisdicional ao direito da liberdade sexual.

Sobre o bem jurídico protegido a partir da redação determinada pela lei supracitada, Bitencourt (2014, p.969) enfatiza ser “a liberdade sexual da mulher e do homem, ou seja, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo recusar inclusive o próprio cônjuge, se assim o desejarem.”.

Importante destacar que este crime está elencado na Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), onde no artigo 1º, inciso V da referida lei, traz um rol taxativo de crimes considerados hediondos.

Os crimes hediondos são aqueles crimes que aos olhos dos legisladores, merecem maior reprovação do Estado, em razão da sua complexidade e gravidade quando comparados com os outros crimes.

2.4. INOBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Um dos princípios mais desrespeitados quando ocorre a divulgação dos fatos criminosos é o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, que estabelece: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Novelino (2012, p.561), acerca do princípio da inocência, destaca que “depreende-se que o legislador constituinte está se referindo ao princípio constitucional doutrinariamente conhecido como princípio da presunção de inocência ou princípio da não-culpabilidade”.

Assim, conclui-se que até que seja provada a culpabilidade do indivíduo, a sua inocência será mantida.

Sobre o assunto, Novelino (2012, p.561) destaca que o “princípio da presunção de inocência, enquanto instrumento de proteção da liberdade, tem por finalidade de evitar juízos condenatórios precipitados.”.

Portanto, diante de um ilícito cometido por um indivíduo, o Estado deverá dar todas as garantias constitucionais a este, permitindo-o que se defenda em conformidade com a lei, e não tenha a sua liberdade cerceada. Desta forma, sendo necessário um

processo. Assim, antes do trânsito em julgado deste, o indivíduo deverá ter a sua inocência mantida.

Távora (2012, p.55) segue no mesmo sentido, aponta que “o reconhecimento de autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado”.

Portanto, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, todos são considerados presumivelmente inocentes, ou seja, através da presunção de inocência o Estado será impedido de tratar como culpado antes de uma sentença definitiva.

A Carta Magna de 1988, também traz uma série de garantias constitucionais, cita-se, por exemplo, a garantia da ampla defesa e do contraditório, delineada nos termos do artigo 5º, LV, ao asseverar que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Desta forma, estas garantias pode-se inferir que não há porque se condenar ou retirar a presunção de inocência de alguém, sem que haja uma sentença condenatória transitada em julgado, e principalmente que todos merecem utilizar-se da ampla defesa e do contraditório, para defender-se de imputações direcionadas a si.

Assim, com toda a influência exercida pela mídia sobre a sociedade e sobre os procedimentos penais, verifica-se que na prática estes direitos fundamentais do indivíduo acabam sendo deixados de lado, nesse mesmo sentido, Oliveira (2010, p.14) aponta que “(...) a dignidade e os direitos do culpado devem ser respeitados, para que o sejam os do inocente. Não se esquecendo que qualquer um pode ser atingido por uma acusação infundada”, ou seja, em razão de ser um conduta humana, ninguém poderá afirmar que jamais cometerá um crime.

Segundo Scartezzini (2006, p.567), os danos decorrentes da comunicação social, em geral, têm origem na colisão entre direitos fundamentais:

A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Importante destacar que esta colisão entre direitos fundamentais, obrigatoriamente precisam ser dirimidas por um juiz, para identificar limites dos direitos envolvidos, aplicando o uso da proporcionalidade, objetivando solucionar a questão.

Segundo Lira (2014, p. 33) ao tratar da colisão entre direitos fundamentais aponta:

a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, diante da colisão entre a garantia do exercício da liberdade de imprensa e a proteção dos direitos de personalidade dos cidadãos, entendeu que a melhor forma de equalizar a questão seria aplicar o processo de ponderação

em dois blocos de proteção, sendo que um se sobreporia ao outros em um momento e, posteriormente, o outro se sobreporia ao primeiro, se acaso houvesse violação a algum direito individual de personalidade.

Portanto, com esses ensinamentos fica evidente que os Tribunais Superiores, apontam que há esta colisão de direitos fundamentais, os quais merecem ser analisados com cautela pelo poder judiciário.

2.5 PREJUÍZO NA DEFESA DO SUPOSTO CRIMINOSO

Quando a mídia utiliza-se de mecanismos sem os mínimos cuidados com a veracidade dos fatos, mesmo com a defesa técnica de um advogado ou defensor público, a defesa do suspeito de cometer a prática delituosa, pode sofrer prejuízos.

A defesa técnica tem por objetivo conceder ao réu o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da acusação, visto que é a parte mais fraca da relação jurídica, ante a força do Estado.

O Código de Processo Penal Brasileiro, em seu artigo 261 traz em seu *caput* “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. Portanto, a sua ausência é vedada.

Lira (2014, p.11) destaca:

(...) ainda que o referido cidadão - suspeito ou acusado formalmente de cometer um crime - disponha de defesa técnica combativa, é bem possível que com a “mistura de informações de facto e de juízos de valor ele [veja] a sua vida,

sua família, as suas atitudes interiores dissecadas perante a nação”. No fim ele estará civicamente morto, vítima de assassinio da honra (Rufmord)

Portanto, é possível que em razão das informações prestadas, a sua vida em um todo pode ser dissecada perante a sociedade.

Nesse sentido, Lira (2014, p.12) aponta que “nesse sentido, a despeito da desigualdade de armas entre a imprensa e o investigado/réu, força é convir que a mídia sensacionalista propaga o medo travestido em noticia”. E ainda, destaca que:

(...) medo sentido pelo investigado/réu que vê sua dignidade, como pessoa humana, aniquilada diante das telas de TV, nas capas de jornais, blogs, etc. Medo que se eleva à potência infinita se considerada a velocidade com que a informação é transmitida atualmente, sobretudo com uso da internet.

Cumprе destacar que não são apenas pelos meios de comunicação tradicionais (TV, jornais, rádio, etc.), mas também pelas redes sociais, que são estruturas que inter-relacionam pessoas, que estão conectadas pelas mais diversas relações. Cada qual se relaciona de acordo com as suas preferências e particularidades.

Importante destacar que essas redes sociais tem transformado a forma de se comunicar das pessoas, tamanha a capacidade do seu alcance, influenciando opiniões e trazendo informações em questão de segundos.

O artigo 20, do Código de Processo Penal Brasileiro estabelece que incumbe a autoridade policial assegurar, no inquérito, o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse social.

No entanto, não é o que se vê na prática, uma vez que a mídia muitas vezes utiliza-se do sensacionalismo para chamar atenção, divulgando informações, imagens e depoimentos no calor dos acontecimentos, no intuito da majoração de sua visualização e no ponto de vista financeiro.

Oliveira (2010, p.14) destaca que “a mídia, em geral, noticia o fato e passa a exigir a prisão do mero suspeito, onde muitas vezes nem sequer inquérito ainda foi instaurado. Com isso, despreza o devido processo legal, constituído pelas fases legalmente previstas, que devem ser vencidas até a sentença”, ou seja, com esta exigência de cárcere do suposto criminoso, contribui para que haja a inobservância do devido processo legal.

Segundo Lira (2014, p.2):

Definitivamente, a facilidade de transmitir informações colocou em xeque os direitos fundamentais de personalidade, de modo a implodir, dentre outros, o clássico bem jurídico *honra*, transformando suas partículas em novos e independentes bens jurídicos (...).

Ora, em razão dessa facilidade com a divulgação de informações, direitos fundamentais, conforme já fora mencionado acabam sendo inobservados, de forma que vão de afronta à norma constitucional.

Diante disso, é importante que haja cautela nas divulgações de fatos criminosos, uma vez que estas podem trazer prejuízos para

a defesa do suposto criminoso, acarretando na inobservância de direitos constitucionais.

Vale dizer, tais evidências relacionadas ao desrespeito aos direitos fundamentais ocorre quase que diariamente, em razão da publicidade que é dada aos fatos criminosos.

Vê-se que, os magistrados mesmo tendo que tomar decisões imparciais, acabam sendo influenciados, mesmo que de forma indireta, nas suas decisões, pois em algumas situações acabam sendo proferidas em razão do clamor público, consequência da influência exercida pela mídia sobre a sociedade.

Neste ponto, cabe enfatizar que no Direito brasileiro é plenamente cabível a reparação pecuniária decorrente do dano moral sofrido por àquele injustamente acusado.

2.6 DA REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO

Em razão do crime de estupro ser considerado um crime hediondo e veemente repudiado pela sociedade, muitas vezes certos cuidados não são tomados com a sua divulgação, contribuindo mesmo que de forma indireta em alguns “atropelos” processuais.

Oliveira (2010, p.14) destaca:

Com a exagerada exposição do suspeito, a imprensa televisada impõe-lhe uma pena cruel e perpetua, pois a sua imagem terá sido para sempre destruída. A sanção da desmoralização pública não se restringe ao suspeito, uma vez que atinge todos os que lhe são próximos, porque ninguém é poupado do perverso posicionamento da sociedade perante o crime.

Um exemplo desses atropelos processuais é a decretação da prisão preventiva, pois para que esta seja decretada pelo magistrado devem-se preencher os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, sendo: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, garantia de aplicação da lei penal, garantia da ordem econômica e descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. E ainda, esta deve ser fundamentada, conforme prevê o artigo 315 do mesmo código.

No entanto, verifica-se que a decisão proferida não deve ser negligenciada por conta da gravidade do crime, ou seja, em razão do crime de estupro ser considerado como hediondo, não podendo servir como indicador de periculosidade, mas na prática não é o que ocorre na maioria das situações, que em razão do clamor público gerado, os magistrados acabam tomando decisões contrárias a norma legal.

Ainda, com a grande exposição dos suspeitos, a sociedade é instigada a condenar o indivíduo antes mesmo que haja um processo criminal, tornando uma condenação prévia, podendo causar prejuízos físicos e morais.

Assim, a justiça brasileira, através do seu poder jurisdicional, tomam atitudes em relação a estas irregularidades, uma vez que provado a inocência do suposto criminoso, o agente causador da exposição arbitrária dos fatos, será obrigado a repará-lo, através de indenização por dano moral.

O dano moral caracteriza-se como a ofensa ou violação dos bens de ordem moral de uma pessoa, que se referem à sua honra e a sua saúde (mental). De forma que tal violação poderá acarretar em indenização, conforme é assegurado pela Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

**X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.
(GRIFO MEU)**

No mesmo sentido, o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 186, estabelece que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente mora, comete ato ilícito”.

Sobre a reparação do dano, o Código de Processo Penal é claro, o artigo 630 aponta que “O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) na súmula 221 assegura que “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

Assim, com o intuito garantir o direito da vítima, entende-se que pode também integrar no pólo passivo da demanda, além da empresa junto com o jornalista responsável pela divulgação danosa, à pessoa que fora responsável pelo fornecimento das informações prestadas ao meio midiático.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - LEI DE IMPRENSA (n. 5.250/67, art. 49, § 2º) - DANOS MORAIS - PÓLO PASSIVO - PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA - POSSIBILIDADE - Escolha do autor, tanto contra a empresa titular do veículo de comunicação, como ao jornalista ou contra aquele que a tanto deu margem - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

Desta forma, a imprensa não pode atuar de forma abusiva, causando prejuízos ao particular ou a sociedade em geral, pois, se assim fizer, será imputado o dever de ressarcimento do dano causado.

Neste mesmo sentido, Lira (2014, p.33) destaca:

(...) a maioria da composição do STF entendeu que, em um primeiro momento, a imprensa deveria ser livre e plural, sem o que

não poderia munir os cidadãos de informações para que esses pudessem fiscalizar os Poderes do Estado. No entanto, se no exercício da liberdade de imprensa fossem violados direitos individuais de personalidade do cidadão, surgiria a esse o direito subjetivo de socorrer-se ao Poder Judiciário para reclamar as respectivas responsabilizações dos agentes de imprensa.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal aponta que quando houver a violação do direito individual de personalidade do cidadão, este poderá procurar o Poder Judiciário com o intuito de responsabilizar o agente causador do dano.

No entanto, verifica-se que há a falta de lei que regule o exercício de imprensa, de forma que contribui para que haja tanto desrespeitos aos direitos fundamentais.

Segundo Lira (2014, p.20):

No Brasil, a falta de lei regulamentadora do exercício de imprensa contribui para a realidade até aqui exposta. Não se trata de censura, pois a imprensa deve continuar a ser livre, como atividade fundamental própria de um Estado de Direito. No entanto, a imprensa deve ser regulada, a fim de que seus profissionais conheçam e respeitem seus limites, sob pena de se outorgar caráter absoluto à liberdade de imprensa, privilégio que nem a vida detém.

Assim, percebe-se que através de uma norma infraconstitucional seria de grande utilidade para equilibrar esta colisão de direitos fundamentais, ainda, essa legislação regulamentadora não teria o intuito de censurar o exercício da

imprensa, mas sim, estabelecer limites que possam garantir que os direitos fundamentais de imprensa, bem como as dos cidadãos sejam devidamente respeitados.

3 CONCLUSÃO

Conclui-se que a mídia sendo uma formadora de opinião tem sido determinante para decisões interlocutórias ilegais, nas quais sua influência tem prejudicado mesmo que de forma indireta na imparcialidade dos magistrados.

Tal fenômeno se dá em decorrência da forma em que as informações são prestadas ao público, onde os meios midiáticos divulgam de forma leviana, não se atentando com a veracidade dos fatos, onde no calor da situação, passam a informar, divulgar imagens, declarações e nomes de supostos criminosos, sem os devidos cuidados.

Assim, em decorrência dessa mídia sensacionalista, que tem o intuito que a notícia divulgada tenha repercussão, acabam contribuindo para inobservância do direito fundamental do indivíduo assegurado pela Constituição Federal de 1988, onde ninguém será considerado culpado antes de sentença penal condenatória transitado em julgado, ou seja, antes de uma sentença irrecorrível o indivíduo não poderá ser considerado culpado, tendo assim, até esta fase processual a sua presunção de inocência ou de não-culpabilidade mantida.

Diante disto, é sabido que os magistrados mesmo tendo que tomar suas decisões com imparcialidade, não podendo ser influenciado por opiniões de terceiros, muito menos por influência do clamor público, gerado pela comoção social, no entanto, percebe-se que ao tratar de fatos criminosos, a mídia amparada pelo seu direito de liberdade de imprensa, através de uma mídia sensacionalista, instiga a sociedade a criar um repúdio por aquele

suposto criminoso, e assim, mesmo que de forma indireta, levado pelos seus valores ou preconceitos, gerados pela mídia ou até mesmo pela sua índole, o magistrado inevitavelmente acaba tomando decisões contrárias à lei penal, como por exemplo, a decretação da prisão preventiva sendo fundamentada com o clamor público, e em conformidade com o ordenamento jurídico tal medida é manifestamente inconstitucional.

Portanto, diante da pesquisa que fora realizada, verifica-se que a mídia exerce um papel fundamental na sociedade, sendo de divulgar informações sobre assuntos relevantes socialmente, no entanto, verifica-se muitas vezes esta função social não é empregada com esta finalidade, e sim apenas para alcançar os pontos de audiência, visando o lucro.

Acontece que, os meios de comunicação não mais se preocupam com a essência do fato que se noticia, uma vez que todos os esforços dos jornalistas e todos aqueles que fazem parte deste mundo, têm se encaminhado a “enfeitar” as notícias, como se fosse criado um enredo de uma estória, com o intuito de torná-la mais interessante ao público.

Assim, em face do crime de estupro ser considerado como um crime hediondo, sendo um crime repudiado pela sociedade, cria-se a imagem que aquele que for suspeito deste crime, deve ser logo punido, sem ao menos respeitar os procedimentos legais, gerando assim, um desrespeito ao que prevê a lei penal e constitucional.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Alagoas. **Superior tribunal de justiça**. REsp 719.592/AL, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, 4ª turma, julgado em 12.12.2005, DJ 01.02.2006 p. 567.

BRASIL. São paulo. **Superior tribunal de justiça**. REsp 210.961/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, 4ª turma, julgado em 21.09.2006, DJ 12.03.2007 p. 234.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – parte especial 3**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Rogério. **Manual de direito penal - parte especial (art. 121 ao 361)**. 6ª Ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodium, 2014.

FRANZÃO NETO, Angelo. **Midialização: o poder da mídia**. São Paulo: Nobel, 2006.

HERNANDES, Nilton. **A mídia e seus truques: o que o jornal, revista, TV, rádio e internet fazem para captar e manter a atenção do público**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Contexto, 2012.

LIRA, Rafael. **Mídia sensacionalista - o segredo de justiça como regra**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. **Mídia e crime**. Revista Prática Jurídica – Ano IX, n. 105, p.14, dezembro, 2010.

REZENDE, Maria José de. **A ditadura militar no Brasil: repressão e pretensão de legitimidade: 1964-1984** – Londrina: Eduel, 2013.

SARAIVA, Paulo. **Constituição e mídia no Bras.il.** São Paulo: MP editora, 2006.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal.** 7ª Ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodium, 2012.

TESSITURAS À CARTA DE VENEZA (1964): CARTA INTERNACIONAL SOBRE CONSERVAÇÃO E RESTAURAÇÃO DE MONUMENTOS E SÍTIOS

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 da Carta de Veneza (1964) e as disposições acerca da conservação e restauração de monumentos e sítios. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. 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. Tutela Jurídica. Documentos Internacionais.

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 Tessituras à Carta de Veneza (1964): Carta Internacional sobre Conservação e Restauração de Monumentos e Sítios.

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 cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, 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”*^[4]. 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^[5]. 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 N.º. 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 aceção 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 *ocaput* 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 *docaput* 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 subsiste 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 Nº 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural

(jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[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 insertos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 Tessituras à Carta de Veneza (1964): Carta Internacional sobre Conservação e Restauração de Monumentos e Sítios

Em um primeiro momento, cuida anotar que a Carta de Veneza (1964) explicita que o conceito de monumento histórico engloba, não só as criações arquitetônicas isoladamente, mas também os sítios, urbanos ou rurais, nos quais sejam patentes os testemunhos de uma civilização particular, de uma fase significativa da evolução ou do progresso, ou algum acontecimento histórico. Este conceito é aplicável, quer às grandes criações, quer às realizações mais modestas que tenham adquirido significado cultural com o passar do tempo. A conservação e o restauro dos monumentos devem recorrer à colaboração de todas as ciências e técnicas que possam contribuir para o estudo e a proteção do patrimônio monumental. A conservação e o restauro dos monumentos têm como objetivo salvaguardar tanto a obra de arte como as respectivas evidências históricas. Para a conservação dos monumentos é essencial que estes sejam sujeitos a operações regulares de manutenção. A conservação dos monumentos é sempre facilitada pela sua utilização para fins sociais úteis. Esta utilização, embora desejável, não deve alterar a disposição ou a decoração dos edifícios. É apenas dentro destes limites que as modificações que seja necessário efetuar poderão ser admitidas. A conservação de um

monumento implica a manutenção de um espaço envolvente devidamente proporcionado. Sempre que o espaço envolvente tradicional subsista, deve ser conservado, não devendo ser permitidas quaisquer novas construções, demolições ou modificações que possam alterar as relações volumétricas e cromáticas.

Um monumento é inseparável da história de que é testemunho e do meio em que está inserido. A remoção do todo ou de parte do monumento não deve ser permitida, exceto quando tal seja exigido para a conservação desse monumento ou por razões de grande interesse nacional ou internacional. Os elementos de escultura, pintura ou decoração que façam parte integrante de um monumento apenas poderão ser removidos se essa for a única forma de garantir a sua preservação. O restauro é um tipo de operação altamente especializado. O seu objetivo é a preservação dos valores estéticos e históricos do monumento, devendo ser baseado no respeito pelos materiais originais e pela documentação autêntica. Qualquer operação desse tipo deve terminar no ponto em que as conjecturas comecem; qualquer trabalho adicional que seja necessário efetuar deverá ser distinto da composição arquitetônica original e apresentar marcas que o reportem claramente ao tempo presente. O restauro deve ser sempre precedido e acompanhado por um estudo arqueológico e histórico do monumento. Quando as técnicas tradicionais se revelarem inadequadas, a consolidação de um monumento pode ser efetuada através do recurso a outras técnicas modernas de conservação ou de construção, cuja eficácia tenha sido demonstrada cientificamente e garantida através da experiência de uso.

As contribuições válidas de todas as épocas para a construção de um monumento devem ser respeitadas, dado que a unidade de estilo não é o objetivo que se pretende alcançar nos trabalhos de restauro. Quando um edifício apresente uma sobreposição de trabalhos realizados em épocas diferentes, a eliminação de algum desses trabalhos posteriores apenas poderá ser justificada em circunstâncias excepcionais, quando o que for removido seja de pouco interesse e aquilo que se pretenda pôr a descoberto

tenha grande valor histórico, arqueológico ou estético e o seu estado de conservação seja suficientemente bom para justificar uma ação desse tipo. A avaliação da importância dos elementos envolvidos e a decisão sobre o que pode ser destruído não podem depender apenas do coordenador dos trabalhos. Os elementos destinados a substituírem as partes que faltem devem integrar-se harmoniosamente no conjunto e, simultaneamente, serem distinguíveis do original por forma a que o restauro não falsifique o documento artístico ou histórico. Ao lado disso, não é permitida a realização de acrescentos que não respeitem todas as partes importantes do edifício, o equilíbrio da sua composição e a sua relação com o ambiente circundante. Os sítios dos monumentos devem ser objeto de um cuidado especial, por forma a assegurar que sejam tratados e apresentados de uma forma correta. Os trabalhos de conservação e restauro a efetuar nesses locais devem inspirar-se nos princípios enunciados nos artigos precedentes.

Os trabalhos de escavação devem ser efetuados de acordo com as normas científicas e com a "Recomendação definidora dos princípios internacionais a aplicar em matéria de escavações arqueológicas", adotadas pela UNESCO em 1956. Deve ser assegurada a manutenção das ruínas e tomadas as medidas necessárias para garantir a conservação e proteção dos elementos arquitetônicos e dos objetos descobertos. Para além disso, devem tomar-se todas as medidas que permitam facilitar a compreensão do monumento, sem distorcer o seu significado. Todos os trabalhos de reconstrução devem ser rejeitados a priori. Só a anastylosis, isto é, a remontagem das peças soltas que existam num estado de desagregação, pode ser permitida. Os materiais utilizados para reintegração deverão ser sempre reconhecíveis e o seu uso restringido ao mínimo necessário para assegurar as condições de conservação do monumento e restabelecer a continuidade das suas formas. Os trabalhos de conservação, restauro ou escavação devem ser sempre acompanhados por um registro preciso, sob a forma de relatórios analíticos ou críticos, ilustrados com desenhos e fotografias. Todas as fases dos trabalhos de reparação, consolidação, recomposição e reintegração, assim como os elementos técnicos e formais identificados ao longo dos trabalhos devem ser incluídos. Este registro

deverá ser guardado nos arquivos de um organismo público e posto à disposição dos investigadores. Recomenda-se também, que seja publicado.

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 07 set. 2015.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

_____. **Decreto-Lei N° 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 07 set. 2015.

_____. **Lei N°. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

_____. **Lei N°. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 07 set. 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 07 set. 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>. Acesso em 07 set. 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.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 07 set. 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 07 set. 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 07 set. 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>. Acesso em 07 set. 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 07 set. 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 07 set. 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>. Acesso em 07 set. 2015.

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

[9] BRASIL. **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 07 set. 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 Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 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 Nº 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>. Acesso em 07 set. 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 07 set. 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] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 07 set. 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>. Acesso em 07 set. 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>. Acesso em 07 set. 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 07 set. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

**INQUÉRITO JUDICIAL PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE –
PROCEDIMENTO**

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

O inquérito judicial para apuração de falta grave é uma ação ajuizada pelo empregador, visando à rescisão do contrato de trabalho entre ele e seu empregado estável, fazendo-se necessária em virtude da estabilidade gozada pelo empregado impossibilitando-o de ser demitido sem justa causa, ou seja, é beneficiário de uma proteção contra eventual dispensa arbitrária de seu empregador.

Esta ação objetiva findar o vínculo empregatício entre os litigantes, mediante comprovação por parte do requerente (denominação do empregador, nesta ação) de falta grave cometida pelo requerido (qualificação do empregado).

Importante mencionar a previsão do art. 818 da CLT, *in verbis*:

Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

DESENVOLVIMENTO

O inquérito consiste, nas palavras do consagrado jurista Sérgio Pinto Martins, em uma “ação apropriada para se rescindir o contrato de trabalho do empregado estável, que não pode ser despedido diretamente, dada sua estabilidade” , devendo ser instaurado perante a Justiça do Trabalho, sendo competentes as Varas Trabalhistas (1ª instância).

PROCEDIMENTO:

O procedimento seguirá o rito ordinário, com a especificidade de poderem, tanto empregado como empregador, arrolar 6 (seis) testemunhas (art. 821 da CLT).

Art. 821 - Cada uma das partes não poderá indicar mais de 3 (três) testemunhas, salvo quando se tratar de inquérito, caso em que esse número poderá ser elevado a 6 (seis). (Redação dada pelo Decreto-lei nº 8.737, de 19.1.1946).

Apurada a existência de falta grave, ou seja, julgada procedente a ação de inquérito, a dispensa por justa causa se efetivará. Neste caso, o empregado terá direito apenas às verbas rescisórias (saldo de salário, FGTS sobre o saldo de salário e férias proporcionais acrescidas do terço constitucional) calculadas a partir do trânsito em julgado da sentença (caso o empregador não tenha suspenso o empregado) ou da data da suspensão do trabalhador (caso o empregador tenha suspenso o empregado). Neste último caso, durante o período da suspensão, não haverá contagem como tempo de serviço e muito menos serão devidos salários (suspensão do contrato de trabalho).

Apurada a inexistência de falta grave, ou seja, julgada improcedente a ação de inquérito, a dispensa não se efetivará, já que inexistirá justa causa. Se o empregado não estiver suspenso, o mesmo continuará laborando normalmente. Caso o empregador tenha suspenso o empregado, o mesmo deverá ser reintegrado, além de ter direito aos salários (e demais parcelas trabalhistas) do período suspenso, bem como a contagem deste período como tempo de serviço (suspensão que se transforma em interrupção do contrato de trabalho).

A jurisprudência e a doutrina vêm mantendo a suspensão do contrato de trabalho mesmo quando há improcedência do inquérito (inexistência de justa causa) nos casos em que há culpa recíproca ou, ainda, quando o empregado tenha cometido falta leve, ou seja, tenha contribuído para a abertura do inquérito. Nestes casos, apesar de reintegrado, o empregado não terá direito aos salários do período de suspensão.

Julgada improcedente a ação de inquérito, mas verificada a impossibilidade de reintegração do empregado (reintegração desaconselhável dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio), o juiz poderá converter a obrigação de reintegrar em indenização substitutiva. Tratando-se de estável decenal, esta indenização será equivalente a um mês da maior remuneração que tenha percebido na

empresa por ano ou fração de 6 meses de serviço, em dobro. Nos demais casos, a indenização será equivalente ao dobro dos salários que seriam devidos ao empregado até o término de sua garantia de emprego.

Para a instauração do inquérito para apurar a falta grave contra o empregado estável, o empregador, segundo o artigo 853 da CLT, deverá apresentar reclamação por escrito à Vara do Trabalho ou Juízo de Direito, onde não houver Vara do Trabalho, dentro de trinta dias, contados da data da suspensão do empregado.

Art. 853 - Para a instauração do inquérito para apuração de falta grave contra empregado garantido com estabilidade, o empregador apresentará reclamação por escrito à Junta ou Juízo de Direito, dentro de 30 (trinta) dias, contados da data da suspensão do empregado.

DECADÊNCIA

Quando o empregado comete um ilícito trabalhista de natureza grave, o empregador pode suspender seus serviços para proceder à apuração da falta respectiva.

Caso opte pela suspensão, a ação de inquérito tem que ser ajuizada no prazo de trinta dias após o seu início, sendo, por esse motivo, considerado como prazo de decadência, que não comporta suspensão ou interrupção, na forma do entendimento do STF, contido na Súmula nº 403: “É de decadência o prazo de trinta dias para instauração do inquérito judicial, a contar da suspensão, por falta grave, do empregado estável.”

Quando a falta grave for o abandono de serviço, incide o entendimento constante da Súmula nº 62 do TST, em relação ao início da contagem do referido prazo decadencial:

“Súmula nº 62. ABANDONO DE EMPREGO. O prazo de decadência do direito do empregador de ajuizar inquérito em face do empregado que incorre em abandono de

emprego é contado a partir do momento em que o empregado pretendeu seu retorno ao serviço”.

Se o empregador não suspende o empregado, pode ajuizar o inquérito a qualquer momento, desde que observado o prazo prescricional de dois anos, pois esse é o prazo previsto pela Constituição quando há extinção do pacto laboral.

Obviamente que quanto mais tempo transcorrer para efetivar o ingresso da referida ação, aumenta a probabilidade de não ser acolhida a pretensão do empregador, considerando a necessidade da imediatidade entre o conhecimento da falta e a extinção do pacto laboral.

Destaca-se a existência de divergência doutrinária sobre o prazo para ajuizamento do inquérito para apuração de falta grave quando não há suspensão do empregado:

Quadro Doutrinário		
Prazo para ajuizamento de inquérito sem suspensão do empregado		
Doutrinadores	Entendimento	Exemplo
Renato Saraiva, Wagner Giglio e Mauri Schiavi	Cinco anos	Se houver suspensão, o prazo para a propositura do inquérito é de cinco anos (Wagner Giglio).
Rodrigues Pinto e Bezerra Leite	Dois anos	Se não houver suspensão do empregado, parecidos que a interpretação <i>acontrario sensu</i> do art. 853 da CLT autoriza a ilação de que o empregador terá o prazo de até dois anos para ajuizar o

		inqué- rito (Carlos Henrique Bezerra Leite).
--	--	--

Todavia, a doutrina é unânime ao admitir que há incompatibilidade com o ajuizamento tardio da aludida ação especial e o reconhecimento da gravidade da falta, pela ausência da imediatidade.

CONCLUSÃO:

Da análise do artigo acima mencionado, conclui-se que, antes de ajuizar a ação objeto de estudo no presente trabalho, é necessário que o empregador suspenda o empregado estável que praticar uma das condutas descritas no artigo 482 da CLT como falta grave, embora haja corrente no sentido de que a suspensão do empregado não é requisito obrigatório.

Neste diapasão, é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, conforme se depreende da leitura da Súmula 62, *in versus*:

O prazo de decadência do direito do empregador de ajuizar inquérito em face do empregado que incorre em abandono de emprego é contado a partir do momento em que o empregado pretendeu seu retorno ao serviço. Precedentes: [AR 8/1970](#)., Ac. TP 885/1972 - Min. Mozart Victor Russomano. DJ 30.08.1972 - Decisão unânime.

Inobstante, a Súmula nº 403 do Supremo Tribunal Federal preceitua que "é de decadência o prazo de 30 (trinta) dias para instauração do inquérito judicial, a contar da suspensão por falta grave de empregado estável".

Assim, o empregador deverá, primeiramente, suspender o empregado estável que praticar alguma falta grave e, dentro do prazo de trinta dias, contados da data da suspensão, ajuizar a oportuna ação visando à rescisão do contrato, sob pena de restar configurado o chamado perdão tácito.

Reza, entretanto, o artigo 495 da CLT que, se for reconhecida a inexistência da falta grave, o empregador é obrigado a readmitir o empregado no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão. Contudo, caso reste comprovada a prática da falta grave alegada, o contrato será considerado rompido desde a data da suspensão.

Art. 495 - Reconhecida a inexistência de falta grave praticada pelo empregado, fica o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão.

Já quando a reintegração do empregado for desaconselhável, devido a uma eventual incompatibilidade entre os litigantes, especialmente nos casos em que o empregador for pessoa física, poderá o juiz converter a reintegração em indenização em dobro em favor do empregado, conforme dispõem os artigos 496 e 497 da CLT.

Art. 496 - Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

Art. 497 - Extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável despedido é garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro.

O festejado jurista Eduardo Gabriel Saad, entende que "o inquérito tem de obedecer ao mesmo rito de uma reclamação comum: audiência de instrução e julgamento, proposta de conciliação, comparecimento e depoimento das partes e testemunhas, prova, alegações finais etc."

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

DELGADO, Maurício Godinho. Direito coletivo do trabalho. 2014.

DELGADO, Maurício. Godinho Curso de Direito do Trabalho. 2011.

GOMES, Orlando. Curso de direito do trabalho. 2001.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do trabalho. 2013.