

Boletim dos Procuradores da República

Nº 73

ANO IX

MARÇO 2007

**Impresso
Especial**

1622005 – DR/BSB

Fundação Pedro Jorge
CORREIOS

Leonardo Luiz de Figueiredo Costa
**Crime de Associação para o
Tráfico - Modificações**

Élcio Pinheiro de Castro
**Uso Indevido de Drogas e
Juizados Especiais**

Valtan Furtado
Hipóteses de Retroatividade

A NOVA LEI DE DROGAS



Fundação Procurador
Pedro Jorge de Melo e Silva



ANPR
Associação Nacional dos
Procuradores da República

■ O Parágrafo Único, do Artigo 22, da Lei 7492/86: Considerações	03
<i>Claudio Fonteles</i>	
■ Ministério Público Federal na Tutela Coletiva e Justiça Federal: Uma Questão de Legitimidade Ativa	07
<i>André de Vasconcelos Dias</i>	
■ Nova Lei de Drogas – Hipóteses de Retroatividade	16
<i>Valtan Furtado</i>	
■ A Nova Lei de Tráfico: Uso Indevido de Drogas e Juizados Especiais	20
<i>Élcio Pinheiro de Castro</i>	
■ O Crime de Associação ao Tráfico e as Modificações Introduzidas pela Lei nº 11.343/06	24
<i>Leonardo Luiz de Figueiredo Costa</i>	
■ O Uso Indevido do Princípio da Insignificância	26
<i>Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim</i>	

Expedientel

Coordenação:

Valtan Furtado
vfurtado@prdf.mpf.gov.br

Supervisão:

Adriana Zawada Melo
amelo@prsp.mpf.gov.br

**Fundação Procurador
Pedro Jorge de Melo e Silva**

Diretoria Executiva:

Célia Delgado
Paulo Jacobina
Antônio Carlos Bigonha

Administração :

Ângela Maria Oliveira

**Associação Nacional dos Procuradores da
República - ANPR:**

Presidente:

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Vice-Presidente:

Ubiratan Cazetta

Diretor Cultural:

João Carlos de Carvalho Rocha

Impressão:

Millennium Editora

Tiragem: 2.700

Internet: www.pedrojorge.org.br

Realização:



Apoio:



Código ISSN: N° 1519-3802
Os artigos são de inteira
responsabilidade de seus autores.

■ O Parágrafo Único, do Artigo 22, da Lei 7492/86: Considerações ■

Claudio Fonteles

Subprocurador-Geral da República / Professor

1. Motiva-me ao presente escrito, recente julgado da 1ª Turma, do Supremo Tribunal Federal, adotado no **H.C. nº 88.087**, cuja ementa, redigida pelo Relator, Min. Sepúlveda Pertence, é do seguinte teor, **verbis**:

EMENTA: I. **Habeas corpus**: prescrição inócurrenente, no caso, repelida, ademais, pela jurisprudência do Tribunal, a denominada prescrição antecipada pela pena em perspectiva. Precedentes.

II. **Habeas corpus**: inviabilidade para o exame da alegação de ausência de base empírica para a denúncia, que a instrução do pedido não permite e que, de qualquer modo, demandaria a ponderação dos elementos de informação, à qual não se presta o procedimento sumário e documental do **habeas corpus**.

III. **Denúncia: inépcia: atipicidade da conduta descrita (C. Pr. Penal, art. 43, I): suposta prática de operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país - delito previsto no art. 22 da L. 7.492/86 (Lei do Colarinho Branco)- em decorrência de cessão ou transferência de ‘passe’ de atleta profissional para entidade desportiva estrangeira.**

1. Não se irroga ao paciente - simples procurador do atleta a ser cedido - a participação em nenhuma ‘operação de câmbio’, nem o valor negocial do ‘passe’ de um jogador de futebol pode ser reduzido ao conceito de mercadoria e caracterizar ativo financeiro objeto de operação de câmbio.

2. No tocante à figura delineada na parte final do parágrafo único do artigo 22 da L. 7.492/88, é manifesto que não cabe subsumir à previsão típica de promover a ‘saída de moeda ou divisa para o exterior’ a conduta de quem, pelo contrário, nada fez sair do País, mas, nele, tivesse deixado de internar moeda estrangeira ou o tivesse feito de modo irregular.

3. De outro lado, no **caput** do art. 22, a incriminação só alcança quem ‘efetuar operação de câmbio não autorizada’: nela não se compreende a ação de quem, pelo contrário, haja eventualmente, introduzido no País moeda estrangeira recebida no exterior, sem efetuar a operação de câmbio devida para convertê-la em moeda nacional.

4. Da hipótese restante - a de que a parcela dos honorários do procurador do atleta não declarada à Receita Federal se houvesse mantido em depósito no exterior - objeto de incriminação na parte final do parágrafo único do art. 22 da L. 7.492/86 -, só se poderia cogitar se a denúncia se fundasse em elementos concretos de sua existência, à falta dos quais

adstringiu-se a aventar suspeita difusa, da qual não oferece, nem pretende oferecer, dados mínimos de concretude.

IV. **Habeas corpus** deferido, para trancar o processo em curso contra o paciente.” (fls. 203/204 do HC 88.087, grifos do original)

2. A bem compreender o tema, mister apresentar os termos da denúncia, até porque, e como visto, foi a mesma desfeita por pretensão acolhida sobre sua atipicidade. Disse a denúncia, na apresentação dos fatos, **verbis**:

“DOS FATOS

No ano de 1992, o atleta de futebol BEBETO, terceiro denunciado, que à época tinha seu passe vinculado ao Clube de Regatas Vasco da Gama, foi negociado para o Real Club Deportivo de La Coruña, sediado na Espanha.

O valor da Transação, conforme atestam o contrato de cessão do atestado liberatório do atleta e seu termo aditivo (fls. 72/73 do Procedimento Administrativo do Banco Central, inserto no Apenso 1), foi de **US\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil dólares)**, que seriam pagos pelo clube espanhol ao Vasco da Gama, da seguinte forma:

- cem mil dólares a título de sinal e primeiro pagamento;
- quinhentos mil dólares, a serem repassados pelo Vasco da Gama ao então procurador do atleta, o denunciado JOSÉ MORAIS;

- setecentos e cinquenta mil dólares, a serem repassados pelo Vasco da Gama ao atleta BEBETO;

- um milhão, cento e cinquenta mil dólares, como complemento do pagamento.

Instado a comprovar a regular internação dos valores supra, o Clube de Regatas Vasco da Gama somente comprovou o ingresso de **US\$ 1.150.000,00 (um milhão, cento e cinquenta mil dólares)** – fls. 66/70 do Procedimento Administrativo do Banco Central, inserto no Apenso 1, alegando quanto aos demais valores:

- que os cem mil dólares de adiantamento foram pagos em moeda nacional;

- que os valores devidos ao procurador e atleta foram pagos diretamente pelo clube espanhol no exterior.

A prova produzida no curso do Inquérito Policial parece indicar que os valores devidos aos denunciados JOSÉ MORAIS e BEBETO teriam a eles sido pagos no exterior, o que, todavia, não restou comprovado por documentação hábil, e, ainda que o fosse, não descaracterizaria o ilícito

contra o sistema financeiro nacional praticado.

O art. 1º do Decreto 23258/33, estabelece que **‘são consideradas operações de câmbio ilegítimas as realizadas entre bancos, pessoas naturais ou jurídicas domiciliadas no País, com quaisquer entidades do exterior, quando tais operações não transitam pelos bancos habilitados a operar em câmbio’**.

Expressava a determinação legal Ofício encaminhado pelo Banco Central do Brasil à Confederação Brasileira de Futebol, datado de **20 de agosto de 1987** (fls. 52/54), no qual consta, em seu item 3, I, a seguinte orientação:

‘quando da negociação de passes de atletas profissionais com clubes do exterior, que deverá ser sempre em moeda estrangeira, a sua conversão em moeda nacional ocorrerá tempestivamente através de banco autorizado a operar em câmbio no País. Na oportunidade ou, no máximo, até 15 (quinze) dias da negociação com o banco autorizado, a entidade vencedora do passe do atleta deverá apresentar, a este Banco Central, o contrato de câmbio pertinente.’

Assim, por expressa definição legal, a operação havida entre os clubes espanhol e brasileiro, e, mesmo por hipótese, entre o clube espanhol e os denunciados JOSÉ MORAIS e BEBETO, haveria de obedecer o regramento estabelecido na norma citada, em se tratando, o Vasco da Gama e os denunciados acima referidos, de **pessoas domiciliadas no Brasil**. Se assim não se procedeu, à toda evidência, caracterizaram-se operações de câmbio não autorizadas, com o flagrante propósito de promover a evasão de divisas do país, uma vez que parte do ativo financeiro até então existente no país, qual seja, o ‘passe’ do jogador BEBETO, foi transferido ao exterior, à margem da fiscalização cambial e tributária.

Saliente-se, por oportuno, que a alegação do clube brasileiro de que percebera o equivalente a cem mil dólares em moeda nacional não o eximiria da obrigação de apresentar o contrato de câmbio pertinente à operação, mesmo porque a entidade pagadora, como referido, é domiciliada no exterior, sendo possível, e até provável, que tal importância não tenha sequer ingressado no país, permanecendo no exterior protegida dos órgãos de fiscalização nacionais.

Cabe destacar, por oportuno, que os reais valores envolvendo a negociação do denunciado BEBETO afloraram a partir de desentendimentos havidos entre ele e um antigo procurador, LEVI LAFETÁ, e também entre ele e o denunciado JOSÉ MORAIS, que geraram a demanda judicial de nº 18990, que teve curso na 11ª Vara Cível da comarca da capital.

Se não tivessem corrido tais desentendimentos, muito provavelmente o recebimento dos valores devidos ao atleta e seu procurador seriam omitidos da fiscalização. Diz-se isso porque, ainda no ano de **1991**, teria sido lavrado entre os clubes já citados, o atleta e seu procurador o documento cuja cópia se encontra à fl. 47, em que é avençado como preço da transação a importância de **US\$ 1.250.000,00 (um milhão, duzentos e cinquenta mil dólares)**, ou seja, justamente a parte que coube, efetivamente, ao Vasco da Gama, **omitindo-**

se os valores que seriam percebidos pelos acusados JOSÉ MORAIS e BEBETO, havendo notícias, que não de ser confirmadas, que aquele documento fora o apresentado à Confederação Brasileira de Futebol para a regularização da transferência do atleta.

Com a não comprovação, por parte do Vasco da Gama, da regular internação dos valores remanescentes da transação de dois milhões e quinhentos mil dólares (tendo em vista que só se comprovou a internação de um milhão, cento e cinquenta mil dólares), ou seja, **um milhão, trezentos e cinquenta mil dólares**, havendo, repise-se expressa disposição contratual que caberia ao Vasco da Gama repassar os valores devidos aos denunciados BEBETO e JOSÉ MORAIS, sendo certo que, em se tratando de negociações entre nacionais, domiciliados no Brasil, forçoso seria o curso da moeda nacional, o que somente poderia ocorrer após realizada a devida operação cambial, houve por bem o Banco Central do Brasil de entender caracterizada infração ao dispositivo legal acima referido, impondo multa de 100% do valor em dólares, equivalente em moeda nacional, cuja internação não foi comprovada, decisão esta mantida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.” (fls. **130/133** do HC nº 88.087, grifos do original)

3. O que impressiona o Min. Sepúlveda Pertence, fazendo-o sustentar a inépcia da peça acusatória (voto a fls. **190**), é a **circunstância** de que o chamado “passe” do jogador de futebol “não pode ser reduzido ao conceito de mercadoria e caracterizar ativo financeiro objeto de operação de câmbio” (**item III, nº 1**, da ementa a fls. **203 – HC 88.087**).

4. Assim S. Excia. fundamentou dita asserção, **verbis**:

“17. Na imputação de fatos veiculados pela denúncia – que demarcaria o objeto material do processo condenatório instaurado -, não se irroga ao paciente – que figura no ‘imbróglio’ como simples procurador do atleta a ser cedido - a participação em nenhuma ‘operação de câmbio’, que é escambo de moeda brasileira ou papel nela aqui conversível por moeda estrangeira ou papel nela conversível no exterior.

18. Dispensa demonstração que *‘a cessão ou transferência do atleta profissional para a entidade de prática desportiva estrangeira’*¹ – que está sujeita apenas às *‘instruções expedidas pela entidade nacional do título’* – não constitui ‘operação de câmbio’, o que basta para afastar, na espécie, a incidência do **caput** do art. 22 da lei dos crimes contra o sistema financeiro sobre a cooperação do paciente na *‘venda do passe’* de **Bebeto** para o exterior.

19. Certo, o parágrafo único do mesmo art. 22 comina sanção penal idêntica à do **caput** a outra conduta que não reclame a efetivação de operação de câmbio:

‘Art. 22 (...)

Parágrafo único – Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior...’

20. ‘As elementares a qualquer título’ – observam **Schmidt** e

Feldens² conforme a opinião consensual dos autores³ – ‘fazem expor que desimporta a forma pela qual a saída ilegal de moeda ou divisas tenha sido praticada, seja mediante prévia operação de câmbio ou não...’.

21. Cuida-se, é verdade, de um tipo penal cuja realização, atualmente, está posta em xeque, dada a inexistência, no ordenamento brasileiro em vigor, da exigência de prévia autorização administrativa à saída do País de importâncias que superassem certo valor⁴.

22. Uma vez mais, não importa: ‘passe’ de atleta profissional, no mercado – nacional ou internacional – afora considerações sobre o princípio da ‘dignidade da pessoa humana’ – jamais se poderia reduzir ao conceito de mercadoria, na medida em que se subordina a sua cessão ou transferência – a teor do art. 38 da Lei Pelé – à ‘formal e expressa anuência’ do atleta cujo vínculo desportivo é cedido ou transferido.

23. De qualquer sorte, mercadoria ou vínculo contratual sujeito à venda ou cessão internacionais não se convertem, por isso, em **moeda** ou **divisa**, de modo a configurar o objeto material do delito cogitado.

24. Existe – já se notou – passagem da denúncia, segundo a qual o ‘passe’ do jogador **Bebeto** constituiria ‘ativo financeiro até então existente no país’, que ‘foi transferido ao exterior, à margem da fiscalização cambial ou tributária’.

25. A refutação dessa assertiva da denúncia tem a dificuldade de todo ensaio de demonstração do óbvio, ‘tarefa penosa e sem termo’, como acentuou Francisco Campos.

26. Afora a própria moeda, nacional ou estrangeira e ostítulos nela conversíveis, nenhuma relação obrigacional ou mercadoria pode constituir objeto material de uma operação de câmbio, salvo o ouro, ‘quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial’ (CF, art. 153, § 5º)⁵: jamais, portanto, o valor negocial do ‘passe’ de um jogador de futebol ainda quando se cuidasse – o que não é o caso de

Bebeto – do que ficou conhecido como ‘o Canhotinha de Ouro’...

27. Na espécie, portanto, moeda só aparece no estrangeiro, do que foi ou se alega ter sido o pagamento do preço da transferência pelo clube espanhol, parte ao cedente – o **Vasco da Gama** -, parte ao atleta cedido e a terceira parcela ao seu procurador, o paciente, esta, no montante de quinhentos mil dólares.

28. Sem nada conhecer do mercado da transferência internacional de jogadores de futebol, não silencie o meu

espanto pelo montante reservado na transação – que totalizou dois milhões e quinhentos mil dólares – à remuneração de US\$ 500.000,00 ao procurador do atleta...

29. O que, no ponto, a denúncia põe em dúvida é que toda essa quantia tenha sido internada no País pelo paciente, que só declara ao Imposto de Renda guardar consigo, em espécie, US\$ 150.000,00.

30. Mas, de duas uma: a) ou o paciente não teria recebido os 500 mil dólares, mas apenas os 150 mil declarados; b) ou, tendo recebido os 500 mil, deles só teria internado 150 mil, mantendo o restante no exterior: em qualquer das hipóteses, contudo, só haveria cogitar de crimes contra a **ordem tributária**, os quais, entretanto – até por falta de elementos concretos de informação -, a denúncia assevera explicitamente não imputar ao paciente.

31. Ora, se não se atribui ao paciente a prática ou a cooperação

na prática de infração penal **tributária**, o certo é que também não cabe cogitar do enquadramento da imputação contra ele dirigida – seja na internação clandestina, seja no eventual depósito não declarado no exterior de parte dos honorários recebidos – nos tipos legais de crimes contra o sistema **financeiro**.

32. No tocante à figura delineada na parte final do parágrafo único do art. 22 da L. 7.492/88, é manifesto que não cabe subsumir à

previsão típica de promover a “saída de moeda ou divisa para o exterior”, a conduta de quem, pelo contrário, nada fez sair do País, mas, nele, deixou de internar moeda estrangeira ou o fez, mas de modo irregular.” (fls. 196/200 – HC 88.087)

5. Todavia, comentando a **primeira parte**, do **Parágrafo único**, do **artigo 22**, da Lei 7492/86 diz José Carlos Tórtima, **verbis**:

“A leitura da primeira parte do parágrafo único do dispositivo em exame não apresenta qualquer ambigüidade, deixando claro que o crime ali contemplado só terá garantida sua configuração típica quando o agente promover a **saída** de moeda ou

divisa para o estrangeiro e desde que inobservada, quando for o caso, a exigência de prévia autorização legal para a remessa do recurso ao exterior. Assim, sempre que o agente, **a qualquer título, ou por qualquer meio**, venha a **remeter, clandestinamente**, divisas para o exterior, **violando os normativos** que eventualmente estabeleçam a necessidade de **prévia autorização do Banco Central para a realização de tais operações**⁶, configurado estaria, em princípio, o injusto sancionado na primeira parte do **parágrafo único do art. 22** da Lei do Colarinho Branco.

“...acontecendo a negociação do passe de atleta futebolístico de clube brasileiro, com clube sediado no exterior, o valor pago por este, e recebido pelo clube brasileiro, aqui sediado, porque obrigatoriamente expresso em moeda estrangeira, submete-se a contrato de câmbio à internalização do valor recebido, no nosso sistema financeiro, daí a impostergável comunicação ao Banco Central do negociado, sob pena de, ocultando-se o acontecido (‘a qualquer título’), promover-se a saída de moeda que, em nosso País, deveria estar internalizada.”

Inúmeras são as hipóteses que poderiam redundar em tal incidência típica. Modalidade freqüente de evasão de divisas é o *superfaturamento* nas importações, artil consistente em fazer constar, na documentação própria, preço superior ao efetivamente pago ao exportador e a conseqüente remessa ao exterior de numerário em moeda estrangeira, além do necessário para adquirir a mercadoria importada pelo negociante brasileiro (saída de divisas, portanto) **ficando a diferença à disposição desse último, fora do País.**

Enfim, o crime de evasão de divisas, e é dele que trata a primeira parte do *parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86*, aperfeiçoa-se quando o agente promove, **não importa por qualquer motivo (a qualquer título), a saída de moeda ou divisa para o exterior, sem a prévia autorização legal (se e quando estabelecida esta autorização pelos normativos que disciplinam a matéria).**” (in – artigo Subfaturamento nas Exportações e a Conduta Típica do art. 22, Parágrafo único, da Lei 7492/86 – Boletim IBCrim – ano 10 – nº 118 – set/2002 – pg. 8)

6. E a denúncia bem realçou **normativo** do Banco Central, encaminhado por ofício à Confederação Brasileira de Futebol, a dizer que em toda e qualquer negociação de passe de atleta com o exterior, **imperativa, verbis:**

“quando da negociação de passes de atletas profissionais com clubes do exterior, que deverá ser sempre em moeda estrangeira, **a sua conversão em moeda nacional ocorrerá tempestivamente através de banco autorizado a operar em câmbio no País.** Na oportunidade ou, no máximo, até 15 (quinze) dias da negociação com o banco autorizado, a entidade vendedora do passe do atleta deverá apresentar, a este Banco Central, o contrato de câmbio pertinente.” (transcrição a fls. 400, dos autos do HC 88.087, grifos do original)

7. Porque “a negociação de passes” **deve sempre acontecer** em moeda estrangeira, para que seja **sempre internalizada** a quantia em nosso País, o valor da venda do passe, **necessariamente** há de ocasionar **a conversão do recebido**, pelo clube domiciliado em nosso País, no caso o Vasco da Gama, **para nossa moeda, impondo-se** ainda, à agremiação futebolística a apresentação ao Banco Central “do contrato de câmbio pertinente”.

8. E por quê assim?

9. **Justo a que se impeça a evasão de divisas.**

10. Com efeito, acontecendo a negociação do passe **de atleta futebolístico de clube brasileiro**, com clube sediado no exterior, o valor pago por este, e recebido pelo clube brasileiro, aqui sediado, porque **obrigatoriamente expresso em moeda estrangeira, submete-se a contrato de câmbio à internalização do valor recebido, no nosso sistema financeiro**, daí a **impostergável** comunicação ao Banco Central do negociado, sob pena de, **ocultando-se o acontecido** (“a qualquer título”), **promover-se a saída**

de moeda que, em nosso País, deveria estar internalizada.

11. Há, portanto, equívoco, **data venia**, do Min. Sepúlveda Pertence ao dizer, **verbis:**

“26. Afora a própria moeda, nacional ou estrangeira e os títulos nela conversíveis, nenhuma relação obrigacional ou mercadoria pode constituir objeto material de uma operação de câmbio, salvo o ouro, ‘quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial’ (CF, art. 153, § 5º)⁷: jamais, portanto, o valor negocial do ‘passe’ de um jogador de futebol ainda quando se cuidasse – o que não é o caso de **Bebeto** – do que ficou conhecido como ‘o Canhotinha de Ouro’...” (**item 26**, do voto a 198/199)

12. E que S. Excia. até pelo jocoso registro que fez ao atleta do S. Paulo Futebol Clube, **Canhotoiro**, “o Canhotinha de ouro”, **identifica o passe, com o próprio atleta**, assim a entender-se igual observação de S. Excia. sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, como respaldada no **item 22**, do seu voto a **fls. 198**, quando repito, **tais considerações passam ao largo, por completo, da controvérsia em exame, data venia**, que se centra na compreensão de que **a negociação de passe de atleta futebolístico por seu clube**, em nosso País sediado, com clube sediado no exterior, formaliza-se **sempre** em moeda estrangeira, **que deve ser internalizada no sistema financeiro nacional, tudo sob fiscalização do Banco Central**, daí porque **qualquer ocultação do negócio em si, ou de etapas do negócio**, a fazer com que **da internalização e do controle** escape este, ou aquele, dos beneficiários da negociação **redunda em clara evasão, fuga portanto, do que deveria ser, insisto, internalizado.**

13. Tanto, “promove-se a saída de moeda para o exterior, a **qualquer título**”, na modalidade freqüente de superfaturamento nas importações, quanto na **não internalização do que se negocia em nosso País, necessariamente em moeda estrangeira**, do que é exemplo a negociação do passe de atleta futebolístico profissional com o exterior, posto que **a saída de moeda, se é comum concretize-se no desfaltar, remetendo-se para fora**, o que deve permanecer internalizado, **também se constata, perfeitamente, no manter fora, o que deve ser internalizado**, porque para o tipo penal examinado o que é definitivo **é que a conduta, levada a cabo por todos os que dela se beneficiem**, na condição que ostentem de dirigente de clube futebolístico; atleta; ou procurador de atleta, traduza **fraude ao sistema financeiro nacional** consistente na **fuga de moeda**, ou divisa, **que nele deva estar internalizado.**

14. Eis porque, inclusive, “o manter depósitos, no exterior, não declarados à repartição federal competente – segunda parte do Parágrafo, do artigo 22 – também insere-se como conduta típica, justo a que se possa saber se tais depósitos devam ser internalizados, em nosso sistema financeiro nacional, ou não.

■ Notas ■

¹ L. 6815/98 (**Lei Pelé**) art. 40.

² A. Z. Schmidt – L. Feldens, ob. cit., p. 175.

³ M. P. Pimentel, ob. cit., p. 158; R. Tigre Maia, ob. cit., p. 136; Guilherme Nucci, **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, ed. RT, 2006, p. 724.

⁴ José Carlos Tórtima -Fernanda Lara Tórtima – **Evasão de Divisas**, Lúmen Júris, 2006, p. 28.

⁵ Emílio Garofalho Filho, ob. cit., p. 161.

⁶ Já sustentamos alhures que a aplicabilidade das normas penais sob o comento, encontra-se hoje grandemente esvaziada, mercê da notável liberalização do regime cambial brasileiro que abandonou a rigidez, outrora imperante, com relação à remessa ou transporte de dinheiro para o exterior (cf. **TÓRTIMA, José Carlos**, “*Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*”, ed. Lumen Juris, 2000, p. 143).

⁷ Emílio Garofalho Filho, ob. cit., p. 161.

■ Ministério Público Federal na Tutela Coletiva e Justiça Federal: Uma Questão de Legitimidade Ativa ■

André de Vasconcelos Dias

Procurador da República em Angra dos Reis-RJ / Ex-Promotor de Justiça em Minas Gerais

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA JUSTIÇA FEDERAL: DA COMPETÊNCIA À LEGITIMIDADE ATIVA. 3. DA DEFESA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS PELO *PARQUET* FEDERAL. 3.1. Da Tutela do Patrimônio Público e Do Combate à Improbidade Administrativa. 3.2. Da Tutela do Meio Ambiente. 3.3. Da Tutela do Patrimônio Cultural e das Minorias Étnicas. 4. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

De há muito, travam-se debates acerca da tutela dos interesses metaindividuais pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal, quando não figurem em um dos pólos da relação processual, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, a União, entidade autárquica¹ ou empresa pública federal.

A origem das discussões jaz na redação do art. 109, I, da Constituição da República, que, na seara cível, estabelece a competência da Justiça Federal em razão da pessoa – diversamente da matéria penal, em que se perquire a lesão a bens, serviços e interesses dos entes federados (art. 109, IV, CR).

Considerando a oscilação de entendimentos quanto ao tema – em doutrina e jurisprudência –, e à luz da orientação que abrolha no Superior Tribunal de Justiça, este estudo propõe-se a identi-

ficar e analisar os fundamentos da atuação do Ministério Público Federal perante a Justiça Federal, na defesa dos interesses transindividuais, quando formalmente ausentes da relação processual os entes públicos discriminados no art. 109, I, da Lei Maior.

2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA JUSTIÇA FEDERAL: DA COMPETÊNCIA À LEGITIMIDADE ATIVA

A questão da defesa dos interesses transindividuais pelo Ministério Público Federal na Justiça Federal, pode-se dizer, é relativamente recente. É a partir da Lei nº 7.347/85, a qual instituiu a ação civil pública, que o tema assume relevância, pois tal é o marco da efetiva atuação do Ministério Público, como *dominus litis*, na esfera cível.

Ainda sob a égide da Ordem Constitucional anterior, o extinto Tribunal Federal de Recursos, atento ao sistema federativo e à organização dual entre Ministérios Públicos (Federal e Estaduais), reconheceu que, se o *Parquet* Federal é o demandante, a competência é da Justiça Federal².

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça encampou, sem reservas, tal jurisprudência. Lê-se na ementa do sempre citado³ Conflito de Competência nº 4927/DF, :

“*PROCESSUAL - MINISTERIO PUBLICO FEDERAL*

- PARTE - COMPETENCIA - JUSTIÇA FEDERAL. SE O MINISTERIO PUBLICO FEDERAL E PARTE, A JUSTIÇA FEDERAL E COMPETENTE PARA CONHECER DO PROCESSO.”⁴

Em tal julgado, o voto do relator embasou-se, inteiramente, no parecer do ilustre então Subprocurador-Geral da República José Arnaldo da Fonseca, que, ao seu turno, incorporou as ponderações do órgão de execução oficiante no feito. Este, curiosamente, além de sustentar que, se é parte o MPF, órgão integrante da União, a competência é da Justiça Federal, aduziu que a questão deveria ser resolvida pela aferição da existência de interesse jurídico do *Parquet* na lide⁵.

No âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, seguiram-se decisões no sentido de que a presença do Ministério Público Federal no pólo ativo da lide atrai a competência da Justiça Federal⁶.

Estrênuo defensor dessa tese, asseverou o insigne Subprocurador-Geral da República João Batista de Almeida, em parecer incorporado a sua obra:

“É certo que a Constituição não estabelece expressamente o foro para as ações promovidas pelo Ministério Público Federal. Fê-lo apenas para a União, as entidades autárquicas e as empresas públicas federais (CF, 109, I, §§ 1º e 2º). Todavia, em decorrência da simetria do Poder Judiciário da União com o Ministério Público da União (CF, arts. 101 a 110, c/c art. 128), da atuação do Ministério Público Federal perante o Poder Judiciário (art. 127) e das funções institucionais que lhe foram atribuídas (art. 129), é inegável que o *Parquet* federal, na condição de órgão da União, utilize-se do mesmo foro. Não teria sentido que tal prerrogativa fosse reservada às entidades autárquicas e às empresas públicas federais, e não a órgão da administração direta da União, como é o caso do Ministério Público Federal. Além do que, os membros da instituição (MPF) atuam, como regra, perante os juízes federais, por força do disposto no art. 70 da Lei Complementar nº 75, de 20.05.1993. Assim, a conclusão inarredável é a de que o termo União contido no art. 109, I, incs. I e II engloba, também, o Ministério Público Federal.”⁷

Sustenta-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal teria acolhido semelhante tese, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 228.955/RS, eis que, conforme sua ementa: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, I E § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. (...)”⁸

Ressalvas, no entanto, devem ser feitas. Aludido recurso versava questão pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pela Súmula nº 183, no sentido de que, em face da competência funcional do local do dano (art. 2º da Lei nº 7.347/85), “Compete ao Juiz Estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo”. Todavia, no voto do ilustre Min. Relator Ilmar Galvão – acompanhado, à unanimidade, pelos seus pares – não se procedeu à análise expressa da questão “ação proposta pelo MPF – Competência da Justiça Federal”.

O foco dos debates deu-se em torno da (não) utilização, pela lei ordinária, da faculdade prevista no art. 109, § 3º, da Constituição da República. Assim, teria havido, quando muito, um acolhimento implícito da tese.

De todo modo, institucionalmente, mercê de semelhante tese, tornou-se postura do Ministério Público Federal justificar a competência da Justiça Federal pelo fato de ser órgão da União. Por vezes, erigiu-se tal em único fundamento na fixação da competência jurisdicional.

Todavia, essa tese, isoladamente, gera perplexidades. A principal delas é que, se bastasse a invocação da presença do Ministério Público Federal para positivar a competência da Justiça Federal, os membros do *Parquet* federal poderiam, ao seu talante, escolher as causas em que atuariam, definindo, de conseguinte, a competência jurisdicional. A título de exemplo: qualquer demanda envolvendo a tutela do meio ambiente poderia ser ajuizada pelo Ministério Público Federal.

Porventura sob a influência de seu labor advocatício, Paulo de Bessa Antunes, modificando seu entendimento anterior, asseriu:

“A conclusão do raciocínio acima implicava em que, sem personalidade jurídica, as ações civis públicas propostas pelo MPF em face de outros que não os entes federais seriam necessariamente da competência da Justiça Federal, visto que o MPF seria uma emanção da União Federal. A tese, evidentemente, estava equivocada, pois acarretava diversas conseqüências funestas para a ordem jurídica democrática. Em primeiro lugar há que se observar que o Constituinte tratou de dar ao MP um grau de autonomia em face da União que possibilitasse que a própria União fosse acionada pelo Ministério Público. Confundir o Ministério Público com a União era inadequado e inconstitucional, pois violaria a autonomia do órgão e permitiria que o MP rompesse com o conceito de juiz natural, visto que, inobstante os interesses tutelados, sempre que desejasse mover uma ação criaria a competência judicial de acordo com seus interesses, o que é inadmissível. E mais: haveria – de fato – um esvaziamento e uma usurpação da competência da Justiça dos estados e uma usurpação das atribuições do Ministério Público dos Estados.”⁹

Ante tais perplexidades, alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça passaram a questionar a competência da Justiça Federal pelo só fato de a pretensão ter sido deduzida pelo Ministério Público Federal. No julgamento do Conflito de Competência nº CC 34204 / MG, datado de 11/12/2002, em circunstâncias tais, declarou-se a competência da Justiça Estadual. O relator, ilustre Min. Luiz Fux, lançando mão do escólio de Vladimir Souza Carvalho, consignou em seu voto:

“Por fim, o fato de o Ministério Público Federal propor Ação Civil Pública com vistas à defesa de interesses difusos ou coletivos, não é suficiente para a fixação da competência da Justiça Federal. O Ministério Público, no caso, funciona como defensor dos direitos difusos e não como representante da União federal, que não é parte no feito.

Seguindo o mesmo entendimento, Vladimir Souza Carvalho traz o seguinte trecho, em sua obra “Competência da Justiça

Federal”:

“...o papel do Ministério Público Federal, que não se confunde com pessoa jurídica da União, na fixação da competência do Juízo federal. A circunstância de ter o Ministério Público Federal legitimidade ativa para ingressar com ação civil pública, por si só, não desloca ou fixa a competência da Justiça Federal, que se submete ao elenco taxativo do artigo 109, I, CF.”¹⁰

Posteriormente, o STJ voltou a decidir nesse sentido:

“PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Na ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a União, citada como demandada, disse não ter interesse em figurar no litígio.

2. Determinado na lide de natureza cível quem são os interessados e os contendores, estabelece-se a competência da Justiça Federal em razão da pessoa.

3. Inexistindo órgão federal no pólo passivo, é incompetente a Justiça Federal, cujo poder de julgar, constitucionalmente estabelecido, está pautado na presença de ente federal.

4. Recurso especial improvido.”¹¹

À toda evidência, contudo, semelhante entendimento representa retrocesso, sendo incoerente em seus próprios termos. Com efeito, não explica a posição do Ministério Público Federal na estrutura jurídico-constitucional da República Federativa do Brasil. Se o *Parquet* federal não é órgão da União, pergunta-se: o que é, então?

Não se lobra resposta satisfatória.

Definitivamente: posto que autônomo¹², não se há de negar que, carente de personalidade jurídica, e situado no plano federal da estrutura constitucional, o Ministério Público Federal é, de fato, órgão da União. Voltamos, uma vez mais, às lições de João Batista de Almeida:

“Não me parece ser procedente o argumento de que a União e o Ministério Público Federal não se confundam. Isto porque ambos integram a administração federal direta, sendo este um dos vários órgãos oficiais daquela. Salvo no que se refere às suas funções institucionais, em razão do que foi constitucionalmente legitimado a agir (CF, arts. 127 e 129), o Ministério Público Federal não tem representação própria em juízo. Excluídas as ações decorrentes de sua atuação, as demais – que lhe são favoráveis ou contrárias – são respondidas pela Advocacia-Geral da União, que representa e juízo toda a administração pública federal direta, exceto em matéria fiscal. Deve ser lembrado, a propósito, que a autonomia administrativa e funcional do Ministério Público não o torna órgão independente em relação à União.”¹³

Subsistia, porém, a objeção de virtual violação do princípio do juiz natural, podendo o Ministério Público Federal “forjar” a

competência da Justiça Federal, escolhendo as demandas a propor. Não obstante, o desate dessa questão há de se passar no plano de outras categorias jurídicas, que não da competência.

Nesse diapasão, surge a perspicácia processualista do eminente Min. Teori Albino Zavascki, a influir, decisivamente, na renovação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, no julgamento do Conflito de Competência nº 40.534/RJ, ocorrido em 28/04/2004, reafirmou-se que, sendo parte o Ministério Público Federal, a competência é da Justiça Federal. Esta, no entanto, encontra-se habilitada a apreciar a legitimidade ativa da instituição ministerial. Está consubstanciado, na ementa:

“Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando sua legitimação ativa.”¹⁴

Dessa feita, o cerne da controvérsia transfere-se da competência à legitimidade ativa. Desde então, todos os julgados que se sucederam ao CC 40.534/RJ adotaram idêntica orientação¹⁵.

Um desses arestos do Superior Tribunal de Justiça – RESP nº 440.002/SE, julgado em 18/11/2004 –, conduzido, à unanimidade, pelo eminente Ministro Teori Albino Zavascki, fornece-nos valiosos critérios hermenêuticos para a identificação da legitimidade ativa do Ministério Público Federal, no tocante à propositura de ações na defesa dos interesses transindividuais. Vale conferir a íntegra da ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. MEIO AMBIENTE. COMPETÊNCIA.

REPARTIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. DISTINÇÃO ENTRE COMPETÊNCIA E LEGITIMAÇÃO ATIVA. CRITÉRIOS.

1. A ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, segundo a qual cabe aos juízes federais processar e julgar “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho”. Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal.

3. Não se confunde competência com legitimidade das partes. A questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos.

4. À luz do sistema e dos princípios constitucionais,

“Com efeito, no julgamento do Conflito de Competência nº 40.534/RJ, ocorrido em 28/04/2004, reafirmou-se que, sendo parte o Ministério Público Federal, a competência é da Justiça Federal. Esta, no entanto, encontra-se habilitada a apreciar a legitimidade ativa da instituição ministerial.”

nomeadamente o princípio federativo, é atribuição do Ministério Público da União promover as ações civis públicas de interesse federal e ao Ministério Público Estadual as demais. Considera-se que há interesse federal nas ações civis públicas que (a) envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral); (b) devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciais da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais); (c) sejam da competência federal em razão da matéria — as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI); (d) sejam da competência federal em razão da pessoa — as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou em que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I); e (e) as demais causas que envolvam interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que se visa tutelar.

6. No caso dos autos, a causa é da competência da Justiça Federal, porque nela figura como autor o Ministério Público Federal, órgão da União, que está legitimado a promovê-la, porque visa a tutelar bens e interesses nitidamente federais, e não estaduais, a saber: o meio ambiente em área de manguezal, situada em terrenos de marinha e seus acrescidos, que são bens da União (CF, art. 20, VII), sujeitos ao poder de polícia de autarquia federal, o IBAMA (Leis 6.938/81, art. 18, e 7.735/89, art. 4º).

7. Recurso especial provido.¹⁶

Interessam-nos, particularmente, os seguintes adinículos interpretativos, a fixar a legitimidade ativa do Ministério Público Federal: as hipóteses em que a União ou suas entidades autárquicas e empresas públicas figurem entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I); e as causas que envolvam interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos a que se visa tutelar.

Nesse perspectiva, desenvolveremos, no tópico seguinte, a análise da legitimidade ativa do Ministério Público Federal, na tutela de alguns dos mais caros interesses transindividuais.

3. DA DEFESA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS PELO PARQUET FEDERAL

3.1. Da Tutela do Patrimônio Público e Do Combate à Improbidade Administrativa

De acordo com as concepções contemporâneas, a noção de patrimônio público é sobretudo mais abrangente que a de erário, atrelando-se aos princípios constitucionais da administração pública, notadamente à moralidade administrativa — sem prejuízo, decerto, dos bens jurídicos elencados no art. 1º na Lei de Ação Popular. Nesse sentido, autorizada doutrina¹⁷, e remansosa jurisprudência dos tribunais superiores¹⁸.

Em seguida, cumpre ressaltar, seja pela amplitude do conceito, seja pela fórmula utilizada pelo constituinte, no art. 129, III, da Lei Maior, que o patrimônio público foi concebido (também) como direito difuso da coletividade. Conforme o Superior Tribunal de Justiça, “A Constituição Federal, no art. 129, inciso III, considerou o patrimônio público como um interesse difuso. A Lei da Ação Civil Pública, ao tutelar outros interesses difusos e coletivos aí inclui o patrimônio público. Precedentes.”¹⁹

Noutro giro, malgrado vozes dissonantes²⁰, o entendimento amplamente majoritário é o de que a legitimação do Ministério

Público, na tutela dos interesses difusos, é extraordinária²¹. Ociosas maiores lucubrações, mesmo porque a Suprema Corte, em diversas oportunidades, inclusive versando o patrimônio público, deixou assentado:

“CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92). Recurso não conhecido.”²²

“...a identificação da substituição processual tem o mérito de impedir que o ente público federal — de maneira arbitrária, como sói acontecer —, alegue falta de interesse na lide, a infirmar a legitimidade ativa do Ministério Público Federal, e acarretar a incompetência da Justiça Federal. Ou seja: o interesse público das entidades federais sobrepõe às veleidades pessoais dos agentes públicos que as administram.”

Sem embargo de representar interesse difuso da coletividade, tutelado pelo Ministério Público, em substituição processual, o patrimônio público não perde sua natureza inata de interesse público ou, mais propriamente, interesse estatal.

Dito de outra forma: a par de interesse difuso da coletividade, o patrimônio público também se desvela sob o prisma da subjetivação de interesses (de determinados entes públicos). Independentemente da distinção entre interesses públicos primários e secundários, não se pode desconsiderar o legítimo interesse das pessoas jurídicas de direito público na adequada gestão do patrimônio público.

Tal aspecto não passou despercebido pela Doutora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida:

“O patrimônio público, tomado como exemplo, pode ser considerado bem da entidade estatal respectiva (bem público estatal), e, quando lesado ou ameaçado de lesão,

pode também ser considerado bem difuso, ou seja, bem de interesse da coletividade em geral, contribuinte dos tributos que o alimentam."²³

Bem situada a questão, verifica-se que, na tutela do patrimônio público, o Ministério Público atua como substituto processual, a um tempo, da coletividade indeterminada de pessoas e do ente estatal diretamente atingido.

Esclareceu o Ministro Teori Albino Zavascki, em seu esplêndido voto vencedor no RESP nº 440.002/SE:

*"Na ação civil pública, a legitimação ativa é em regime de substituição processual. Versando sobre direitos transindividuais, com titulares indeterminados, não é possível, em regra, verificar a identidade dos substituídos. Há casos, todavia, em que a tutela de direitos difusos não pode ser promovida sem que, ao mesmo tempo, se promova a tutela de direitos subjetivos de pessoas determinadas e perfeitamente identificáveis. É o que ocorre nas ações civis públicas em defesa do patrimônio público ou da probidade administrativa, cuja sentença condenatória reverte em favor das pessoas titulares do patrimônio lesado. Tais pessoas certamente compõem o rol dos substituídos processuais. Havendo, entre elas, ente federal, fica definida a legitimidade ativa do Ministério Público Federal."*²⁴

Afora ser, tecnicamente, impecável, tal raciocínio resolve de vez a questão da legitimidade ativa do Ministério Público Federal (e, de conseguinte, a competência da Justiça Federal), para a propositura das ações civis públicas de responsabilização por atos de improbidade administrativa, praticadas em detrimento da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

Deveras, embora a pessoa jurídica de direito público seja intimada para integrar a lide, a teor do art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92, não raro ocorre de manifestar desinteresse em figurar em um dos pólos da relação processual – no mais das vezes, por razões políticas, de conveniência e oportunidade dos administradores públicos, em detrimento do próprio interesse público na salvaguarda do patrimônio público.

Portanto, a identificação da substituição processual tem o mérito de impedir que o ente público federal – de maneira arbitrária, como sói acontecer –, alegue falta de interesse na lide, a infirmar a legitimidade ativa do Ministério Público Federal, e acarretar a incompetência da Justiça Federal. Ou seja: o interesse público das entidades federais sobrepõe às veleidades pessoais dos agentes públicos que as administram.

Outrossim, tal orientação soluciona o dilema das ações civis públicas movidas pelo Ministério Público Federal contra entidades não elencadas no art. 109, inciso I, da Constituição da República, porém na defesa do patrimônio público afeto à União e suas autarquias e empresas públicas. Isto porque, em tais circunstâncias, estes entes federais figurarão, sempre, na condição de substituídos processuais no pólo ativo da demanda.

Sob uma outra perspectiva, o venerando acórdão prolatado no julgamento do RESP nº 440.002/SE fornece-nos outras achegas à identificação da legitimidade ativa do Ministério Público Federal, na defesa do patrimônio público em juízo: a existência de interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores

jurídicos que se visa a tutelar.

Nesse passo – interessante constatação –, harmonizam-se os incisos I e IV do art. 109 da Constituição da República, nas causas em que for autor o Ministério Público Federal. De modo que a proteção aos bens, serviços e interesses federais torna-se simétrica e sistematizada, possibilitando, em suma, a unidade da tutela do patrimônio público federal.

Entretanto, ao amparo de semelhante orientação, quer nos parecer, a tutela cível do patrimônio público federal pode restar, inclusive, mais abrangente que na seara criminal. De fato, o art. 109, IV, da Constituição da República, em verdadeiro silêncio eloqüente, excluiu da competência da Justiça Federal o processo e julgamento das infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços e interesses das sociedades de economia mista federais.

Acontece que, na esfera cível, a competência da Justiça Federal determina-se em razão da pessoa e, conforme visto, sendo o Ministério Público Federal órgão da União, não se a discute. Segue-se a apreciação da legitimidade ativa do *Parquet* federal.

Verifica-se que considerável parcela dos serviços públicos e atividades econômicas de competência da União, previstos, e.g., nos arts. 21, 176 e 177 da Constituição da República, são exercidos por Sociedades de Economia Mista Federais. Diante desse quadro, ao acionar tais entidades, fá-lo-á o Ministério Público Federal na defesa de bens e valores jurídicos federais, concernentes à União. Também aqui, revela-se apropriada a noção da legitimação extraordinária, a significar que a instituição ministerial federal estaria atuando em substituição processual da própria União – que poderia manter-se inerte por razões não jurídicas.

Todas essas considerações são válidas, igualmente, para as ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal em face de entidades privadas, concessionárias ou permissionárias de serviços públicos ou atividades econômicas próprios da União.

Por fim, quadra salientar: o interesse dos entes federais elencados no art. 109, I, da Constituição da República, deve ser identificado de forma objetiva, à luz dos bens e valores jurídicos objeto da pretensão deduzida em juízo. De conseguinte, a legitimidade ativa do Ministério Público Federal há de ser aferida *in statu assertionis* – é dizer: eventual improcedência da demanda não implica a falta de legitimidade ativa do *Parquet* federal.

Em linhas gerais, assim se delinea a tutela do patrimônio público federal, pelo Ministério Público Federal.

3.2. Da Tutela do Meio Ambiente

A defesa do meio ambiente, pelo Ministério Público Federal, igualmente, não é isenta de divergências. Todavia, embora perdurem discussões na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Estaduais, o Superior Tribunal de Justiça, com inteiro acerto, tem pacificado a questão.

Os debates transcorrem em torno do interesse da União, do IBAMA, ou de outras entidades federais congêneres. Faz-se mister sua precisa identificação, porquanto, somente em havendo o interesse daqueles, terá legitimidade ativa o Ministério Público Federal, para a tutela judicial do meio ambiente.

Alguns dos mais ilustres ambientalistas pátrios esposam o

entendimento de que, sendo o meio ambiente um bem jurídico *per se*, de natureza holística e imaterial – inconfundível com o bem material sobre o qual incide –, pertencente à coletividade de pessoas indeterminadas (interesse difuso) e não aos entes públicos, não se caracteriza o interesse jurídico da União ou do IBAMA, pelo fato de o dano ambiental incidir sobre bens pertencentes àquela ou sobre unidades de conservação federais, administradas a fiscalizadas por esta.

Preleciona Álvaro Luiz Valery Mirra:

“Nessa linha de entendimento, tem-se sustentado, com razão, que o fato de a degradação ambiental atingir bens de domínio da União, como o mar territorial, as praias, os rios interestaduais, as cavernas e os sítios arqueológicos e pré-históricos, os recursos minerais (art. 20, III, VI, IX, X, da CF), os exemplares da fauna terrestre (art. 1º, caput, da Lei n. 5.197/67) e aquática (art. 3º do Decreto-lei n. 221/67) ou as áreas abrangidas pelas unidades de conservação federais – Parques, Reservas, Estações Ecológicas, etc –, não é suficiente para caracterizar o interesse jurídico apto a viabilizar a intervenção da União no processo movido para a obtenção da responsabilidade civil do degradador. Isso porque, como analisado anteriormente, o dano ambiental significa lesão ao meio ambiente, como bem incorpóreo, qualificado juridicamente como bem de uso comum do povo (art. 225, caput, da CF), e aos elementos corpóreos e incorpóreos que o integram – os denominados bens ambientais –, os quais receberam tratamento legal específico, devido à sua função ecológica e ambiental, como recursos ambientais (art. 3º, V, da Lei n. 6.938/81), sendo, em qualquer dos casos, na sua dimensão coletiva, como interesses difusos, bens pertencentes à coletividade, independentemente da titularidade do domínio reconhecida sobre o elemento material específico atingido.

Assim, nos exemplos acima apontados, se, por um lado, a agressão recai sobre bens corpóreos de domínio da União – o mar, as praias, os rios interestaduais, as cavernas, os exemplares da fauna, as unidades de conservação federais –, por outro lado, no âmbito da ação civil pública, a reparação dos danos pretendida visa à recomposição do meio ambiente e dos bens ambientais na condição, respectivamente, de bem incorpóreo de uso comum do povo e de recursos ambientais, sempre como bens que pertencem à coletividade como um todo, que tem direito ou interesse à sua manutenção de forma equilibrada em termos ecológicos, direito como visto difuso e a todos pertencente; não como bens integrantes do patrimônio da União ou de entidades públicas federais.”²⁵

Não divergem as lições de Édis Milaré:

“O interesse a que se refere a Constituição para firmar a competência da Justiça Federal há de se revelar qualificado, não bastando de modo algum a mera alegação de um interesse vago ou indeterminado. É preciso, numa palavra, que o interesse daquelas entidades as coloque na posição de autoras, rés, assistentes ou oponentes. Assim, por exemplo, como bem lembra Hamilton Alonso Jr., a simpels titularidade do imóvel onde se deu o dano ambiental “não gera o interesse

*jurídico previsto no art. 109, I, da Constituição Federal, pois o interesse que se visa a tutelar em ação civil pública é o patrimônio comum de todos (art. 225 da CF) e não o patrimônio da pessoa jurídica de direito público”.*²⁶

Sem embargo, com todo o respeito que merecem tais juristas de alto coturno²⁷, semelhante tese não resiste a uma análise mais acurada, revelando-se insubsistente.

Posto que, idealmente, o bem jurídico-ambiental seja autônomo, há de se ter presente sua indissociabilidade aos bens materiais que lhe são constitutivos. Tomemos, por exemplo, as praias marítimas, bens da União (art. 20, IV, da CR), tuteladas como valor ambiental²⁸. Conforme definição do art. 10, § 3º, da Lei nº 7.661/88:

“Art. 10. (...)

§ 3º Entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema.”

Abstraindo-se dos elementos materiais conformadores das praias, de praia não se há de falar, e, em consequência, não se terá diante a hipótese prevista no art. 20, IV, da CR. Nesse raciocínio, o bem jurídico-ambiental tutelado coincide com os próprios elementos materiais que lhe dão consistência. Logo, inadequada sua decomposição, em termos absolutos.

Incongruente, também, pretender-se excluir o interesse dos entes federais pelo fato de ser o meio ambiente um interesse difuso, titularizado pela coletividade indeterminada, e não pela União, suas autarquias e empresas públicas. A higidez das relações de consumo, *v.g.*, constitui interesse difuso da coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que nela haja intervindo, ou expostas a determinadas práticas comerciais²⁹. Nem por isso, elide-se o interesse dos entes arrolados no art. 109, I, da CR, em se tratando de serviços públicos ou atividades econômicas próprios da União, que se caracterizem como relações de consumo, ou que, ainda sem aquela pertença, sujeitem-se à fiscalização e ao poder de polícia das Agências Reguladoras (autarquias federais de regime especial).

Na verdade, a Lei Fundamental, ao estabelecer, em seu art. 23, incisos III, VI e VII, ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios *“proteger ... as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”, “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”* e *“preservar as florestas, a fauna e a flora”*, fê-lo no intuito fomentar a cooperação entre os entes públicos na defesa do meio ambiente, sem, no entanto, desconsiderar os interesses peculiares a cada um deles.

É próprio do Sistema Federativo a repartição de atribuições entre os diversos níveis de governo, de acordo com suas particularidades. Na educação, por exemplo, os Municípios atuam, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil; os Estados, no ensino fundamental e médio; o ensino superior, embora não expresso na Constituição, é curado, precipuamente, pela União Federal. Na saúde, não obstante tratar-se de sistema

único, subdividem-se as responsabilidades dos entes federados na sua gestão.

O mesmo se passa na defesa do meio ambiente. União, Estados e Municípios são naturalmente vocacionados a preservá-lo. Todavia, em obséquio ao Sistema Federativo, deve-se identificar as situações em que, na preservação do meio ambiente, predominem os interesses de um ou outro ente federado – até como forma de especialização da tutela e fixação de responsabilidades. Para tanto, não se divisam melhores critérios que os da titularidade dos bens sobre os quais recaem os danos ambientais; o da competência para administrar e fiscalizar determinados espaços territoriais protegidos; ou para licenciar determinadas atividades.

Não fosse assim, a tese ora refutada certamente conduziria ao absurdo – o que é inconcebível, sob qualquer perspectiva hermenêutica. De fato, em não se admitindo os referidos critérios na identificação do interesse da União e do IBAMA, a rigor, tais entes JAMAIS poderiam ajuizar ações civis públicas na defesa do meio ambiente, eis que sempre lhes faleceria interesse.

Ou seja, tornar-se-ia letra morta o art. 5º da Lei nº 7.347/85, que confere à União e suas autarquias a legitimidade para promoverem a ação civil pública, na defesa do meio ambiente. Outrossim, salvo nas hipóteses em que o causador do dano ambiental – e portanto, o réu na ACP – fosse uma das entidades elencadas no art. 109, I, da CR, o Ministério Público Federal careceria de legitimidade ativa para a tutela do meio ambiente, por ausência de interesse federal, tornando inócuos os arts. 5º, III, “d”, 6º, VII, “b”, XIV, “g”, da Lei Complementar Federal nº 75/93.

Tudo, em manifesto prejuízo da tutela do meio ambiente, e na contra-mão do Sistema de Proteção Integral que lhe é inerente.

Dessarte, à vista dos argumentos supra expendidos, digna de encômios a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – posto que lhe falte, por vezes, maior fundamentação.

Assim, no julgamento do Conflito de Competência nº 16.863/SP, ficou consignado:

*“COMPETE A JUSTIÇA FEDERAL PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA COM A FINALIDADE DE REPARAR OS DANOS AO MEIO AMBIENTE OCACIONADOS PELO VAZAMENTO DE OLEO NO MAR TERRITORIAL, BEM DE PROPRIEDADE DA UNIÃO.”*³⁰

Seguiram-se diversos julgados no sentido de que é competente a Justiça Federal em se tratando de danos ambientais incidentes sobre rios de domínio da União, inclusive o recente acórdão no Conflito de Competência nº 39.111/RJ, em cuja ementa se lê:

“Não obstante, é assente nesta Corte que dano ambiental causado em rios da União indica o interesse desta nas demandas em curso, a arrastar a competência para o

*juízo das ações para a Justiça Federal. Precedentes da Primeira Seção: CC 33.061/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 08/04/2002; CC 16.863/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 19/08/1996.”*³¹

O mesmo raciocínio é válido quando se trata de unidade de conservação federal, gerida e fiscalizada pelo IBAMA, ou de atividade a ser licenciada por tal autarquia, nos termos do art. 4º da Resolução CONAMA nº 237/97.

Tais fundamentos, aliás, foram expressamente considerados no paradigmático julgamento do RESP nº 440.002/SE, supra transcrito. Tendência que merece continuidade.

Por outro lado, impende frisar, não se delinham interesses da União ou do IBAMA, pelo só fato de o dano ambiental recair sobre um dos grandes ecossistemas mencionados no art. 225, § 4º, da Constituição da República, pois, conforme entende o Pretório Excelso, *“Não é a Mata Atlântica, que integra o Patrimônio Nacional a que alude o artigo 225, § 4º, da Constituição Federal, bem da União”*³².

Igualmente, não terá o Ministério Público Federal atribuições para presidir o inquérito civil ou procedimento administrativo, nem legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública, pela exclusiva razão de serem oriundos do IBAMA os elementos de convicção que deflagraram a atuação ministerial (v.g., autos de infração, termos de embargos, relatórios de vistoria, etc).

Conforme sustentado, a tutela do meio ambiente, pelo Ministério Público Federal, pressupõe a identificação da ofensa a interesses federais, seja porque o dano ambiental incide sobre bens da União, ou em espaços territoriais ou formas de vegetação sujeitos à administração e fiscalização do IBAMA (por exemplo, unidade de conservação federal), seja porque determinada atividade submeta-se ao procedimento licenciatório daquela autarquia federal.

Afora tais hipóteses, não se fará presente o interesse jurídico dos entes federais.

Imagine-se o desmatamento de uma área de reserva legal, ou o dano ambiental carreado em unidade de conservação estadual. Não se divisam interesses federais. De conseguinte, ainda que o IBAMA proceda à autuação do infrator, destoa das atribuições do Ministério Público Federal versar a espécie.

Esses, enfim, os elementos básicos na identificação da legitimidade ativa do Ministério Público Federal, na defesa do meio ambiente.

3.3. Da Tutela do Patrimônio Cultural e Das Minorias Étnicas

As linhas mestras da tutela do patrimônio cultural brasileiro estão traçadas nos arts. 215 e 216 da Lei Maior. Neles, todavia, não se entrevêm parâmetros claros a possibilitar a identificação dos interesses predominantemente federais, relativamente à sua

“Verifica-se que considerável parcela dos serviços públicos e atividades econômicas de competência da União, previstos, e.g., nos arts. 21, 176 e 177 da Constituição da República, são exercidos por Sociedades de Economia Mista Federais. Diante desse quadro, ao acionar tais entidades, fá-lo-á o Ministério Público Federal na defesa de bens e valores jurídicos federais, concernentes à União.”

tutela.

De ordinário, positivar-se-á a legitimidade ativa do Ministério Público Federal em caso de danos (atuais ou potenciais): a programas, projetos e atividades culturais desenvolvidos pela União (através do Ministério da Cultura) e por suas entidades autárquicas; ou a bens acautelados e preservados pelo IPHAN. Em hipóteses desse jaez, pode o MPF, sozinho, postular em juízo a defesa do patrimônio cultural, presentes que se fazem interesses federais.

Assim colocada a questão, parece não haver maiores dificuldades na apreciação da legitimidade ativa do MPF, na tutela do patrimônio cultural. A prática revela, no entanto, situações embaraçosas.

Contemporaneamente, tem medrado o entendimento de que determinados bens, de reconhecido valor cultural (histórico, estético, etc.), podem ser tutelados em sede de ação civil pública³³, ainda que não estejam tombados. Os fundamentos dessa tese são, basicamente: que o tombamento não institui o valor cultural o bem, que lhe preexiste, mas apenas o reconhece e declara; e que, na dicção do art. 216, § 1º, da Constituição da República, é exemplificativo o rol de instrumentos de proteção aos bens de valor cultural, admitindo outros que se mostrem eficazes e adequados, como a ação civil pública.

Carece, porém, de serem identificados os interesses federais. Há entendimentos no sentido de que todos os entes da federação poderiam, indistintamente, proceder ao tombamento de quaisquer bens. Aduz José Eduardo Ramos Rodrigues:

“Existem alguns doutrinadores que entendem que a competência concorrente limitaria o poder de tomar de cada pessoa jurídica de direito público interno ao grau de interesse que tivesse sobre o bem em questão. Assim, a União só poderia tomar bens de importância nacional, os Estados os de interesse estadual, e os Municípios os de interesse local. Ora, essa lição não tem o menor sentido jurídico. Nem a Constituição nem a lei ordinária jamais criou qualquer tipo de limitação nesse sentido, e muito pelo contrário, determinou a Carta Magna no art. 216, § 1º, que o Poder Público, como um todo, incluindo União, Estados, Municípios e Distrito Federal, fosse responsável pela proteção do patrimônio cultural brasileiro, que portanto é uno e não apenas federal, estadual ou municipal.”³⁴

Tal entendimento, decerto, contribui ao incremento da tutela do patrimônio cultural. Além disso, não gera qualquer obstáculo na identificação do interesse federal, possibilitando, sempre, que o Ministério Público Federal, na tutela de bens de relevante valor cultural, embora não tombados, acione qualquer ente privado

ou público – eis que, virtualmente, deveria o bem ser objeto de tombamento pelo IPHAN.

Não obstante, à míngua de norma expressa, cuidamos que a repartição de atribuições entre as esferas governamentais, na tutela do Patrimônio Cultural, decorre, diretamente, da Forma Federativa de Estado. Não que o Município não possa tomar bem já tombado pelo Estado ou pela União, ou que o Estado não possa tomar bem tombado pela União, porque o interesse de tais entes políticos, igualmente, se fará presente. Mas, pretender que haja interesse da União no tombamento de um bem de valor cultural estritamente local, parece-nos desmesurado.

Exacerba o problema o fato de sequer haver tombamento: nessas circunstâncias, como antever o interesse federal na proteção do bem?

Nessa perspectiva, a se entender necessária a identificação do interesse federal, poder-se-ia questionar a legitimidade ativa do Ministério Público Federal.

A solução do dilema situa-se, uma vez mais, no fato de que as condições da ação devem ser averiguadas *in abstracto*, segundo as afirmações do autor. Segue-se que, asseverando o Ministério Público Federal, na peça vestibular, o valor cultural do bem e a existência de interesse federal em sua preservação, estabelecer-se-á sua legitimidade ativa.

Outra questão apta a gerar polêmica diz respeito à defesa, pelo Ministério Público Federal, do patrimônio cultural humano – mais especificamente, das minorias étnicas.

No que se refere aos índios, a própria Constituição da República estabelece, em seu art. 109, XI, ser da competência da Justiça Federal processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas.

Quanto aos remanescentes das comunidades de quilombos, outrossim, vislumbra-se solução consentânea. É que, incumbindo ao INCRA “a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos” (art. 3º do Decreto nº 4.887/03), e à Fundação Cultural Palmares zelar por tais direitos, a identificação dos interesses dessas entidades federais confere sustentáculo à legitimidade ativa do

Ministério Público Federal.

Vexata quaestio, entretentes, constitui identificar o interesse da União ou de outros entes federais na tutela das demais minorias étnicas. Por exemplo, no litoral brasileiro, em alguns Estados da Federação, resistem os chamados caçaras³⁵, portadores de uma cultura peculiar, sobremodo rica e variada, porém exposta, cada vez mais, à pressão de grileiros, de especuladores imobiliários, de oportunistas...

Não se pode, *a priori*, sustentar a presença de interesse da

“Conforme sustentado, a tutela do meio ambiente, pelo Ministério Público Federal, pressupõe a identificação da ofensa a interesses federais, seja porque o dano ambiental incide sobre bens da União, ou em espaços territoriais ou formas de vegetação sujeitos à administração e fiscalização do IBAMA (por exemplo, unidade de conservação federal), seja porque determinada atividade submeta-se ao procedimento licenciatório daquela autarquia federal. Afora tais hipóteses, não se fará presente o interesse jurídico dos entes federais.”

União ou de suas entidades autárquicas, inclusive pelo caráter eminentemente local de determinadas minorias étnicas. Todavia, foi o próprio legislador complementar que estabeleceu, diretamente, a legitimidade ativa do Ministério Público Federal, para a tutela das minorias étnicas – art. 6º, VII, “c”, da Lei Complementar nº 75/93.

Não faz sentido distinguir entre minorias étnicas de interesse federal, estadual ou municipal – e não se vislumbra qualquer critério razoável para fazê-lo. Em resumo, a noção de minorias étnicas é unitária, não comportando subdivisões.

Reforça essa tese o fato de que a Lei nº 8.625/93, a qual estabelece normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, embora arrolando de forma exemplificativa os bens jurídicos a serem tutelados pelo *Parquet* Estadual, foi silente quanto às minorias étnicas, mais denotando omissão deliberada.

Dito dessa forma, não se pretende excluir das instituições ministeriais dos Estados a tutela das minorias étnicas, mas seu fundamento deve ser outro, qual seja, o amplo conceito de patrimônio cultural utilizado pela Constituição da República.

Já o *Parquet* federal, ao seu turno, haure sua legitimidade ativa para a tutela das minorias étnicas, diretamente, da LC nº 75/93.

Tais são os critérios que nos parecem adequados – sem prejuízo de outros, que venham a ser propostos, fundamentadamente.

4. CONCLUSÃO

Conforme visto, a tutela dos interesses transindividuais, pelo Ministério Público Federal, é tema que ainda suscita controvérsias.

Entretanto, a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça sinaliza no sentido de transferir o foco das discussões da competência da Justiça Federal à legitimidade ativa do *Parquet* federal – reconhecendo, definitivamente, ser este órgão da União.

Na identificação dos interesses federais, a estabelecer a legitimidade ativa do Ministério Público Federal, impende ressaltar as valiosas contribuições hermenêuticas fornecidas pelo STJ, no julgamento do RESP nº 440.002/SE, sobretudo no que tange às hipóteses em que a União ou suas entidades autárquicas e empresas públicas figurem entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I); e as causas que envolvam interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos a que se visa tutelar.

Na tutela do patrimônio público, do meio ambiente e do patrimônio cultural, consoante exposto, os novos parâmetros propostos tendem a equacionar infundáveis querelas existentes em doutrina e jurisprudência. No tocante aos demais interesses metaindividuais, certamente, ensejarão soluções adequadas.

A questão, todavia, não é livre de retrocessos – e, não raro, modifica-se a jurisprudência dos tribunais superiores, cedendo aos interesses circunstanciais, em prejuízo da efetividade da tutela coletiva. Portanto, à luz dos argumentos jurídicos expostos supra, importante a consolidação dessa nova tendência.

■ Notas ■

¹ No conceito de entidade autárquica, para efeitos de competência jurisdicional, incluem-se as fundações, haja vista a similitude de sua conformação jurídica. Nesse sentido: STF, 2ª T., Rextr. Nº 215.741-4/SE, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04/06/1999, p. 19.

² TFR, AC 137.561-PR, Rel. Min. José Dantas, DJ 15/08/1988.

³ Pelos órgãos de execução do MPF nas ações civis públicas.

⁴ STJ, CC nº 4927/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Seção, j. 14/09/1993, DJ 04/10/1993, p. 20.482.

⁵ “Sendo, o Ministério Público Federal um órgão integrante da União, as pretensões por ele deduzidas devem ser, data venia, dirimidas pela Justiça Federal, mesmo porque a ele falece atribuição para oficiar perante a Justiça Estadual ou Distrital.

Assim, proposta ação pela Procuradoria da República, no foro que lhe é próprio, o federal, caso o I. Magistrado entenda que não lhe reserva, a Constituição, atribuição para titularidade do feito, há que declarar a falta de interesse jurídico na lide, não a incompetência do Juízo.” in Voto do Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, CC 4927/DF, supra.

⁶ Nesse sentido, vide: CC 10445 / SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Seção, j. 13/09/1994, DJ 10/10/1994, p. 27.058; RMS 4.146/CE, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., j. 23/10/1995, DJ 26/02/1996, p. 4.085.

⁷ ALMEIDA, João Batista. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 82/83.

⁸ STF, RE 228955 / RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 10/02/2000, DJ 24/03/2001, p. 056.

⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *A Tutela Judicial do Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 54/55.

¹⁰ In voto do relator Ministro Luiz Fux, CC 34204 / MG, 1ª Seção, j. 11/12/2002, DJ 19/12/2002, p. 323.

¹¹ STJ, RESP nº 153540 / PB, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., j. 04/12/2003, DJ 08/03/2004, p. 202.

¹² Art. 127, § 2º, CR. Vide também a classificação de: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 15ª ed., 2003, p. 428.

¹³ ALMEIDA, João Batista de, *Op. Cit.*, pág. 85.

¹⁴ STJ, CC 40.534/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 28/04/2004, DJ 17/05/2004, p. 100.

¹⁵ STJ: RESP nº 440002 / SE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 18/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 195; REsp nº 737073 / RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 06/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 700; REsp nº 677585 / RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 679.

¹⁶ STJ, RESP nº 440002 / SE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 18/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 195.

¹⁷ Vide, a título de exemplo: GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 281/284; MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público*. São Paulo: RT, 2000, p. 18.

¹⁸ No STJ, v.g.: REsp 695718 / SP, Rel. Min. José Delgado, 1ª T., j. 16/08/2005, DJ 12/09/2005; REsp 489225 / DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 24/06/2003, DJ 25/08/2003. No STF, vide: RE nº 170.768-2/SP, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 26/03/1999, DJ 13/08/1999;

¹⁹ Resp. 547780/SC, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 02/02/2006, DJ 20/02/2006, p. 271.

²⁰ O ilustre Prof. Nelson Nery Júnior, utilizando-se de categorias do direito alemão, classifica a legitimidade do MP na tutela dos interesses difusos como *legitimação autônoma para a condução do processo*, espécie de legitimação ordinária (*CPC Comentado e Legislação Extravagante*. 7ª ed. SP:RT, 2003, p. 339). Entretanto, de se notar que o renomado mestre não deixa de reconhecer que os interesses versados pertencem a coletividades estranhas aos legitimados processuais à propositura da ACP. Daí, em termos práticos – e contra as próprias palavras do sobredito processualista – tal categoria mais se aproxima da legitimação extraordinária que da ordinária propriamente dita, e, a nosso ver, não se presta a justificar as ideologias que defendem que a legitimação estabelecida no art. 5º da Lei nº 7.347/85 é ordinária, apenas como forma de permitir, dentre outras

conseqüências jurídicas, o manejo de ações declaratórias e reconvenções contra o ente ou órgão legitimado, em prejuízo da coletividade.

²¹ Por todos, vide: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59/63.

²² RE nº 208.790/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 27/09/2000, DJ 15/12/2000, p. 105. No mesmo sentido: RE nº 234.439/MA, 1ª T., Rel. Min. Moreira Alves, j. 30/04/2002, DJ 14/06/2002

²³ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Ação Civil Pública: Judicialização dos Conflitos e Redução da Litigiosidade*. In *Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 118.

²⁴ Voto do Min. Teori Albino Zavascki, in *RESP nº 440002 / SE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 18/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 195.*

²⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e Reparação do Dano ao Meio Ambiente*. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 166/167.

²⁶ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 948.

²⁷ Entende-se, até, como natural, a predisposição dos Drs. Mirra e Milaré, em estabelecer a competência do Poder Judiciário Estadual, visto que desenvolviam suas carreiras na Magistratura e no Ministério Público, ambos do Estado de São Paulo.

²⁸ Nos termos do art. 3º, XV, da Resolução CONAMA nº 303/2002, as praias são consideradas áreas de preservação permanente, em locais de nidificação e

reprodução da fauna silvestre. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, a propósito, em seu art. 268, inciso II, considera as praias, sempre, como áreas de preservação permanente.

²⁹ Arts. 2º, parágrafo único, e 29, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)

³⁰ STJ, CC 16863/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 26/06/1996, DJ 19/08/1996.

³¹ STJ, CC 39.111/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. 13/12/2004, DJ 28/02/2005, p. 178.

³² STF, RE nº 300.244/SC, 1ª T., Rel. Min. Moreira Alves, j. 20/11/2001, DJ 19/12/2001.

³³ Vide, como exemplo: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 132/133.

³⁴ RAMOS RODRIGUES, José Eduardo. *Meio Ambiente Cultural: Tombamento – Ação Civil Pública e Aspectos Criminais, in Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85 – 15 Anos*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 358.

³⁵ Lê-se, na publicação “Saberes Tradicionais e Biodiversidade no Brasil” do Ministério do Meio Ambiente: “*Entende-se por Caiçaras aquelas comunidades formadas pela mescla étnica-cultural de indígenas, de colonizadores portugueses, e, em menor grau, de escravos africanos. Os caiçaras têm uma forma de vida baseada em atividades de agricultura itinerante, da pequena pesca, do extrativismo vegetal e do artesanato. Essa cultura se desenvolveu principalmente nas áreas costeiras dos atuais Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná e norte de Santa Catarina.*”

■ Nova Lei de Drogas – Hipóteses de Retroatividade ■

Valtan Furtado

Procurador da República em Brasília-DF

1. Hipóteses de retroatividade de dispositivos específicos da nova Lei de Drogas.

A Lei 11.343/06, a nova Lei de Drogas, que entrou em vigor em 8 de outubro de 2006, revogou expressamente as Leis 6.368/76 (que definia crimes) e 10.409/02 (que tratava da persecução penal), unificando o trato da matéria.

O presente artigo se dedica à questão da possibilidade de aplicação retroativa dos seguintes dispositivos da nova Lei de Drogas, para beneficiar agentes que praticaram crimes durante a vigência da Lei 6.368/76: **a) art. 33, § 4º** (causa de diminuição de pena do

tráfico “ocasional” ou “privilegiado”); e **b) art. 40** (que excluiu a causa de aumento de pena da associação eventual — antigo art. 18, III, primeira parte — e diminuiu a fração mínima de aumento de pena, em relação ao art. 18 da lei anterior, de 1/3 para 1/6).

Comparando-se o atual artigo que define o tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/06) com o anterior (art. 12 da Lei 6.368/76), verifica-se que, mantida a descrição típica contida no *caput*, duas mudanças fundamentais foram implementadas: o **aumento da pena de reclusão mínima, de 3 para 5 anos — mantida a pena máxima de 15 anos —**, e a inclusão da figura do “tráfico ocasional” ou “tráfico privilegiado”, que consiste na causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º:

“§ 4º. Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

Na prática, portanto, a nova lei, que, à primeira vista, é mais rigorosa com o traficante, apresenta-se, na hipótese do § 4º, como *virtual novatio legis in mellius*, podendo ser aplicada retroativamente aos agentes enquadrados na hipótese ali descrita, desde que, no caso concreto¹, resulte em situação mais favorável. Por exemplo, um pequeno traficante, dado como incurso nas penas do art. 12 da Lei 6.368/76, que tenha recebido a pena mínima (3 anos), pode, uma vez efetuada a diminuição máxima (2/3) na pena de 5 anos prevista na Lei 11.343/06, ser beneficiado, vendo sua pena baixar para **1 ano e 8 meses**.

Por outro lado, se o juiz considerar que a lei antiga permitia a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos (na esteira, *e.g.*, do HC 88.879/RJ, j. pela 1ª Turma do STF, DJ de 02.03.07) e a atual não permite (como expressamente dispõem o acima transcrito § 4º e o seu art. 44), a Lei 6.368/76 continuará, mesmo implicando pena corporal mais alta, sendo mais vantajosa, pois a conversão em penas restritivas é melhor, em tese, do que o cumprimento da pena de reclusão, mesmo que em regime aberto. Nada impede, porém, que o réu ou sentenciado seja ouvido a respeito.²

Alguns autores vêm sustentando que o § 4º da nova Lei de Drogas deve retroagir isoladamente, em favor dos condenados como incursos no art. 12 da Lei 6.368/76, fazendo-se incidir o percentual de diminuição sobre a pena aplicada com base na lei revogada. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches:

“Essa diferenciação de tratamento deve alcançar os fatos passados. Mudou a perspectiva do legislador assim como a graduação punitiva do fato. Não há dúvida que isso trouxe benefício para o criminoso. E lei nova mais favorável, sempre deve retroagir. Não pode o juiz, em relação aos fatos antigos, levar em conta a pena nova (de cinco a 15 anos). Nesse ponto a lei nova é mais severa (não retroage). Sintetizando: aplica-se a pena antiga com a diminuição nova.”³

A Lei 11.343/06 inovou também no tratamento do crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35, *caput*, que praticamente repete o art. 14 da Lei 6.368/76), que teve aumentadas significativamente as suas penas corporal (que era de **3 a 6 anos**, conforme a Lei 8.072/90, art. 8º, e passou para **3 a 10 anos**) e de multa. Foi criada, ainda, figura penal assemelhada (parágrafo único), consistente na associação para a prática reiterada do crime previsto no art. 36 da lei (que é o financiamento do tráfico):

“Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de

praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.”

Durante a vigência da Lei 6.368/76, a jurisprudência firmou-se no sentido de que a configuração do crime de associação para o tráfico (art. 14) exigia permanência e estabilidade do grupo criminoso, embora o tipo do art. 14 da Lei 6.368/76 não contivesse tais elementares. A justificativa consistia no fato de estar prevista, na mesma lei, a causa de aumento de pena do art. 18, III, que era justamente o fato de o crime “decorrer de associação” (esta considerada de caráter eventual — mero concurso de agentes).

A Lei 11.343/06 não repetiu, no artigo em que lista as causas de aumento de pena (art. 40), a causa de aumento da associação eventual e também deixou de incluir como elementar da associação para o tráfico (art. 35) a necessidade de permanência e estabilidade. Pelo contrário, ao mesmo tempo em que manteve a controversa fórmula “reiteradamente ou não”, incluiu no tipo do parágrafo único o objetivo da prática reiterada de financiamento de tráfico como necessário à realização do crime.

Tal proceder do legislador dá ensejo à interpretação de que desejou incluir no crime do *caput* tanto a associação “permanente e estável” quanto a eventual (concurso de agentes). Contudo, a jurisprudência já consolidada em relação ao art. 14 deve se manter, no sentido de que o mero concurso de agentes não configura associação para o tráfico — aliás, com razão, já que seria absurdo imaginar, por exemplo, um crime

apenado com 1 ano e 8 meses (tráfico privilegiado) implicar uma outra pena muito maior, de 3 anos, por fato acessório, ou seja, a circunstância de ter sido cometido por mais de uma pessoa. Da mesma forma, soaria incoerente que o crime previsto no parágrafo único do art. 35, que consiste em associação para a prática reiterada do crime do art. 36 (punido com reclusão de **8 a 20 anos**), fosse apenado da mesma forma que o mero concurso de agentes para a prática de crime menos grave (tráfico, punido com reclusão de **5 a 15 anos**).

Assim, considerando que a associação eventual deixou de ensejar agravamento de pena, vem-se sustentando que deve ser excluída das condenações pelo art. 12 da Lei 6.368/76 a parcela de aumento de pena referente ao concurso de agentes (art. 18, III), devendo a exclusão ser operada em qualquer fase do processo ou da execução penal (*e.g.*, Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches⁴). Nesse sentido tem julgado a 5ª Turma do STJ, em acórdãos relatados pela Min. Laurita Vaz — HC 65.402/MS, DJ de 18.12.06; REsp 846.941/DF, DJ de 05.02.07; HC 72.200/SP, DJ de 12.03.07. Lê-se na ementa deste último:

“Aplicar somente a ‘parte boa’ das duas leis (a pena do art. 12 e a causa de diminuição do art. 33, § 4º), de maneira indiscriminada e sem observar a razão de ser do dispositivo que se pretende fazer incidir retroativamente, não se coaduna com a melhor hermenêutica, configurando uma deturpação do conceito de novatio legis in mellius.”

“3. A Lei n.º 11.343/06, que revogou expressamente a Lei n.º 6.368/76, ao definir novos crimes e penas, não previu a incidência de majorante na hipótese de associação eventual para a prática dos delitos nela previstos. Logo, diante da *abolitio criminis* trazida pela nova lei, impõe-se retirar da condenação do Paciente a causa especial de aumento do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, em obediência à retroatividade da lei penal mais benéfica.”

Outra parte da Lei 11.343/06 que seus comentaristas vêm considerando de retroação obrigatória é o *caput* do art. 40, que diminuiu a fração mínima de aumento de pena, quando da incidência das causas ali arroladas⁵. O aumento da pena, que, no art. 18 da Lei 6.368/76, era de $\frac{1}{3}$ a $\frac{2}{3}$, passou a variar, no art. 40 da nova lei, de $\frac{1}{6}$ a $\frac{2}{3}$.

Segundo Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches, nos casos em que tiver sido aplicado o aumento mínimo do art. 18 da Lei 6.368/76 ($\frac{1}{3}$), deve tal aumento ser redimensionado para $\frac{1}{6}$.⁶ De acordo com esse entendimento, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já julgou os EINACR 200371000407889/RS, 4ª Seção, Rel. Elcio Pinheiro de Castro, DJ de 10.01.07, e a ACR 200570020044744/PR, 8ª Turma, Rel. Elcio Pinheiro de Castro, DJ de 10.01.07. Lê-se na ementa deste acórdão:

“6. Com o advento da nova Lei de Tráfico (nº 11.343/06) não é mais possível a aplicação da agravante relativa ao concurso eventual de agentes (artigo 18, inciso III, Lei 6.368/76). Ademais, a novel legislação reduziu o patamar mínimo de acréscimo em razão das causas de aumento, de um terço para um sexto. Logo, deve ser aplicada, em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, inciso XL, da Magna Carta e art. 2º, parágrafo único do Código Penal.”

2. Análise crítica da combinação das Leis 6.368/76 e 11.343/06 para favorecer o agente criminoso

Contra a combinação de leis penais, para extrair o que de mais favorável ao agente existe em cada uma, pontificou Franz von Liszt:

“Quando o juiz tem de escolher dentre duas ou mais leis a menos severa, deve antes de tudo decidir o caso que lhe é sujeito sucessivamente em face de cada uma das leis em questão, e portanto verificar as circunstâncias constitutivas do crime segundo a qualificação de cada uma delas. Qualquer combinação de leis penais diversas lhe é absolutamente vedada. O resultado mais favorável para o acusado é o que prevalece. Note-se que devem ser tomadas em consideração não só a qualidade e a extensão da pena senão também todas as circunstâncias relevantes em Direito Penal, como as penas acessórias, a influência de agravantes e atenuantes,

as disposições legais sobre reincidência, a cumplicidade, a tentativa, as condições de punibilidade etc. Se desse exame resultar a impunidade do fato ou uma pena mais branda, segundo alguma das leis de que se trata, porque essa lei, por exemplo, não pune a tentativa ou não agrava a reincidência, é ela que deve ser exclusivamente aplicada.”⁷

Damásio E. de Jesus dá opinião diversa:

“Não obstante ser mais comum a tese da impossibilidade da combinação, há razões ponderáveis no sentido de que se apliquem as disposições mais favoráveis das duas leis, pelo menos em casos especiais.”⁸

Paul Roubier, sustentando a legitimidade da combinação, aconselha, segundo as palavras de Frederico Marques, “que se fixe o ponto de partida na comparação dos dois dispositivos legais, para, a seguir, aplicar-se o que em ambos for mais favorável ao delinqüente, desde que as disposições da lei sejam distintas e não haja entre elas laços indivisíveis.”⁹

Numa tentativa de conciliação das lições doutrinárias acima, pode-se dizer que a combinação de leis não é a regra, já que os dispositivos de uma lei devem ser levados em consideração dentro do contexto no qual inseridos, mas é possível, em casos especiais, aplicar retroativamente regras específicas da lei nova, desde que não haja laços indivisíveis entre os dispositivos mais

favoráveis e esta lei.

Avaliando as três supostas situações de retroatividade acima mencionadas — **1)** o tráfico privilegiado do art. 33, § 4º; **2)** a exclusão da causa de aumento da associação eventual prevista no antigo art. 18, III, da Lei 6.368/76; e **3)** a diminuição do *quantum* mínimo de aumento de pena no art. 40 da lei nova em relação ao art. 18 da lei antiga —, entendemos que a única efetiva é aquela que decorre da interpretação segundo a qual deve ser excluída da pena aplicada com base na Lei 6.368/76 a parcela referente ao aumento de pena pela associação eventual.

Isso porque, no caso da associação eventual, não há laços indivisíveis com a nova Lei de Drogas, ou seja, não está a exclusão umbilicalmente ligada à nova disciplina legal, mas tem sentido fora dela. Considerou a nova lei que não é justificável aumentar a pena apenas por ter o crime de tráfico sido praticado em concurso de agentes, o que constituía o único motivo pelo qual existia a causa de aumento. Trata-se de uma nova concepção acerca da relevância penal do fato, que tem aplicação também no sistema anterior, porque tem coerência com ele.

De maneira semelhante às circunstâncias, não repetidas na nova lei, de o tráfico visar a idosos ou a adultos com menos de 21 anos, o concurso de agentes foi considerado *insubsistente* enquanto motivo para recrudescer a pena, devendo ser tal opção legislativa encarada como *novatio legis in melius* e ser aplicada retroativamente.

Tal aplicação retroativa deve acarretar a exclusão do aumento

“De maneira semelhante às circunstâncias, não repetidas na nova lei, de o tráfico visar a idosos ou a adultos com menos de 21 anos, o concurso de agentes foi considerado insubsistente enquanto motivo para recrudescer a pena, devendo ser tal opção legislativa encarada como novatio legis in melius e ser aplicada retroativamente.”

de pena de todas as condenações, inclusive as transitadas em julgado, em fase de execução ou, mesmo já cumprida a pena, sempre que a diminuição da reprimenda implicar a extinção da punibilidade, pela prescrição (já que, neste caso, haverá interesse do sentenciado em se livrar dos efeitos secundários da sentença penal condenatória, como a perda da primariedade). Assim, o juiz ou tribunal ao qual couber o julgamento da causa, da revisão criminal ou a execução penal deverá extirpar da condenação a parcela do aumento decorrente da associação eventual.

Quanto às duas outras hipóteses, não se pode falar na aplicação retroativa dos dispositivos isolados (art. 33, § 4º, e art. 40, *caput*), pois isso seria completamente divorciado da conjuntura na qual foram concebidos tais dispositivos.

O “tráfico privilegiado” somente tem sentido dentro da Lei 11.343/06. Esta lei, ao elevar a pena mínima do tráfico para 5 anos, criou a necessidade de melhor gradação da pena do traficante eventual, que nunca se envolveu com o crime e não integra organização criminosa. A pena mínima de 5 anos tornou-se desproporcional, não permitindo a justa repreensão em casos de traficantes menores, os chamados “aviões” ou “mulas”, surgindo daí a necessidade do § 4º do art. 33.

A Lei 6.368/76, que previa pena mínima significativamente menor (3 anos), permitia tratar de maneira diferenciada os pequenos traficantes eventuais, em relação aos traficantes profissionais, por meio da fixação da pena-base. A inexistência dessa maleabilidade na nova Lei de Drogas foi o móvel da inclusão do § 4º no art. 33, cujo transporte para o sistema da Lei 6.368/76 o descontextualiza e desvirtua, acarretando a fixação de penas de 1 ano de reclusão para traficantes.

Aplicar somente a “parte boa” das duas leis (a pena do art. 12 e a causa de diminuição do art. 33, § 4º), de maneira indiscriminada e sem observar a razão de ser do dispositivo que se pretende fazer incidir retroativamente, não se coaduna com a melhor hermenêutica, configurando uma deturpação do conceito de *novatio legis in melius*.

Nada impede, porém, como acima mencionado, que se faça incidir o § 4º da Lei 11.343/06 aos crimes cometidos antes da sua entrada em vigor, desde que a situação se torne mais favorável ao agente após se retirar, da pena prevista no art. 33 da nova lei, a fração entendida aplicável pelo juiz.

Da mesma forma, a diminuição da fração mínima do aumento previsto no art. 40 (correspondente do art. 18 da Lei 6.368/76), de 1/3 para 1/6, só tem sentido em relação aos crimes previstos nos arts. 33 a 37 da Lei 11.343/06, não podendo beneficiar os condenados como incurso em crimes da Lei 6.368/76. É evidente que houve a atenuação do aumento de pena porque a pena cominada no preceito secundário das normas penais incriminadoras foi aumentada na nova lei. A opção de um aumento mínimo menor é claramente uma decorrência direta do crescimento da base de cálculo, que são as penas.

A título de exemplo, a pena do tráfico internacional, se aplicadas a pena mínima (3 anos) e o aumento mínimo (1/3) da Lei 6.368/76, sofre um acréscimo de 1 ano. Na nova Lei de Tóxicos, a pena do mesmo crime, se aplicadas a pena mínima (5 anos) e o aumento mínimo (1/6), sofre um acréscimo de 10 meses. A pena

mínima do tráfico internacional, que antes era de 4 anos, passou para 5 anos e 10 meses (o que evidencia a intenção de agravar a pena), tendo a nova Lei de Drogas estabelecido a fração mínima de 1/6 para dar maior liberdade ao julgador para fixar a pena justa, caso a caso, e não o deixar engessado com uma pena mínima de 6 anos e 8 meses (o que teria ocorrido se a fração mínima de aumento tivesse sido mantida em 1/3).

Assim, impossível dissociar a nova gradação do aumento de pena do contexto da Lei 11.343/06, aplicando-se o disposto no seu art. 40, *caput*, em um sistema normativo que lhe é estranho e no qual não tem pertinência, sob a alegação simplista de que se trata de *novatio legis in melius*.

No sentido do texto, o Relator da ACR 22.567/SP, julgada pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Desembargador Federal Cotrim Guimarães, consignou na ementa do acórdão:

“VIII - Apesar de não afastar a possibilidade de aplicação retroativa da Lei nº 11.343/06, como, por exemplo, nas hipóteses que tratem do disposto nos artigos 28 e 33, §3º, o presente caso não comporta a concessão de eventual incidência dos artigos 33, §4º e 40, I, dada a existência de dependência entre a pena fixada no caput e as causas de aumento e de diminuição tratadas nos parágrafos.” (DJ de 15.12.06).

■ Notas ■

¹ Segundo ensina Damásio E. de Jesus, é somente aplicando as normas no caso concreto, e não em tese, que se pode aferir qual é a lei mais benéfica — Direito Penal, Vol. 1, 19ª ed. Saraiva, p. 80.

² A oitiva do réu/sentenciado é sugerida por Damásio E. de Jesus (*op. cit.*, p. 80). Trata-se, quando duvidosa a identificação da situação mais favorável, de medida muito útil e reveladora de sensibilidade e bom senso, pois permite ao próprio agente indicar a pena mais adequada à sua situação.

³ “Nova lei de drogas: retroatividade ou irretroatividade?”, *in Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, 18.11.06, disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9170>>, acesso em 29.02.07.

⁴ *Op. cit.*

⁵ Em seu art. 40, a Lei 11.343/06, ao determinar as causas de aumento das penas dos crimes previstos nos seus arts. 33 a 37, repete as causas previstas no art. 18 da Lei 6.368/76 (exceto a associação eventual e o escopo de atingir idosos e adultos com menos de 21 anos) e adiciona as seguintes: **a)** prevalecer-se o agente de qualquer função pública (e não apenas função relacionada com a repressão à criminalidade) para praticar o crime, ou praticá-lo no desempenho de missão de educação e poder familiar (além das anteriormente previstas missões de guarda e vigilância); **b)** cometer a infração nas dependências ou imediações de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos; **c)** cometer o crime com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva; **d)** financiar ou custear a prática do crime.

⁶ *Op. cit.*

⁷ Tratado de Direito Penal Alemão, Tomo I, Russell, 2003, p. 178.

⁸ *Op. cit.*, p. 82.

⁹ José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, Vol. 1, Bookseller, 1997, pp. 255/256.

■ A Nova Lei de Tráfico: Uso Indevido de Drogas e Juizados Especiais ■

Élcio Pinheiro de Castro

Desembargador Federal do TRF da 4ª Região

Resumo: Cuida-se de algumas reflexões sobre as novas regras no que pertine aos usuários de entorpecentes. Questiona-se a constitucionalidade no trânsito da competência do Juizado Especial para o Juízo Comum em caso de conexão com crime de maior gravidade; as dificuldades da transação quando o acusado estiver preso, além da execução da pena, não só frente à incompatibilidade das restritivas de direitos com a privativa de liberdade mas, também, tendo em conta, de um lado, o exíguo prazo de prescrição, e de outro, o longo caminho processual a ser percorrido.

Frente ao espantoso crescimento de organizações criminosas, o combate ao tráfico ilícito de drogas vem merecendo cada vez maior atenção do Estado. Sobre o tema, além do intenso debate, incontáveis são os estudos no meio jurídico e social, não só no âmbito doméstico como também nos demais países.

Nosso objetivo não é outro senão o de promover brevíssima análise das recentes modificações no campo dos Juizados Especiais quanto ao uso de entorpecentes, buscando com isso apontar algumas dúvidas, estimular maiores reflexões e assim colaborar com os operadores do direito na solução de cada caso.

Em síntese, a nova Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, indica medidas para prevenir a utilização indevida, cuidados especiais bem como a recuperação social de usuários e dependentes de substâncias tóxicas. Estabelece ainda, normas para reprimir a produção não autorizada e o tráfico ilícito de alucinógenos além de definir os respectivos crimes.

Segundo o comando inscrito no art. 28, quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade e III – comparecimento a programa ou curso educativo.

Como se vê, no que pertine às reprimendas, trata-se de rol exaustivo, sendo nula a sentença que colocar em prática qualquer outra sanção ao usuário.

Diversamente da revogada Lei 6368/76, embora tenha alargado sua área de atuação, a nova norma não mais comina pena privativa de liberdade aos consumidores e daí sua retroatividade por mais benéfica, devendo alcançar os crimes ocorridos antes de sua publicação, não só por força do art. 5º, inciso XL da Constituição Federal mas também pelo disposto no parágrafo único do art. 2º do Código Penal.

Dessa forma, estando o processo na fase de audiência de ins-

trução e julgamento, ao sentenciar, sendo a decisão condenatória, deve o juiz empregar as novas reprimendas. O mesmo deverá acontecer no segundo grau de jurisdição (Turma Recursal) ou em sede de recurso extraordinário. Após o trânsito em julgado, caberá ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento das partes, o exame da *lex mitior*, nos termos da Súmula 611 do STF.

Contudo, resta saber se tais punições devem ou não ser aplicadas em conjunto.

Apesar da locução “*será submetido às seguintes penas*”, podem as referidas sanções ser empregadas de forma autônoma (art. 27 c/c § 5º do art. 48) nada impedindo ao julgador, diante de cada caso, reunir duas delas tendo em conta, por exemplo, os antecedentes, ou até impor as três se socialmente recomendáveis frente à personalidade, circunstâncias, ou a conduta do infrator.

A duração das medidas educativas deve observar o prazo máximo de cinco meses. Em caso de nova infração podem ser estipuladas em até dez meses.

Pretendendo alcançar fins pedagógicos, deixou o legislador registrado que seu cumprimento dar-se-á em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção ao consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

Em princípio, as tarefas devem ser cumpridas à razão de uma hora por dia de condenação (no máximo) fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do agente (art. 46, § 3º do CP).

Entretanto, não tendo a norma estipulado o número de horas semanais a serem executadas durante o período de prestação de serviços à comunidade e tratando-se de infrações de menor potencial ofensivo, é de se deduzir que sua fixação deve ser pautada consoante a sensibilidade do julgador frente ao caso concreto, desde que respeitado o tempo de duração da reprimenda.

Importa ressaltar que não satisfeita a obrigação (sem plausível justificativa) é facultado ao magistrado infligir a pena de admoestação verbal e, se ainda assim não surtir efeito, determinar o pagamento de multa que não poderá ser inferior a 40 nem superior a 100 dias-multa. O cálculo, entre os apontados limites, deverá ser realizado com apoio exclusivamente na reprovabilidade da conduta, observando-se o princípio da proporcionalidade a fim de assegurar a indispensável individualização. Firmado o número de unidades, o julgador prescreverá o valor de cada dia-multa (entre 1/30 e 3 vezes o maior salário mínimo) segundo a capacidade econômica do recalcitrante. Tais importâncias, após o recolhimento,

serão destinadas ao Fundo Nacional Antidrogas e não mais ao Tesouro Nacional.

De outra parte, o agente de qualquer das indigitadas condutas, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 do novo Diploma, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei 9.099/95 que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais (§ 1º do art. 48).

Por outras palavras: a competência para a conciliação, transação, julgamento e execução das infrações penais em tela permanece atribuída aos juizados especiais, exceto quando houver concurso com um dos referidos crimes, de competência da justiça comum.

Não obstante, na dicção de Júlio Fabbrini Mirabette, “por se tratar de competência *ratione materiae* fundada na Constituição Federal, não é admissível que o processo estabelecido para os Juizados Especiais Criminais seja objeto de feitos em curso no Juízo Comum, estadual ou federal. Não é possível invocar os princípios da isonomia, igualdade e equidade, como às vezes já se tem feito, para permitir a aplicação dessas normas nos órgãos judiciários comuns. É a própria Constituição Federal que, excluindo tal possibilidade, reserva aos juizados a competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo. Nenhum princípio genérico pode sobrepor-se às normas expressas na Carta Magna” (in Juizados Especiais, 4ª ed. Editora Atlas, pág. 39).

Nessa linha, segundo Ada Pellegrini Grinover, “havendo conexão ou continência deve ocorrer a separação dos processos para julgamento da infração de competência dos Juizados e da infração de outra natureza. Não prevalece a regra do art. 79, caput, que determina a unidade de processo e julgamento de infrações conexas, porque, no caso, a competência dos Juizados Especiais é fixada na Constituição Federal, não podendo ser alterada por lei ordinária” (in Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099/95, 4ª ed. Editora Revista dos Tribunais, pág. 67).

A propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Sendo inquestionável a prevalência de norma constitucional sobre qualquer legislação infraconstitucional, não pode o Código de Processo Penal, na parte que regula as hipóteses de unificação de processos pela conexão ou continência, sobrepor-se às regras constitucionais de competência. Havendo previsão na Constituição Federal, da competência dos Juizados Especiais Criminais, na hipótese de conexão ou continência entre delito de competência destes e outro de procedimento ordinário, cada qual deverá ser processado e julgado pelo respectivo juízo, não sendo possível a unificação” (Recurso Especial nº 611.718-RS, Relator Ministro Gilson Dipp, publicado em 03/11/2004). No mesmo sentido veja-se o HC 40.040 tendo como Relatora a Ministra Laurita Vaz, publicado no DJU de 23/05/2005 além do HC 41.172, Relator

Ministro José Arnaldo da Fonseca, publicado em 16/05/2005.

Como se depreende, a questão é polêmica. Ainda se discute sobre a possibilidade ou não de julgamento conjunto das pequenas infrações conexas com os crimes da competência do juízo comum, e daí o debate que poderá se instaurar quanto à legitimidade do apontado dispositivo legal.

É certo que, recentemente, objetivando solucionar a controvérsia, a Lei 11.313/06 ao dar nova redação ao art. 60 da Lei 9.099/95 bem como nele incluir um parágrafo, assim deixou averbado: “*O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.*”

Além disso o mencionado parágrafo único foi lavrado nas seguintes letras: “*Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.*”

Pensamos não haver qualquer ofensa à Constituição Federal, isso porque está escrito no seu art. 98: “*A União, no Distrito Federal e nos territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.*”

Concludentemente, para que uma causa possa ser atribuída ao Juizado, primeiro é preciso dizer que não se cuida de questão complexa (quando a discussão é no cível) ou que se trata de infração de menor potencial ofensivo (quando criminal). Diante da indefinição do constituinte, essa incumbência, sem dúvida restou delegada ao legislador ordinário. Portanto é ele quem dirá se determinado feito, por sua complexidade ou por sua gravidade, deve ou não ser examinado pelo juízo comum. Em suma, a Constituição da República autorizou tão-só a criação dos Juizados, sem fixar qualquer regra de competência.

Atendendo ao referido preceito constitucional, veio ao mundo jurídico a Lei 9.099/95 e posteriormente a Lei 10.259/01 regulando as hipóteses de transação e julgamento de tais crimes. Saliente-se que a própria Lei 9.099/95 coloca ao largo de seu alcance algumas situações. A propósito, veja-se, aquela que em razão de sua complexidade não permite formulação imediata da denúncia (art. 77, § 2º). Outra, assegurando que não sendo encontrado o acusado para ser citado, o juiz deve encaminhar as peças existentes ao juízo comum para a adoção do procedimento previsto em Lei (art. 66, parágrafo único) e agora, também de forma expressa, quando houver conexão ou continência com crime de maior gravidade

“...a competência para a conciliação, transação, julgamento e execução das infrações penais em tela [de menor potencial ofensivo] permanece atribuída aos juizados especiais, exceto quando houver concurso com um dos referidos crimes, de competência da justiça comum.”

(art. 60, parágrafo único).

Portanto, a partir dessa nova regra, todas as infrações afetas ao Juizado Especial, quando ligadas (de qualquer modo) a crimes dele excluídos, deverão ser encaminhadas ao Juízo Comum competente para o julgamento do ilícito mais grave, aplicando-se o disposto no art. 78, II, do Código de Processo Penal.

É evidente que por força do concurso, o crime de uso não mais será objeto de Termo Circunstanciado mas sim de inquérito policial, instrumento adequado para o levantamento de todas as infrações penais cometidas.

Superada tal questão e não sendo possível a separação dos processos, resta indagar qual o procedimento a ser adotado pelo julgador ou pelo Ministério Público, nos casos de conexão ou continência entre crime comum e infração penal de menor potencial ofensivo, porquanto, como já visto, restou consignado na parte final do parágrafo único do referido art. 60 que deverão ser observados *“os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.”*

Tendo em conta o novo texto legal e preenchidos os requisitos exigíveis, com certeza não pode a infração de maior gravidade obstar a possibilidade de transação penal e, conseqüentemente, a composição dos danos causados.

Acontece que o ressarcimento dos prejuízos somente se dá entre o autor do fato e a vítima. Na hipótese em estudo, cuidando-se de crimes fundados na aquisição, guarda ou transporte de entorpecente para consumo próprio, s.m.j. não há como se promover tal acordo já que o sujeito passivo do ilícito é exclusivamente o Estado.

Afinal, deve ser oferecida peça acusatória única no juízo comum ou é facultado ao Ministério Público apresentar denúncia pelo fato mais grave e proposta de transação em apartado ?

Entendemos que não tendo o agente direito à transação, deve a peça acusatória ser oferecida, de imediato, abordando os dois crimes. Caso contrário, cuidará a mesma tão-só da infração de maior gravidade e, paralelamente (nos mesmos autos) da proposta de transação que, por economia processual, poderá ser efetivada por ocasião do interrogatório. Aceita a proposta, seguirá o processo exclusivamente quanto ao delito mais grave. Frustrada a transação por qualquer motivo, caberá ao Ministério Público formular aditamento apontando também a violação da lei penal de menor potencial ofensivo.

Todavia, cumpre lembrar que as medidas educativas apresentadas pela nova lei, prescrevem em dois anos (art. 30) devendo ser observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do CP. Sendo o infrator menor de 21 anos à época do crime, esse espaço de tempo será reduzido à metade (art. 115 do CP).

E mais, à luz do art. 44 (reprisando regra contida no diploma

dos Crimes Hediondos) as infrações previstas nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória.

Assim, se o acusado estiver em liberdade, resta viabilizada a transação que deverá ser apresentada segundo o disposto no § 5º do art. 48 da nova lei, ou seja, *“o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28, a ser especificada na proposta”* e não mais com apoio no comando inscrito no caput do art. 76 da Lei 9.099/95.

Porém, estando preso (como normalmente acontece nos crimes de tráfico) em princípio estará obstruída a possibilidade da outorga do benefício de prestação de serviços à comunidade ou comparecimento a curso educativo, por serem tais sanções incompatíveis com o encarceramento salvo, é claro, se a proposta do Ministério Público consistir exclusivamente no pagamento de multa que poderá ser reduzida até a metade conforme estabelece o § 1º do referido art. 76 da Lei dos Juizados, objetivando com isso, estimular a aceitação do acordo pelo infrator.

Não bastasse, consoante a melhor doutrina, os crimes conexos, embora estejam abrangidos por um só processo, mantêm sua autonomia e prescrevem separadamente (Art. 119 do CP).

Poder-se-ia cogitar da regra de que as penas mais leves prescrevem com as mais graves (art. 118 do CP). Nada obstante, tal entendimento não se ajusta ao caso de concurso de crimes, como na hipótese, mas sim tão-só às penas a serem aplicadas pelo mesmo delito.

Diante dessa perspectiva, frustrada a transação, com quatro instâncias a serem percorridas e não havendo marco interruptivo no segundo grau em caso de sentença condenatória, como impedir a ocorrência da prescrição no que tange às infrações de menor potencial ofensivo em tela ? E se não prescritas em razão da celeridade processual tendo em conta o disposto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, como executá-las se incompatíveis

com o regime fechado, mantido pela nova lei, ou inicialmente fechado, por força da jurisprudência ?

Como já salientado, a não ser que sejam criados cursos educativos e implantada prestação de serviços à comunidade dentro dos próprios presídios, não vemos como harmonizar o cumprimento das referidas penas com as privativas de liberdade.

Por fim, reveladas as observações que nos animaram a promover o presente estudo, do exame das demais regras do novel Diploma Legal, ainda que de forma concisa, podemos concluir:

a) No tráfico ilícito de drogas a pena mínima foi majorada de 3 para 5 anos. A manutenção da máxima em 15 anos acabou por reduzir o cálculo do tempo médio de cada vetorial negativa. Entretanto, deve o juiz, na sua fixação considerar, com preponderância, a natureza e a quantidade da substância tóxica além da

“Entendemos [na hipótese do art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95] que não tendo o agente direito à transação, deve a peça acusatória ser oferecida, de imediato, abordando os dois crimes. Caso contrário, cuidará a mesma tão-só da infração de maior gravidade e, paralelamente (nos mesmos autos) da proposta de transação que, por economia processual, poderá ser efetivada por ocasião do interrogatório.”

personalidade e a conduta do agente.

b) A pena de multa (exacerbada pelo legislador) restou cominada em abstrato, entre 500 e 1.500 dias-multa. O valor de cada unidade não pode ser inferior a 1/30 nem superior a 5 vezes o maior salário mínimo. Havendo concurso, devem ser cumuladas, facultado seu aumento até o décuplo se a situação econômica do réu permitir e quando as circunstâncias indicarem sua necessidade.

c) Nas mesmas penalidades incorrerá quem de qualquer modo fornecer matéria prima; cultivar plantas destinadas à preparação de drogas ou ainda aquele que consentir que imóvel sob sua administração seja utilizado para a guarda de entorpecente.

d) Cuidando-se de agente primário, com bons antecedentes e não integrando organização criminosa, tais sanções poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada sua conversão em restritivas de direitos.

e) O oferecimento, a qualquer título, de máquinas destinadas à produção ilegal de entorpecentes constitui crime, punido com reclusão de 3 a 10 anos.

f) Frente à gravidade, o financiamento ou custeio de tais crimes recebeu a maior pena fixada na nova lei, ou seja, de 8 a 20 anos.

g) Havendo associação de duas ou mais pessoas para a prática, reiterada ou não, dessas infrações penais a reclusão será de 3 a 10 anos em concurso material.

h) Qualquer auxílio a grupo ou organização criminosa será punido com reclusão de 2 a 6 anos. Em contrapartida, o indiciado ou acusado que colaborar na fase policial ou em juízo na identificação dos demais co-autores e na recuperação do produto do crime, terá a pena reduzida de um a dois terços.

i) Para o induzimento ou instigação ao uso indevido de droga a sanção restou estabelecida entre 1 e 3 anos.

j) A pena mínima do singelo oferecimento de substância tóxica, ainda que gratuito, para consumo em conjunto, foi assentada em 6 meses e a máxima em 1 ano de detenção, sem prejuízo das medidas educativas de que trata o art. 28.

k) As penas serão aumentadas de um sexto a dois terços nos seguintes casos: 1) se a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito o que, por certo, vai auxiliar a fixação da competência quanto aos fatos ocorridos nos municípios limítrofes com o exterior; 2) quando o agente realizar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância; 3) o cometimento da infração ocorrer nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, recreativas, inclusive em transportes

públicos; 4) se o crime tiver sido efetivado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo ou qualquer outro processo de intimidação; 5) quando caracterizado o tráfico entre Estados da Federação; 6) na hipótese de sua prática envolver ou visar atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, reduzida ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação; 7) quando o agente financiar ou custear a execução do crime exceto, à evidência, no que pertine às infrações previstas nos arts. 33, *caput* e § 1º e 34, por já contar com tipificação autônoma no art. 36, sob pena de *bis in idem*.

l) A nova Lei Antitóxicos é omissa quanto ao regime prisional. Revogou tão-só as Leis 6.368/76 e 10.409/02. Nesse contexto, entendemos que permanecem as regras dos crimes hediondos (Lei 8.072/90) e daí o cumprimento da pena no regime integralmente fechado. Entretanto, a *guerreada quaestio* já nasceu vencida pela jurisprudência do Supremo. Satisfeitos dois terços da sanção, a norma autoriza a outorga do livramento condicional, vedada sua concessão ao reincidente específico.

m) Diversamente da legislação anterior, estando o indiciado preso, o inquérito policial deverá encerrar-se em 30 dias ou em 90 quando solto. Havendo necessidade, devidamente justificada, tais prazos podem ser duplicados pelo juiz.

n) Ofertada a denúncia, o acusado será notificado para apresentar defesa preliminar em 10 dias, por escrito, nela expondo as razões que entender de direito, facultada a juntada de documentos. Poderá ainda especificar provas e arrolar até cinco testemunhas. Não manifestada tal resposta, o julgador nomeará defensor para tanto. Sendo imprescindível, determinará o comparecimento do preso bem como a realização de diligências, exames e perícias.

o) Recebida a peça acusatória, o juiz designará dia e hora para audiência de instrução e julgamento. Na data aprazada, após o interrogatório do acusado e da inquirição das testemunhas, será dada a palavra, primeiro ao Ministério Público, depois à defesa. Encerrados os debates, a sentença poderá ser prolatada de plano ou no prazo de 10 dias.

p) Salvo se primário e de bons antecedentes, em caso de condenação, é defeso ao réu apelar sem recolher-se ao cárcere o que, certamente, vai gerar muita discussão.

q) Cuidando-se de tráfico transnacional, a competência será sempre da Justiça Federal, ainda que praticado em Município que não seja sede de vara da Justiça Federal. A competência residual, antes delegada à Justiça Comum do Estado, com recurso ao respectivo TRF, restou expressamente afastada em decorrência da expansão da Justiça Federal.

Colabore com o Boletim dos Procuradores da República

Envie o seu artigo para publicação no Boletim, observando:

- 1 tamanho máximo de 20.000 (vinte mil) caracteres, com espaços, contando com eventuais notas de fim de texto e referências bibliográficas
- 2 ausência de conteúdo ofensivo, sobretudo a membros do Ministério Público.

Os textos devem ser enviados aos endereços eletrônicos:

vfurtado@prdf.mpf.gov.br, amelo@prsp.mpf.gov.br e fundacao@pedrojorge.org.br
tel. (61) 321-5414 / 1495

Os textos que excedam o tamanho máximo somente poderão ser publicados caso não haja textos dentro do padrão para completar a edição

Artigos terão preferência sobre peças processuais

■ O Crime de Associação ao Tráfico e as Modificações Introduzidas pela Lei nº 11.343/06 ■

Leonardo Luiz de Figueiredo Costa

Procurador da República em Niterói-RJ / Mestre em Direito
Público pela UERJ / Professor de Direito Penal

Em vigor desde 08 de outubro de 2006, após *vacatio legis* de 45 dias, a Lei nº 11.343/06 produziu modificações importantes quanto ao delito de associação ao tráfico, atualmente previsto no seu art. 35.

O art. 35, *caput*, tipifica a associação ao tráfico nos mesmo moldes do tipo anterior, previsto no revogado art. 14, da Lei nº 6.368/76. Assim, forma-se a tipicidade para o tipo através do vínculo estável entre pelo menos dois agentes para a prática dos crimes previstos no art. 33, *caput* e §1º e art. 34, da Lei Antidrogas.

Note-se que a nova lei distingue o tratamento fornecido àquele que instiga, induz ou auxilia ao consumo de entorpecente (art. 33, §3º) e àquele que fornece gratuitamente entorpecente, para uso compartilhado (art. 33, §4º), condutas estas que anteriormente se subsumiam ao art. 12, §2º, II e art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76 e que atualmente são sancionadas mais brandamente. Por falta de previsão legal, eventual associação estável nestes delitos não configura o crime do art. 35, da Lei Antidrogas.

Em seu parágrafo único, o art. 35 cria uma nova forma de associação estável, quando pertinente ao exercício do financiamento ou custeio da atividade de tráfico (art. 36, da Lei nº 11.343/06), fixando a mesma pena do *caput*.

Este figura delituosa é nova em nosso ordenamento jurídico, assim como a incriminação autônoma do financiador do tráfico, sujeitando-se ao rigor da irretroatividade, conforme o art. 5º, XL, da CF, por se tratar de *novatio legis* incriminadora.

A nosso ver a remissão em separado (entre o *caput* e o §1º, do art.35) não favorece a compreensão do tipo. Afinal, faz parecer que a associação deve ser feita pelos agentes com a finalidade de que ambos desejam praticar uma série de infrações idênticas.

Assim, porém não o é. A associação entre os agentes pode ser feita de forma heterogênea, envolvendo aquele que ficará incumbido de realizar condutas que serão típicas do art. 33, *caput* ou do §1º, do art. 34, bem como o seu financiador estavelmente associado, na forma do art. 36. Por exemplo, haverá a prática do delito entre a associação entre um importador de entorpecente e um agente financiador que lhe fornece (ou fornecerá) recursos para a aquisição do entorpecente no exterior, desde que o vínculo entre eles seja estável.

No tocante ao preceito secundário, o novo tipo penal restabelece o patamar do antigo art. 14, da Lei nº 6.368/76 no tocante a pena privativa de liberdade cominada e também estabelece

sanções pecuniárias mais elevadas. Trata-se de *novatio legis in pejus*, sujeita à vedação da retroatividade, nos termos do art. 5º, XL, da CF, visto que a pena privativa de liberdade anteriormente prevista era regulada pelo art. 8º, da Lei nº 8.072/90.

Supera-se, assim, a estrutura punitiva anterior, em que a descrição típica era fornecida pelo art. 14, da Lei nº 6.368/76, porém com as sanções do art. 8º, da Lei nº 8.072/90. Prevista na nova lei sanções específicas para a associação ao tráfico, fica derogado o dispositivo da lei de crimes hediondos quanto a este delito, permanecendo, porém, vigente quanto à quadrilha formada para a prática dos demais crimes hediondos. Seguindo-se o mesmo raciocínio da súmula 698, do STF, a modificação das penas da associação ao tráfico não interfere nas penas do crime de quadrilha voltada à prática dos demais crimes hediondos.

Na forma da previsão constitucional, o delito de associação ao tráfico não pode ser caracterizado como crime hediondo, pois em si não representa tráfico de entorpecente, mas apenas a finalidade de realizá-lo. O vínculo estável entre agentes com a finalidade da prática de uma série indeterminada de crimes consuma o delito independentemente da prática de qualquer realização concreta de tráfico ou financiamento ao tráfico de entorpecente, evidenciando o caráter autônomo e formal do delito associativo. Neste sentido, deve ser mantido o entendimento jurisprudencial já consolidado no STJ e no STF.

Porém, a despeito da evidência de distinção entre a reprovabilidade do tráfico de entorpecente (que recebe tratamento de crime hediondo) e a mera associação, o art. 44, da Lei nº 11.343/06 fixou uma série de restrições ao delito de associação ao tráfico no mesmo parâmetro conferido aos delitos mais gravosos. A saber: 1. Vedação de fiança, *sursis*, graça, anistia, indulto, liberdade provisória e de concessão de pena restritiva de direitos, bem como estabeleceu a concessão do livramento condicional após o cumprimento de 2/3 da pena.

Ora, por um basilar exame do princípio da proporcionalidade salta aos olhos a inconstitucionalidade de aplicar-se as vedações típicas do crime hediondo a um outro crime que assim não é considerado.

A admissão de tal consequência reduziria a cláusula do art. 5º, XLIII, da CF, a um mero juízo formal de intenção, que poderia ser burlado ao bel prazer do legislador ordinário.

Ademais, se a Constituição trata como hediondo o delito de tráfico de entorpecente e drogas afins, mas não menciona neste

dispositivo a associação ao tráfico, que dele se distingue formal e materialmente, não podemos compreender este delito como equiparado a hediondo.

E como vemos, em nenhum momento o delito de associação ao tráfico passou a ser previsto como hediondo, restando inalterado o art. 1º, da Lei nº 8.072/90.

Analisemos em espécie as vedações fixadas.

1. Vedação de fiança e liberdade provisória – o dispositivo contraria frontalmente o art. 5º, XLVI, da CF, que estabelece como garantia fundamental a possibilidade de liberdade provisória como regra geral no sistema processual brasileiro. Note-se que mesmo quando se trata de crime hediondo o STF é rígido ao exigir a devida fundamentação da negativa de concessão de liberdade provisória, a partir da existência de elementos que indiquem a necessidade da prisão preventiva. Embora seja constitucional limitar-se a concessão de fiança, a vedação absoluta de liberdade provisória não é admitida em nosso regime constitucional.

2. Vedação de *sursis* – a suspensão condicional da pena, prevista no art. 77 a 82, do Código Penal, tem aplicação controversa aos crimes hediondos. Embora a nosso ver não haja impedimento entre o instituto e a Lei nº 8.072/90, a jurisprudência majoritária fixou-se em sentido diverso, apontando a incompatibilidade do instituto com o rigor punitivo da pena em regime integralmente fechado. A nós parece que a justificativa perde razão de ser a partir do entendimento fixado pelo STF no julgamento do HC 82.969, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado. Assim sendo, os crimes hediondos, em tese, admitem o benefício, desde que presentes os requisitos legais.

Pode a lei fixar restrições à concessão do *sursis*, posto que os parâmetros de sua concessão também assim são determinados. Assim, a vedação de *sursis* a uma classe de crime hediondo não se torna inconstitucional apenas porque outra parcela de crimes hediondos o admite.

Porém, a despeito de concluirmos pela constitucionalidade da vedação de concessão de *sursis* ao tráfico de entorpecente e/ou independentemente da conclusão acerca da vedação ou não do benefício aos demais crimes hediondos, nos parece ser inconstitucional a vedação do *sursis* ao crime de associação ao tráfico.

Ora, se concluirmos que todos os crimes hediondo são incompatíveis com o *sursis* a despeito de haver ou não expressa previsão legal, concluiremos que tal vedação é inerente aos crimes desta natureza e que portanto não podem ser estendidas aos demais crimes, por força da necessidade de preservação material do art. 5º, XLIII, da CF.

Se por outro lado, considerarmos que somente o crime de tráfico de entorpecente possui tal vedação, que não se aplica sequer aos demais crimes hediondos, haveria uma evidente lesão da proporcionalidade ao vedar-se um benefício ao crime de associação

ao tráfico que é compatível até com a classe mais grave de delitos do nosso ordenamento. É inconcebível aplicar-se uma vedação a um delito comum, que sequer existe para um crime hediondo.

3. Vedação de anistia, graça ou indulto – a nosso ver é a mais evidente violação constitucional da nova lei. A concessão de anistia, graça ou indulto decorrem de poderes constitucionais atribuídos ao Congresso Nacional (anistia) e ao Presidente da República (graça e indulto) e evidentemente somente podem ser limitados por norma constitucional. E a Constituição somente estabelece esta vedação aos crimes hediondos (art. 5º, XLIII, CF).

Apesar da Constituição não deitar expressamente a vedação ao indulto aos crimes hediondos (somente a Lei nº 8.072/90 tem o dispositivo explícito), esta vedação decorre da ordem constitucional como uma conseqüência lógica da vedação da graça, afinal se um delito não admite o perdão estatal para um indivíduo, não poderia o admitir para centena ou milhares destes conjuntamente.

Como o crime de associação ao tráfico não é crime hediondo, não pode o legislador ordinário restringir o poder fixado em sede constitucional referente a concessão do indulto, da graça ou da anistia.

4. A vedação de concessão de pena restritiva de direitos é desacompanhada de qualquer elemento razoável que justifique a restrição, por ser medida excepcional. Embora reconheçamos que ao legislador é atribuído poderes para fixar restrição a este benefício, tal deve ser feito em obediência ao princípio da razoabilidade e da isonomia.

A restrição de concessão de pena restritiva de direitos não é automática e somente se aplica aos casos expressos na lei. Estes são os casos dos crimes dolosos com pena aplicada em patamar superior a 04 anos ou quando praticados com violência ou grave ameaça à pessoa. Por isso sempre sustentamos que crimes hediondos poderiam, em tese, admitir a substituição, caso presentes

os requisitos (neste sentido, STF, HC 84.928, rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 11.11.05, p. 293).

Assim, se nem aos crimes hediondos é vedada a substituição, somente com a previsão expressa da lei será possível limitar-se tal aplicação.

E assim o fez a Lei nº 11.343/06. Porém, não o fez de maneira válida.

Primeiro porque elencou a restrição junto com demais delitos que devem ser considerados hediondos, mostrando um grau de restrição ao direito de liberdade do agente praticante do delito de associação ao tráfico desproporcional à gravidade do delito praticado.

Em segundo lugar porque estabeleceu uma distinção inconcebível da associação ao tráfico com as demais associações criminosas, ou seja, com o delito de quadrilha com finalidade de praticar crime hediondo.

“Ora, por um basilar exame do princípio da proporcionalidade salta aos olhos a inconstitucionalidade de aplicar-se as vedações típicas do crime hediondo a um outro crime que assim não é considerado. A admissão de tal conseqüência reduziria a clausula do art. 5º, XLIII, da CF, a um mero juízo formal de intenção, que poderia ser burlado ao bel prazer do legislador ordinário.”

Esta distinção de tratamento fere o princípio da isonomia e da proporcionalidade, pois estabelece uma distinção de tratamento entre delitos similares, sem um fundamento razoável, de ordem material que indique a maior reprovabilidade deste comportamento.

Ora, se o desvalor da conduta ou do resultado não se apresenta superior, não há porque um delito receber sanção superior ao outro que lhe é equivalente, mormente quando os delitos são estruturalmente idênticos. Falta o seu fundamento de potencial lesivo que suporta a legitimidade da sanção.

5. Restrição de concessão de livramento condicional, com obtenção com apenas 2/3 da pena, salvo se reincidente específico, quando ocorre a vedação total – sob os mesmos fundamentos exposto no item anterior, tal disposição não tem o condão de ser aplicada ao crime de associação ao tráfico. Trata-se de restrição típica de crime hediondo, ao qual este crime não pode ser equiparado e de restrição inexistente ao delito de quadrilha para a

prática de crime hediondo, que possuem o mesmo desvalor de conduta e resultado, criando-se uma restrição de fundamentação inexistente.

Ou seja, a “equiparação” de tratamento da associação ao tráfico ao crime de tráfico de entorpecente é inconstitucional, exigindo o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 44, da Lei nº 11.343/06, neste particular.

Outra consequência da nova lei, foi a ausência de previsão da associação eventual como causa de aumento de pena do crime de tráfico, que anteriormente era extraído pela jurisprudência da redação do antigo art. 18, III, da Lei nº 6.368/76. Assim, é forçoso reconhecer que neste ponto a nova lei é mais benéfica, devendo retroagir inclusive sobre os processos já julgados, excluindo-se dos processos e da eventual condenação a majoração imposta por este fundamento. Neste sentido, aliás, já decidiu o STJ, no HC 65.402, rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 18.12.06, p. 451.

■ O Uso Indevido do Princípio da Insignificância ■

Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim

Juiz de Direito em Pernambuco / Ex-Procurador Federal / Professor de Direito Processual Penal na FADICA-ASCES / Integrante do movimento Luta Pela Justiça (www.luta.pelajustica.nom.br)

O conceito mais atual do seja crime alberga os tradicionais elementos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Todavia, acresce-se nível ou subconceito na tipicidade penal de maneira que se dá ensanchas ao posicionamento do princípio da insignificância, conformando-se a chamada tipicidade conglobante.

Cláudio Brandão afirma:

“O método de análise do tipo penal envolve três planos: o plano valorativo, o plano da linguagem e o plano da realidade. No plano valorativo estuda-se o tipo com referência ao bem jurídico; este plano tem bastante relevância porque, se a conduta, à primeira vista típica, não violar o bem jurídico, tem sua tipicidade excluída pelo princípio da insignificância”¹

Já Rogério Greco expõe:

“Embora tenha feito a seleção dos bens que, por meio de um critério político, reputou como os de maior importância, não podia o legislador, quando da elaboração dos tipos penais incriminadores, descer a detalhes, cabendo ao intérprete

delimitar o âmbito de sua abrangência. Imaginemos o seguinte: alguém, de forma extremamente imprudente, ao fazer uma manobra em seu automóvel, acaba por encostá-lo na perna de um pedestre que por ali passava, causando-lhe um arranhão de meio centímetro. Se analisarmos o fato, chegaremos à seguinte conclusão: a conduta foi culposa; houve um resultado; existe um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado; há tipicidade formal, pois existe um tipo penal prevendo esse modelo abstrato de conduta. Ingressando no estudo da tipicidade conglobante, concluiremos, primeiramente, que a conduta praticada é antinormativa, visto não ser ela imposta ou fomentada pelo Estado. Contudo, quando iniciarmos o estudo da tipicidade material, verificaremos que, embora a nossa integridade física seja importante a ponto de ser protegida pelo Direito Penal, nem toda e qualquer lesão estará abrangida pelo tipo penal. Somente as lesões corporais que tenham algum significado, isto é, que gozem de certa

importância, é que nele estarão previstas. Em virtude do conceito de tipicidade material, excluem-se dos tipos penais aqueles fatos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm aplicação o princípio da insignificância.”²

José Flávio Braga Nascimento aponta:

“...determinados delitos devem ser retirados dos códigos, colocando-se algumas formas de furto que deverão ser descriminalizadas como o famélico, praticado por ascendente e descendente, além de furtos de artigos expostos em supermercados e furtos de trabalhadores de fábricas”³

Se é verdade que algumas das condutas narradas pelo autor citado já não podem ser consideradas criminosas, desde ângulo de vista meramente literal da lei, é certo, ainda, que algumas condutas, como a de furto de mercadoria de pouco valor exposta em supermercado, são consideradas criminosas de forma majoritária, mesmo que não tragam ofensividade de grande monta à sociedade ou à vítima.

Neste último caso, verificou-se uma reação doutrinária e jurisprudencial que desaguou em nova definição do conceito de crime com o nítido propósito de descriminalização de algumas condutas de mínima ofensividade. Nessa quadra é que surgiu o princípio da insignificância.

Nota-se, pois, que o resultado da conduta delituosa há de ter relevância de certa monta, isso como pressuposto para a caracterização da violação ao bem jurídico protegido pela norma.

O maior campo de aplicação do princípio da insignificância é o dos delitos contra o patrimônio, isso porque a mensuração do grau da ofensa praticada é de mais fácil percepção.

Caso exemplar, e já comum nos juízos nacionais, é a consideração de bagatela quando há furto de objeto cujo valor é irrisório. Até mesmo o Supremo Tribunal Federal já decidiu nesse sentido. No exercício de nossa profissão, tivemos a oportunidade de absolver réu acusado de furtar da prateleira de um supermercado uma lata de aguardente, da marca Pitú, que alcançava, à época, o valor de R\$ 1,50, em que pese o parecer do Ministério Público opinando pela condenação do acusado⁴.

No entanto, não é apenas nesse âmbito, delitos contra o patrimônio privado, que o princípio da bagatela vem sendo aplicado. Também em delitos que atingem o patrimônio público a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a incidência do referido princípio, sem parâmetros razoáveis. Aqui é o ponto em que divergimos com veemência, pois não admitimos a consideração de que seja delito de bagatela aquele que atinge o patrimônio público de forma grave, este composto de valores administrados pelo Estado, mas pertencentes ao povo.

Dentre os vários doutrinadores que admitem a insignificância penal em delitos que atingem o patrimônio público de forma grave, cito Luiz Flávio Gomes, que assevera:

“A novidade na matéria, agora, reside na Portaria n. 49, de

01.04.2004, do Ministro da Fazenda, que autoriza: a) a não inscrição como dívida ativa da União de débitos com a Fazenda nacional de valor até R\$ 1.000,00 e b) o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos até R\$ 10.000,00. Ora, se esse último valor não é relevante para fins fiscais, com muito maior razão não o será para fins penais. Débitos fiscais com a Fazenda Pública da União até R\$ 10.000,00, em suma, devem ser considerados penalmente irrelevantes. Se sequer é o caso de execução, com maior razão não deve ter incidência o direito penal.”⁵

A fim de expor mais claramente nossa dissensão em relação a tal posicionamento, faz-se necessário lembrar que os delitos de descaminho, contrabando e o de apropriação indébita previdenciária ferem diretamente o patrimônio público, na medida em que se não recolhem tributos essenciais às atividades estatais.

Ora, para nós é clara a enorme ofensividade de um delito de descaminho, contrabando ou de apropriação indébita previdenciária que atinge os cofres públicos em até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ou mesmo R\$ 1.000,00 (mil reais). Esses valores deveriam ser aplicados na saúde, educação e seguranças públicas, dentre outras finalidades obrigatórias do Estado brasileiro, expostas no art. 3º da Constituição da República, quando não for o caso de destinação específica.

Com a devida vênia, como se pode afirmar que não tem relevância o resultado de um crime que diminui a capacidade do Estado em fornecer um mínimo de qualidade nos serviços públicos que presta, causando a morte de milhares de pessoas anualmente?

Como enxergar insignificância no descaminho de numerário público, quando o quadro que se apresenta no país é de falta de aulas nas escolas públicas, epidemias medievais atingindo a população sem saneamento público, mortes em filas de hospitais públicos por falta de atendimento?”

Como enxergar insignificância no descaminho de numerário público, quando o quadro que se apresenta no país é de falta de aulas nas escolas públicas, epidemias medievais atingindo a população sem saneamento público, mortes em filas de hospitais públicos por falta de atendimento?

Acima foi visto que é no plano valorativo, axiológico, que o resultado da conduta há de ser considerado como relevante ou não. Pois bem, enxergamos como impossível a aplicação do princípio da insignificância, que exige resultado jurídico relevante, em delitos que produzem, não apenas uma, mas milhares de mortes por fome, doenças e falta de um abrigo qualquer, todos ao anos, meses e dias nessa República.

O argumento básico, para não dizer o único, para aplicação do princípio da insignificância aos crimes citados se fixa na autorização que o Estado dá aos seus agentes públicos para não executarem judicialmente dívidas que sejam inferiores a determinado valor estipulado legalmente. O raciocínio parte da consideração de que o Direito Penal somente deve ser utilizado em última instância. Como o Estado perdoa ou não tem interesse na cobrança desses valores, então seria injustificável a utilização do Direito Penal, pois o perdão ou desinteresse estatal demonstra cabalmente a insignificância do resultado da conduta.

“Como enxergar insignificância no descaminho de numerário público, quando o quadro que se apresenta no país é de falta de aulas nas escolas públicas, epidemias medievais atingindo a população sem saneamento público, mortes em filas de hospitais públicos por falta de atendimento?”

Renovada vênua, nada poderia soar mais falso.

O Estado, na verdade, não perdoa dívida alguma quando não autoriza a inscrição de algum valor em dívida ativa, tampouco quando não demonstra interesse em cobrar judicialmente uma dívida já inscrita. Ainda que o resultado de não cobrar seja parecido com um verdadeiro perdão da dívida, ou falta de interesse, a aparência aqui engana desafortunadamente os que apenas a enxergam sem perscrutá-la.

O interesse que move o Estado na administração de bens e valores é o ditado pela forma de governo adotada na C. R. de 1988, qual seja, a República. Num governo republicano, o interesse subjacente a todos os atos é o interesse público primário (da coletividade), ao qual está sempre vinculado o interesse público secundário (da Administração Pública).

Conforme nos lembra Danielle Souza de Andrade e Silva⁶, o interesse público não pode ser entendido sem se ter em consideração a indisponibilidade que tangencia sempre a atividade da Administração Pública.

Decorre desses postulados básicos que o Estado, na administração da coisa pública, tem sua atuação vinculada ao interesse público e não pode, verdadeiramente, perdoar ou se desinteressar de arrecadar valores extremamente necessários à consecução dos objetivos postos na C.R. de 1998, postos também de maneira cogente, quais sejam, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Na verdade, apenas por falta de melhor estrutura administrativa, ou porque a movimentação da máquina judiciária consome também recursos estatais, é que o Estado não cobra os valores abaixo do limite estabelecido legalmente. Trata-se, tão-somente, de uma relação de custo benefício.

Essa parca estrutura administrativa, todavia, não tem o condão de afastar a tipicidade da conduta de quem pratica os crimes de descaminho, contrabando ou apropriação indébita previdenciária.

Na medida em que o Estado melhor se estruturar, toda e qualquer dívida obrigatoriamente deve ser cobrada, pois o Estado não pode dispensar essa cobrança utilizando outro argumento que não a própria falta de estrutura. Além disso, o que se poderia alegar? Que se não vai cobrar tal ou qual valor porque os serviços públicos e os objetivos da República estão já atingidos de forma satisfatória para toda a população brasileira?

Não se olvida aqui que o próprio argumento base para a não cobrança dessas dívidas por parte do Estado é contraditório: não se cobra um valor de R\$ 10.000,00, por exemplo, por carência de recursos materiais e humanos na Administração Pública, porém, quanto menos se cobrar, maior será a carência administrativa, pois com R\$ 10.000,00 o Estado pode contratar alguns servidores

públicos ou adquirir material de trabalho.

Pode-se afirmar com segurança que a definição se a conduta

“Pode-se afirmar com segurança que a definição se a conduta vai ter resultado penalmente relevante, o que praticamente equivale a dizer resultado socialmente relevante, não pode ficar ao arbítrio da Administração Pública, em interesse público secundário nitidamente desvinculado do interesse público primário.”

vai ter resultado penalmente relevante, o que praticamente equivale a dizer resultado socialmente relevante, não pode ficar ao arbítrio da Administração Pública, em interesse público secundário nitidamente desvinculado do interesse público primário.

Atendendo, apenas, a relações de custo benefício estritamente vinculadas à falta de estrutura administrativa e desvinculadas do interesse público primário, indisponível para o Estado, como, por exemplo, atender os objetivos republicanos expostos na Constituição da República de 1988, a Administração Pública pode não cobrar hoje uma dívida de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e, amanhã, não cobrar apenas o que não exceda a R\$ 10,00 (dez reais), melhorando sua estrutura, ou o que não exceda a

R\$ 100.000,00 (cem mil reais), piorando sua estrutura.

Nesse último exemplo, fica bem nítida a falta de razoabilidade do uso do princípio da insignificância atrelado diretamente à falta de cobrança (administrativa ou judicial) de débitos com a fazenda pública, sem quaisquer outros parâmetros. Entendemos possível o uso do princípio da bagatela em crimes que atingem o patrimônio público, desde que utilizados os mesmos parâmetros de razoabilidade que são usados em crimes que atingem o patrimônio privado, como o valor do salário mínimo em vigor, por exemplo.

O patrimônio público não merece proteção menor que o patrimônio privado. Se não lhe é dada melhor proteção, pelo menos de mesmo nível, quando se tem em mente o patrimônio privado, deve ser a preocupação de todos os poderes da República no cuidado com o erário que é arrecadado diretamente dos bolsos deste pobre e explorado povo.

Concluimos, pois, que qualquer delito que afete de forma grave a capacidade do Estado de fornecer melhores serviços públicos essenciais e cumprir com seus objetivos republicanos, expostos, de forma cogente, na C.R., de 1988, tem resultado penalmente relevante, na medida em que evitaria milhares de mortes em todo o país, sendo incabível a aplicação do princípio da insignificância.

■ Notas ■

¹ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. Rio de Janeiro. Forense. 2003.

² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 4 edição. Rio de Janeiro. Impetus. 2004.

³ NASCIMENTO, José Flávio Braga. Curso de Criminologia. São Paulo. 2003. Editora Juarez de Oliveira.

⁴ Disponível em: <<http://www.luta.pelajustica.nom.br/decisões>. Acesso em: 20 maio, 2005.

⁵ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância do âmbito federal: débitos até R\$ 10.000,00. In Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre. Número 30. Página 14. Fev-Mar 2005.

⁶ ANDRADE e SILVA, Danielle Souza de. Atividade administrativa discricionária e determinação do conceito de interesse público. Disponível em <http://www.luta.pelajustica.nom.br/artigos. Acesso em: 20 maio, 2005.

■ Referências bibliográficas ■

1-ANDRADE e SILVA, Danielle Souza de. Atividade administrativa discricionária e determinação do conceito de interesse público. Disponível em <http://www.luta.pelajustica.nom.br/artigos. Acesso em: 20 maio, 2005;

2-BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. Rio de Janeiro. Forense. 2003;

3- GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância do âmbito federal: débitos até R\$ 10.000,00. *In* Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre. Número 30. Página 14. Fev-Mar 2005;

4-GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 4 edição. Rio de Janeiro. Impetus. 2004;

5-NASCIMENTO, José Flávio Braga. Curso de Criminologia. São Paulo. 2003. Editora Juarez de Oliveira.



Agora você pode

Contratar seu seguro de automóvel, vida, residência e plano odontológico online!

Acessando o site

www.pedrojorge.org.br

Ou agende uma visita no

0800 644 6767

* Efetuando o seu seguro você estará ajudando os projetos sociais da Fundação Pedro Jorge.

