
A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense



V.9 n. 21, jul./dez. 2012

A t u a ç ã o

Revista Jurídica do
Ministério Público Catarinense

v. 9, n. 21, julho/dezembro 2012
Florianópolis

ISSN 1981-1683

| | | | | | |
|---------|---------------|------|-------|--------|----------------|
| Atuação | Florianópolis | V. 9 | n. 21 | p. 170 | jul./dez. 2012 |
|---------|---------------|------|-------|--------|----------------|

Atuação

Revista Jurídica do
Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Helen Crystine Corrêa Sanches
Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães
Eduardo Sens dos Santos
Henrique da Rosa Ziesemer
Vera Lúcia Ferreira Copetti

**As opiniões emitidas nos artigos
são de responsabilidade
exclusiva de seus autores.**

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral de
Justiça do Estado de Santa Catarina e da Associação
Catarinense do Ministério Público.

Endereço eletrônico para remessa de artigo: revistajuridica@mpsc.mp.br

Catálogo na publicação por: Clarice Martins Quint

Atuação : Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense /
publicação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça de Santa
Catarina e da Associação Catarinense do Ministério Público. -
v. 1, n. 1 (set./dez. 2003) - . - Florianópolis : PGJ : ACMP,
2003 - .

Quadrimestral: 2003-2007. Edição Especial, 2008. Semestral,
2009- .
v. 9, n. 21, jul./dez. 2012.
ISSN 1981-1683

1. Direito – Periódico. I. Santa Catarina. Ministério Público. II.
Associação Catarinense do Ministério Público.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Revisão: Gerência de Publicações e Revisões (GEPRE)

Editoração: Coordenadoria de Comunicação Social do Ministério Público de Santa Catarina

Impressão: janeiro 2016

Av. Othon Gama D’Eça, 900, Torre A, 1º andar
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-240
(48) 3224-4600 e 3224-4368
imprensa@acmp.org.br
www.acmp.org.br

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-904
(48) 3229-9000
pgj@mpsc.mp.br
www.mpsc.mp.br

Administração Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador-Geral de Justiça

Sandro José Neis

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos

Fábio de Souza Trajano

Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos e Institucionais

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Colégio de Procuradores de Justiça

Presidente: Sandro José Neis

Paulo Antônio Günther

José Galvani Alberton

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Humberto Francisco Scharf Vieira

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Jackson Corrêa

Anselmo Jeronimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Lenir Roslindo Piffer

Paulo Cezar Ramos de Oliveira

Gercino Gerson Gomes Neto

Francisco Bissoli Filho

Newton Henrique Trennepohl

Heloísa Crescenti Abdalla Freire

Fábio de Souza Trajano

Norival Acácio Engel

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes

Ivens José Thives de Carvalho

Walkyria Ruicir Danielski

Alexandre Herculano Abreu

Durval da Silva Amorim

Vânio Martins de Faria

Américo Bigaton

Eliana Volcato Nunes

Mário Luiz de Melo

Rogério Antônio da Luz Bertoncini

Genivaldo da Silva

Rui Arno Richter

Lio Marcos Marin

Cristiane Rosália Maestri Böell

Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti - *Secretário*

Conselho Superior do Ministério Público

Membros Natos

Presidente: Sandro José Neis - Procurador-Geral de Justiça
Gilberto Callado de Oliveira- Corregedor-Geral

Representantes do Colégio de Procuradores

Odil José Cota
Pedro Sérgio Steil
Vera Lúcia Ferreira Copetti

Representantes da Primeira Instância

Narcísio Geraldino Rodrigues
Gladys Afonso
Gercino Gerson Gomes Neto
Fábio de Souza Trajano
Ivens José Thives de Carvalho
Durval da Silva Amorim
Américo Bigaton
Rui Arno Richter

Secretário: Fernando da Silva Comin

Corregedor-Geral do Ministério Público

Gilberto Callado de Oliveira

Subcorregedor-Geral

José Galvani Alberton



Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Luciano Trierweiller Naschenweng
Presidente

Luiz Adalberto Villa Real
Vice-Presidente

Gilberto Assink de Souza
1º Secretário

Marcos Augusto Brandalise
2º Secretário

João Carlos Linhares Silveira
Diretor Financeiro

Sandro Ricardo Souza
Diretor de Patrimônio

Caroline Cabral Zonta
Diretora Cultural e de Relações Públicas

Vanessa Wendhausen Cavallazzi
Diretora Administrativa

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi
Diretora da Escola do Ministério Público de Santa Catarina

Conselho Fiscal

Marcelo de Tarso Zanellato
Abel Antunes de Mello
Helen Crystine Corrêa Sanches
Fabrício José Cavalcanti
Havah Emília Piccinini de Araújo Mainhardt

Conselho Consultivo

Maycon Hammes
Simão Baran Júnior
Jorge Eduardo Hoffmann
Luciana Uller
Rodrigo César Barbosa
Max Zuffo
Bruno Bolognini Tridapalli
Deize Mari Oeschler
Sandra Faitlowicz Sachs
Heloisa Crescenti Abdalla Freire
Alexandre Carrinho Muniz
Anderson Adilson de Souza
Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese
Gabriel Ricardo Zanon Meyer

SUMÁRIO

INFÂNCIA

A competência dos Magistrados da Infância e Juventude e das atribuições dos Conselhos Tutelares.....9
Nuno de Campos

Formação Natural de Famílias do Concubinato à União Estável.....19
Nathalia da Rocha Fabre

MEIO AMBIENTE

Ação Civil Pública com Pedido de Liminar29
Luis Eduardo Couto de Oliveira Souto

MORALIDADE

Moralidade Administrativa como Direito Fundamental à Boa Administração Eletrônica e a Relação do Governo Eletrônico com os Valores do Neoconstitucionalismo.....113
Hélio Santiago Ramos Júnior

PENAL

A Relevância da Atuação Ministerial no Inquérito Policial e Gestor das Políticas Criminais129
Marcelo José dos Santos

Crime, Mediação ou Castigo157
Henrique Rosa Ziesemer

A COMPETÊNCIA DOS MAGISTRADOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E DAS ATRIBUIÇÕES DOS CONSELHOS TUTELARES

Nuno de Campos

Mestre em Direito

Procurador de Justiça Aposentado do Estado de Santa Catarina

A Lei n. 8069, de 13 de julho de 1969, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente¹ (ECA), inaugura uma nova sistemática para a resolução dos problemas jurídicos e sociais referentes aos infantes brasileiros, ao determinar a criação de um colegiado comunitário para resolver problemas meramente sociais.

As legislações anteriores, os Códigos de 1927 e 1979, atribuíam somente aos magistrados brasileiros as soluções jurídicas e sociais dos problemas relativos aos menores.

Contudo, tanto as legislações tutelares acima citadas quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 apresentam como núcleo problemático a questão da competência na sua aplicação.

Em 1927, o jurista Mello Matos, autor do projeto² que deu origem ao primeiro Código de Menores, resolve de maneira objetiva a questão. Entende que os brasileiros menores de 18 anos encontram-se jurisdicionados aos Juízes de Menores, desde que abandonados ou delinquentes.

1 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em 15 dez.2013.

2 Vide Decreto n. 17.943-A, disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em 4 nov. 2013.

Já, no art. 26 e seguintes, está estabelecida uma tipologia da situação de abandono. Conforme a diretriz desse Código, o Juiz de Menores tem competência para aplicar uma medida protetora uma vez que declare, por sentença, a situação de abandono do menor.

Idêntica sistemática é adotada pelo Código de Menores³ de 1979, com a diferença de que a nova doutrina, da situação irregular, substitui a antiga, do abandono. Assim, o art. 1º do Código de Menores de 1979 dispõe que a aplicação dessa Lei destina-se a proteger brasileiros até 18 anos de idade encontrados em situação irregular e explicita, em seu art. 2º, como se configura tal situação. Dessa maneira, a competência dos magistrados menoristas condiciona-se à prévia verificação da situação de anomia social, a qual deve ser reconhecida judicialmente, em procedimento próprio, devidamente fiscalizado pelo Ministério Público.

A nova Lei, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ora em vigor, muda totalmente o entendimento anterior, uma vez que determina a criação em todos os Municípios brasileiros de, no mínimo, um conselho tutelar com atribuições específicas. Esse novo órgão divide com os juízes o atendimento às crianças e aos adolescentes quando estes estiverem com os seus direitos fundamentais ameaçados ou violados (art. 98 do ECA).

Entretanto, por ser um novo sistema, além da carência de treinamento eficaz dos conselheiros tutelares, surgem divergências e, por vezes, conflitos entre os magistrados revestidos de jurisdição e os Conselhos Tutelares detentores de atribuições sociais. Os conselhos, que representam a comunidade, só devem atender a problemas sociais que não tenham nenhuma repercussão jurídica no poder familiar, vale dizer, aqueles que não interessam ao mundo jurídico. A nova sistemática atribuiu a um órgão não jurisdicional, os conselhos tutelares, os problemas cuja solução não passa de assistência social.

O presente trabalho tem por objetivo oferecer uma contribuição ao correto entendimento dos dispositivos do atual estatuto.

Retornando à problemática da competência dos Juízes da Infância e das atribuições dos Conselhos Tutelares preconizada pelo estatuto, verifica-se que o art. 98 do referido Estatuto estabelece que as medidas

³ Vide L. 6697/79, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em 4 nov. 2013.

de proteção são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos na própria lei forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis e, ainda, em razão de sua conduta.

Verifica-se que o Estatuto amplia a possibilidade de intervenção do Estado, deferindo ao Juiz da Infância a resolução de possíveis problemas sociais causados pela administração estatal.

Vale destacar que o Conselho Tutelar, segundo o art. 131 desse Estatuto, constitui-se em um órgão não jurisdicional encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente preconizados pelo próprio estatuto.

A exata compreensão da competência do juiz e das atribuições dos conselhos tutelares, no meu entender, está condicionada à correta compreensão do que seja poder familiar.

Na atual legislação brasileira, a antiga denominação de pátrio poder foi substituída pela expressão poder familiar, hoje consagrada tanto no Código Civil como no Estatuto da criança e do adolescente.

A respeito da expressão pátrio poder, cabem breves considerações de cunho histórico.

No Direito Romano⁴, o *pater familias*, o chefe da família romana, não necessariamente o pai, tal como entendemos hoje, possuía um poder absoluto sobre as pessoas dos filhos e demais componentes de sua família. Chefe, sacerdote e, em alguns casos, genitor, não prestava contas de seus atos discricionários ao Estado. Possuía o *jus vitae necisque*, isto é, o direito de vida e de morte sobre sua família. A concepção romana fundava-se na natureza jurídica desse poder que se encontrava, exclusivamente, dentro do direito privado e, portanto, o Estado não podia interferir nas decisões do titular desse poder.

Esse direito absoluto foi sendo, no decorrer do tempo, atenuado com o objetivo de proteger os filhos contra os abusos, ditados pelo absolutismo do *pater familias*. O advento das normas de proteção contra os excessos do pátrio poder fez nascer o direito do menor. Na França, a expressão *puissance paternelle*, do Código de Napoleão⁵, foi substituída

4 Coulanges, Fustel de. A cidade Antiga. São Paulo: Martin Claret, 2009.

5 Fonte: Código de Napoleão. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/2353/CivilCode_1566_Bk.pdf> Acesso em: 15 dez. 2013.

por *autorité parentale*, dos dias de hoje e, no Brasil, o pátrio poder passou a ser chamado autoridade familiar. Cabe, ainda, salientar que o poder familiar do direito atual é exercido, em conjunto, pelo pai e pela mãe, ao contrário da legislação anterior, que defere com exclusividade ao pai o exercício do pátrio poder e, somente na sua falta, à mãe.

Indaga-se qual o conteúdo do poder familiar, entendido como o conjunto dos direitos e deveres dos pais sobre a pessoa e os bens dos filhos menores? Os atributos do poder familiar podem ser divididos em duas grandes categorias: os objetivos e os subjetivos ou jurídicos. No tocante aos atributos objetivos, entende-se que a principal qualificativa do poder familiar é o poder-dever da guarda.

A guarda nada mais é do que o direito que ambos os pais possuem de criar os seus filhos, isto é, orientando-os em todas as circunstâncias de suas vidas, até a sua maioridade civil, hoje fixada em 18 anos.

A educação integra também o poder familiar, circunscrita não somente à formal, obrigatória, fornecida pelas escolas, mas, sim, à educação no seu contexto mais amplo, de orientação total dos filhos.

O direito à correção se constitui em outro atributo inerente ao poder familiar ao propiciar aos pais o direito de reeducarem os filhos que se afastam do caminho que eles entendem como correto.

Já os aspectos subjetivos ou jurídicos relativos ao poder familiar incluem o direito de representação legal, cabendo aos pais assistir os filhos e representá-los em todos os atos da vida civil até sua maioridade.

Por último, inclui-se no poder familiar o direito que os pais têm ao usufruto legal dos bens dos filhos, que se constitui no poder dos pais de auferir as vantagens e os rendimentos relativos aos bens de seus filhos menores.

Porém, o exercício do poder familiar encontra limites legais. De um lado, o dever de propiciar educação, saúde, liberdade, respeito, dignidade, convivência familiar e comunitária e, do outro, a proibição de impor aos filhos torturas ou castigos imoderados sob a justificativa do exercício do seu poder. Hoje, já se argumenta que o poder familiar se transformou muito mais em obrigações dos pais em relação aos filhos, quase o transformando em pátrio dever.

Os direitos fundamentais, inerentes à pessoa humana, devem ser respeitados, razão pela qual o Estado-Juiz tem o direito de intervenção, desde que o exercício do poder familiar se encontre comprometido por falta, omissão ou abuso de pais ou responsáveis.

Por se tratar de intervenção violenta, brutal, e, por vezes, até injusta, há necessidade de que as medidas de proteção sejam precedidas de um procedimento judicial, com todas as garantias processuais, sob a fiscalização do Ministério Público.

A competência dos Juízes da Infância e Juventude pode ser determinada se utilizarmos, como parâmetro, o exame das medidas protetoras a serem impostas. As medidas aplicadas, interferindo, de alguma maneira, no pleno exercício do poder familiar ou na liberdade da criança ou do adolescente, só podem ser aplicadas pelo órgão judicial, pois somente ele é titular de jurisdição.

Ao contrário, se a solução do problema se resume em aplicar medida de caráter meramente social, que não interessa ao mundo jurídico e não interfere no poder familiar ou na liberdade individual, cabe ao órgão não jurisdicional encarregado pela sociedade de velar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente a atribuição de sua resolução.

O Estatuto, ora em tela, prevê duas categorias de medidas aplicáveis. A primeira, a que trata das medidas específicas de proteção, está arrolada no art. 101, e a última, que trata das medidas socioeducativas, encontra-se elencada no art. 112.

A lei brasileira entende que, na hipótese em que os direitos das crianças e adolescentes estão ameaçados ou violados, a autoridade competente poderá aplicar medidas de proteção, independente de elas estarem, ou não, relacionadas no art. 101 do ECA, pois o referido dispositivo legal dispõe que a autoridade poderá aplicar, entre outras, as medidas que arrola no citado artigo. Assim, a relação do art. 101 é exemplificativa.

Já a relação das medidas socioeducativas, que se aplicam exclusivamente aos adolescentes autores de atos infracionais, é exaustiva, vale dizer, a autoridade judiciária não pode criar medidas que não estejam relacionadas no art. 112.

Salienta-se que tanto as medidas de proteção como as socioeducativas podem ser aplicadas cumulativamente e substituídas a qualquer tempo.

Os Conselhos Tutelares devem atender também aos pais e responsáveis pelas crianças e adolescentes que estiverem com os direitos ameaçados, podendo, inclusive, aplicar medidas de proteção. Entretanto, a aplicação de tais medidas fica condicionada à ausência de interferência no poder familiar. Na hipótese de a solução do problema passar por uma alteração do pleno exercício do poder familiar, a solução será oferecer uma representação ao Ministério Público para que este promova a competente ação judicial, como é o caso da suspensão ou perda do poder familiar.

É oportuno esclarecer que o art. 101 do ECA elenca medidas de proteção que podem ser utilizadas pelos Conselhos Tutelares para proteger crianças e adolescentes.

A primeira dessas medidas diz respeito ao encaminhamento das crianças aos pais ou ao responsável mediante a assinatura de um termo de responsabilidade. Os pais ou responsáveis devem firmar um compromisso de resolver o problema social apresentado. Os Conselhos Tutelares não podem jamais entregar crianças ou adolescentes a terceiros, mesmo que sejam parentes próximos, pois isso importaria em uma alteração do direito de guarda exercido pelos pais, como um dos atributos do poder familiar.

A orientação, o apoio e o acompanhamento temporário se constituem em outras medidas passíveis de serem utilizadas. Tais medidas devem ser cumpridas em regime ambulatorial e efetuadas por técnicos especializados, ou por programas disponíveis na comunidade, mesmo sem a obrigatoriedade de serem oficiais.

O direito à educação formal deve ser assegurado pelos Conselhos Tutelares por meio de matrícula e acompanhamento de frequência em estabelecimento de ensino fundamental.

Dois questões apresentam-se: a primeira delas configura-se na não disponibilidade, por parte do Estado, da vaga necessária; a segunda, pela incúria dos pais, ao não matricular os filhos em estabelecimento escolar. A solução para o primeiro caso consiste na determinação por parte do juiz a fim de que a administração propicie a vaga necessária,

representando ao Ministério Público pelo descumprimento dos deveres do poder familiar, e crime de abandono intelectual, cabendo aos Conselhos Tutelares provocá-la por meio de representação endereçada ao Ministério Público. Quando a falta de educação formal se deva à negligência dos pais ou do responsável, o Conselho Tutelar tem atribuição para resolver o problema, requisitando da autoridade competente, a vaga necessária.

Quando houver, na comunidade ou no Município, programas de auxílio à família, à criança e ao adolescente, em caráter oficial ou não governamental, os Conselhos Tutelares poderão incluir tanto a família como as crianças e os adolescentes em tais auxílios.

No tocante à saúde, pode o Conselho Tutelar encaminhar ou até mesmo requisitar tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, sempre que a situação assim o exigir. A inclusão em programas de auxílio, orientação e tratamento a alcoólicos e toxicômanos poderá ser determinada pelos Conselhos Tutelares. Tais programas podem, também, ser comunitários ou oficiais.

O encaminhamento de criança ou adolescente a uma entidade de acompanhamento institucional é medida que enfrenta controvérsia sobre sua aplicação. De fato, o abrigo de uma criança ou um adolescente acaba por interferir no direito de guarda, exercido pelos pais, como atributo do poder familiar. Assim, a previsão de institucionalização de crianças ou adolescentes em entidade de acompanhamento institucional, por parte dos Conselhos Tutelares, deve ser entendida como uma medida de caráter excepcional e de emergência, razão pela qual o Conselho Tutelar deverá comunicar *incontinenti* ao magistrado da infância e juventude a providência determinada. Ao dirigente da entidade de abrigo cabe efetuar a comunicação, de imediato, ao togado da infância, o recebimento da criança ou do adolescente na sua instituição. Essas comunicações deverão ser efetuadas mesmo quando o abrigo for efetuado pelos Conselhos Tutelares como medida protetora relativa às crianças que praticaram um ato infracional.

Entendo que, em situações extremas, pode uma instituição abrigar uma criança ou um adolescente, mesmo sem o encaminhamento adequado, desde que, no menor prazo possível, comunique ao Juiz da Infância a situação apresentada. Fora desses casos, o abrigo só pode ser efetuado por determinação judicial. Claro está que um abriga-

mento, como explicita o parágrafo único do art. 101 do ECA, é medida excepcional e sempre provisória, uma vez que a permanência da criança ou do adolescente na família é sempre o desejável.

Como consequência desse raciocínio, parece claro que o desabrigoamento só pode ser determinado pelo juiz da infância.

Na circunstância de inexistência da família ou se esta estiver desestruturada, a melhor opção configura-se na presença de uma família substituta.

O ECA, em contrapartida, não apresenta nenhum procedimento que auxilie os Conselhos na aplicação da medida de abrigo, entretanto, elenca medidas protetivas aplicáveis (art. 101, § 1º, III).

A colocação em família alternativa ou substituta é medida exclusivamente judicial, sendo vedado aos Conselhos Tutelares o seu deferimento, mesmo em caráter provisório, como, também a entrega a parentes (art. 101, § 1º).

O Estatuto da Criança e do Adolescente atribui aos Conselhos Tutelares a resolução dos problemas relativos aos atos infracionais praticados por crianças.

Entendo que essa sistemática não consulta aos melhores interesses deles. De fato, a prática de um ato infracional grave perpetrado por criança deve ser resolvida por um juiz da infância, uma vez que tal ato interessa ao mundo jurídico e não se constitui em um problema meramente social. Apesar de sua aplicação ter sido deferida ao Conselho Tutelar, o ECA não inclui nenhum procedimento ou sistemática para a apreciação de tais atos. Esse assunto merece uma ampla discussão quando de um possível aperfeiçoamento da legislação brasileira. Atualmente, são disponíveis para a resolução desses problemas apenas a aplicação das medidas de proteção impostas exclusivamente pelos Conselhos e previstas no art. 101 do ECA.

Ainda sobre a questão da colocação em entidade de acompanhamento institucional, analisando-se os dispositivos do Estatuto que tratam do assunto, verifica-se que o art. 30 veda, expressamente, a transferência de criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não governamentais, sem autorização judicial, circunstância que oferece sustentação à tese esposada neste artigo de que cabe com exclusividade

ao juiz determinar a colocação de criança ou adolescente em família substituta ou entidade de acompanhamento institucional pública ou privada. Partindo da constatação de que a colocação em família substituta é determinada judicialmente, só outra ordem judicial pode deferir essa transferência.

Daí se infere que a medida de acolhimento em entidade de acompanhamento institucional, prevista no inc. VII do art. 101 do ECA, traduz a perda temporária da guarda pelos pais, naquele lapso de tempo em que o magistrado da infância ainda não tomou conhecimento do acolhimento da criança ou do adolescente na instituição pública ou privada. Ao receber a comunicação do abrigamento, o magistrado pode decidir pela manutenção no abrigo ou a devolução da criança ou do adolescente aos seus pais. Na hipótese do abrigamento, a guarda transfere-se ao dirigente da entidade acolhedora, pois, segundo o art. 92 do ECA, o dirigente equipara-se ao guardião para todos os efeitos legais.

Assim sendo é de competência exclusiva do juiz o procedimento da perda ou simples modificação da guarda, na hipótese em que a criança ou o adolescente tenham os seus direitos ameaçados ou violados.

Sempre em caráter excepcional, por se tratar de uma emergência, o Conselho Tutelar, ao subtrair a criança ou o adolescente da guarda dos pais, retira-lhes o sagrado direito de “criação”, razão pela qual deverá comunicar *incontinenti* ao juiz competente a subtração desse atributo do poder familiar. É claro que ao direito dos pais de criarem os seus filhos – direito privado – contrapõe-se o interesse das crianças e dos adolescentes de verem assegurados pelo sistema jurídico os seus direitos fundamentais – direito público.

A mesma sistemática deverá ser observada quando a medida envolver o abrigamento de criança autora de ato infracional, por se tratar do mesmo raciocínio, e, por esse motivo, a comunicação ao magistrado competente deverá ser imediata.

FORMAÇÃO NATURAL DE FAMÍLIAS DO CONCUBINATO À UNIÃO ESTÁVEL

Nathalia da Rocha Fabre

*Ex-Estagiária de Pós-Graduação Promotora de Justiça de Itajaí
Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela
Associação Catarinense do Ministério Público (ACMP)*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Origem da Família. 2 Formações Familiares Segundo o Código Civil de 1916. 3 Família Segundo a Constituição Federal de 1988. 4 A Nova Concepção de “Família Natural” para o Código Civil de 2002. Conclusão. Referências.

RESUMO

O ser humano tem instinto agregatório e, desde os primórdios, vive em bandos. Dessa forma, surgiram as chamadas famílias naturais, ou seja, sociedades conjugais sem formalidades. Essas, embora sejam as primeiras espécies de constituição familiar, foram ignoradas pelo ordenamento jurídico durante décadas. Isso porque o Estado considerou necessário regulamentar as uniões de pessoas e considerar válidas apenas as advindas de formalidades impostas por ele, quais sejam, as formalidades do casamento civil. No entanto, as famílias naturais continuaram existindo. E, com ou sem, embasamento legal, o fato é que, em

| | | | | | |
|---------|---------------|------|-------|------------|----------------|
| Atuação | Florianópolis | V. 9 | n. 21 | p. 19 - 28 | jul./dez. 2012 |
|---------|---------------|------|-------|------------|----------------|

determinados momentos, essas sociedades conjugais precisaram recorrer à justiça, surgindo a necessidade de o julgador resolver as lides. Nesse norte, com a evolução dos costumes e da organização da sociedade, o poder estatal verificou que essas uniões não poderiam permanecer à margem da lei, incluindo-as na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e permanecendo a regulamentá-la até os presentes dias.

PALAVRAS-CHAVE: Famílias. Concubinato. Constituição da República Federativa do Brasil. União Estável.

ABSTRACT

The human being has an aggregatory instinct. Since the beginning of times he lives in groups. So, emerged what we called natural Family, in other words, conjugal society with no formalism. Those, although are the first kinds of family constitution, they were ignored by the legal jurisdiction from decades. This was just because the states considered necessary turn the union of people legal, and considered only legal the unions arising the formal imposed from them, namely, the formal of civil wedding. However, the natural family continued being. And, with or without legal basement, the fact is that in determinate moments the conjugal societies needs to resort to the justice, this fact has created the necessity to the judge solve the conflicts. Realizing this, with habits evolution and with the society organization evolution, the states power checked this unions could not get the margin of the low, so it was included at the Constitution of the Federal Republic of Brazil since 1988, and remains there until the present day.

KEYWORDS: Family. No regulate relation. Constitution of the Federal Republic of Brazil since 1988. Stable union.

INTRODUÇÃO

A dificuldade que o homem ancestral encontrou em viver sozinho o levou ao agrupamento. Com o seu instinto agregatório, percebeu que era necessário permanecer junto de seu grupo para a preservação da espécie humana.

Esse fenômeno natural antecede qualquer forma legalizada de constituição familiar. Entretanto, durante a evolução, percebeu-se que seriam necessárias algumas formalidades na constituição dessas uniões, objetivando manter a organização social, a perpetuação da família e, principalmente, a garantia dos direitos e proteção dos bens dos herdeiros.

Essa evolução causou troca de valores, pois as famílias antes naturais e válidas foram dirimidas pelo Código Civil de 1916, que considerava legítima apenas a união ligada pelos laços do matrimônio.

Todavia, pouco tempo depois, verificada a necessidade de regulamentar as uniões extramatrimoniais, as quais nunca deixaram de existir, e, com o advento da Constituição Federal de 1988, essas voltaram a ser reconhecidas como entidades familiares, conforme será visto no presente artigo científico.

1 A ORIGEM DA FAMÍLIA

Os vínculos afetivos existentes na nossa sociedade não são únicos da espécie humana, todos os seres vivos praticam o acasalamento, em decorrência da perpetuação da espécie ou do anseio de não ficarem sozinhos¹.

Essas uniões advêm de fatos naturais, contudo, a união familiar é também um agrupamento cultural. Ocorre que a família como conhecemos preexiste ao Estado e está acima do direito, além de ser elaborada e organizada mediante regras culturalmente formadas tendo por base modelos de comportamento.

1 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 25.

No direito Romano, a família era considerada um núcleo social de caráter político, pois era constituída por todas as pessoas que eram submetidas ao mesmo chefe (*pater familias*)².

O poder do *pater familias* compreendia: a *patria potestas*, que é o poder sobre os filhos e netos dos filhos masculinos; a *manus*, ou seja, poder sobre as mulheres casadas com o *pater familias* ou com um descendente seu; o *mancipium*, isto é, o poder sobre as pessoas a ele vendidas como escravos; a *dominica potestas*, ou seja, o poder sobre os escravos.³

As pessoas submetidas a essa formação familiar só possuíam uma família, o citado chefe não era propriamente o genitor, mas o sacerdote, senhor e magistrado daquele grupo. Assim sendo, o que vinculava os componentes da família não eram os laços sanguíneos, mas o poder do chefe⁴.

Em sentido amplo, originalmente, a família era formada pelo agrupamento humano natural, informal, na qual não havia relevante interferência das comunidades nas uniões dos indivíduos que a compunham⁵.

Todavia, foi durante a Idade Média que as relações familiares mudaram, passando, inicialmente, a serem compostas apenas do núcleo dos cônjuges e a prole; em seguida, a serem regidas pelo Direito Canônico e, assim, instituídas pelo casamento religioso.

Com a evolução dos costumes e da organização da sociedade, ocorreu outra mudança: a formalização da união conjugal pelo casamento de natureza civil. Assim, por lei, só era considerada legítima a união advinda do casamento civil e as relações extramatrimoniais eram vedadas⁶.

2 VARJÃO, Luiz Augusto Gomes. **União estável – requisitos e efeitos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 05.

3 VARJÃO, Luiz Augusto Gomes. **União estável – requisitos e efeitos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 05.

4 VARJÃO, Luiz Augusto Gomes. **União estável – requisitos e efeitos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 06.

5 OLIVEIRA, Basílio de. **O concubinato e a constituição atual – doutrina e jurisprudência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993. p. 71.

6 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 42.

2 FORMAÇÕES FAMILIARES SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL DE 1916

Conforme exposto anteriormente, a Lei, aqui trazida por meio do Código Civil, delimitava o conceito de família aos indivíduos da sociedade, indicando que família era a união de homem e mulher ligados pelo casamento. O resultado era uma sociedade conjugal sob a chefia do marido e a colaboração da mulher (arts. 229 e 233 do CC/1916)⁷.

Na hipótese de o casal não ser civilmente casado, conforme disciplina legal, a união era considerada causa de invalidade.

Explana Benedito de Oliveira⁸ que:

[...] diferenciava-se a família legítima, formada por meio do casamento, da ilegítima resultante da união informal, de fato, pela convivência de fim amoroso entre homem e mulher, sem as formalidades do “papel passado”. Esta união informal denominava-se, genericamente, “concubinato”, a significar vida em comum entre homem e mulher, com aparência de casamento (*more uxorio*), ou formas assemelhadas de convivência, para fins de relacionamento sexual, com suposta fidelidade das partes, mas sem nenhuma proteção legal [...].

Todavia, essas uniões extramatrimoniais, nominadas adúlteras ou concubinárias, continuaram existindo, mesmo o legislador tendo as rejeitado com veemência e não as regulamentando⁹.

Dessa lacuna, o que aconteceu foram partícipes batendo na porta do judiciário, quando do rompimento das uniões, forçando juízes a criar alternativas para solucionar os impasses.

3 FAMÍLIA SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Verificada a necessidade de o legislador resolver os impasses existentes nessas questões, surgiram novas leis que, aos poucos, alteraram o conceito de família, como a Lei que alterou para melhor a figura e a

7 OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003. p. 27.

8 OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003. p. 27-28.

9 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 42.

posição da mulher casada (Lei n. 4.121/62) e a que instituiu o divórcio (EC 9/77 e Lei n. 6.515/77)¹⁰.

O conceito de família evoluiu quando o Estado reconheceu ser imprescindível proteger de forma igualitária todos os membros daquela, sejam os partícipes, sejam seus descendentes. Essa evolução se deu em etapas, especialmente a partir da década de 60.

Para Carlos Roberto Gonçalves¹¹:

A Constituição Federal de 1988 “absolveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim, o art. 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no § 6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento”. A terceira grande evolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derrogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916”.

Assim, tem-se da nova conceituação de família, seguindo o que ensina Orlando Gomes¹², que, embora nosso ordenamento jurídico continue voltando-se à família constituída pelo casamento, fato é que não se pode ignorar a existência de outras, não provenientes do casamento, mas de uniões estáveis entre homem e mulher.

Sobre esse aspecto, verifica-se, por parte do Estado, um grande interesse em legitimar todas as uniões, provenientes ou não do casamento. Todavia, nem todas as pessoas aceitam se submeter às solenidades do casamento, entendendo que, para elas, basta a união, o fato de permanecerem juntos se sobrepõe a questões formais.

O fato de participantes de uniões naturais terem o supramencionado posicionamento favoreceu a existência, até a época hodierna, de

10 OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003. p. 33.

11 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - VI volume - Direito de Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 17.

12 GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. ed., rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense., 2002. p. 36.

famílias de livre organização.

Outros aspectos positivos foram o reconhecimento dos filhos, anteriormente denominados ilegítimos, e o entendimento, por parte dos tribunais, que as concubinas, agora denominadas companheiras, têm direito de receber, em caso de dissolução da união, parte do patrimônio do casal, além dos benefícios de fins assistenciais e previdenciais.

4 A NOVA CONCEPÇÃO DE “FAMÍLIA NATURAL” PARA O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com a alteração na Carta Maior, havia a necessidade de a matéria ser incluída no Código Civil de 2002, o qual institui em seu artigo 1.723 que “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família¹³”.

Tal artigo não passa de uma compilação do art. 1º da Lei n. 9.278 de 1996, criada para regular a novíssima instituição familiar promulgada no art. 226, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A união estável segue as normativas de impedimentos do casamento (art. 1.521 do Código Civil de 2002), assim, aquelas relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar não serão consideradas uniões estáveis, mas, sim, concubinato¹⁴.

É importante ressaltar que, no início deste trabalho, indicou-se que até mesmo as formações naturais de família constituídas por pessoas não casadas ou não impedidas do ato eram consideradas concubinato.

Dessa forma, foi incluída no Código Civil de 2002 a possibilidade de pessoas desimpedidas de se casarem e comporem família sem as formalidades do casamento civil.

A união estável, embora não tenha requisitos próprios para a sua caracterização, não pode ser levada ao extremo, ou seja, há que exigir a notoriedade da união.

13 PEDROTTI, Irineu. PEDROTTI, Willian. **Novo Código Civil Brasileiro: principais alterações comentadas**. Campinas-SP: LZN Editora, 2003. p. 317.

14 PEDROTTI, Irineu. PEDROTTI, Willian. **Novo Código Civil Brasileiro: principais alterações comentadas**. Campinas-SP: LZN Editora. 2003. p. 320.

O objetivo é separar as relações menos compromissadas das que realmente formam entidade familiar. Senão vejamos¹⁵:

[...] A lei não imprime à união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características (CC 1.723): convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. Preocupa-se o legislador em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva, ainda que o essencial seja a existência de vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família. O afeto ingressou no mundo jurídico, lá demarcando seu território. Apesar de a lei ter usado o vocábulo público como um dos requisitos para caracterizar a união estável, não se deve interpretá-lo nos extremos de sua significação semântica. O que a lei exige, com certeza, é a notoriedade. Há uma diferença de grau, uma vez que tudo que é público é notório, mas nem tudo que é notório é público. A publicidade denota a notoriedade da relação no meio social freqüentado pelos companheiros, objetivando afastar da definição de entidade familiar as relações menos compromissadas, nas quais os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição de “como se casados fossem. [...]

Além da notoriedade e embora a Lei não traga expressamente, é imprescindível que a união tenha decorrido por um tempo considerável. Não se exige lapso temporal mínimo, porém a continuidade da relação é requisito fundamental¹⁶.

Apesar de a lei não exigir decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização da união estável, a relação não deve ser efêmera, circunstancial, mas sim prolongada no tempo e sem solução de continuidade, residindo, nesse aspecto, a durabilidade e a continuidade do vínculo. A unicidade do enlace afetivo é detectada sopesando-se todos os requisitos legais de forma conjunta e, ao mesmo tempo, maleável, sob pena de engessamento do instituto. O objetivo de constituição de família é pressuposto de caráter subjetivo. A origem desse requisito está ligada ao fato de que as uniões extramatrimoniais eram proibidas por lei. Ou seja, a intenção do par era casar, tinham por objetivo constituir uma família, o que não ocorria tão-só por impedimento legal. Assim, a proibição de formação de uma família matrimonializada é que acabou provocando a valorização dos motivos que levaram os sujeitos a constituir uma nova família.

15 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 160-161.

16 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 160-161.

As relações pessoais entre os companheiros também são reguladas, conforme aponta Carlos Roberto Gonçalves¹⁷:

O art. 1.724 regula as relações pessoais entre os companheiros, declarando que devem obedecer aos deveres de “lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. O dever de fidelidade recíproca está implícito nos de lealdade e respeito. Justifica-se a não-inclusão do dever de coabitação, em virtude do entendimento hoje tranquilo de que a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do companheirismo. (STF, Súmula 382).

Por fim, o Código Civil aborda a facilitação da conversão da união estável em casamento, ditada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no qual é facultado aos companheiros requerer ao juiz o assento da sua união no Registro Civil¹⁸.

CONCLUSÃO

Percebe-se, na história, que as famílias naturais sempre existiram, embora ignoradas durante décadas pelos legisladores, os quais, até o presente momento, demonstram maior interesse nas uniões formais, como, por exemplo, quando há facilitação na conversão da união estável em casamento.

Tais formações familiares sofreram, e sofrem, constantes alterações no meio legal. Todavia, verifica-se da história que as mudanças culturais ocorrem muito antes e, posteriormente, as disposições legais são adaptadas pelos julgadores em suas decisões. Ou seja, inicialmente a matéria é incluída na jurisprudência e doutrina e, em seguida, os legisladores se baseiam para composição de leis.

Dessa forma, as famílias naturais foram incorporadas e praticadas pela sociedade, para, em seguida, serem regulamentadas.

Importante frisar que os adventos das garantias aos companheiros, especialmente para a mulher, são resultado de lutas por parte da população, que, participando dessas famílias, via-se à margem da lei.

17 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 189.

18 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 190.

Infelizmente, como foi dito, há favorecimento para as uniões formais, mas, atualmente, não se ignoram as uniões informais.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**. São Paulo: Litho-Typographia Fluminense, 1923. p. 59-63.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil**, Lei n. 10.406, de 10/1/2002. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CRUZ, Fernando Castro. **Concubinato “Puro x Impuro” na Lei Federal n. 8.971/1994: Doutrina, Legislação, Jurisprudência, prática**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1997. p.11-33.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 160-161.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p.149.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003. p. 24.

TEPENDINO, Gustavo. **Novas formas de entidade familiar: efeitos do casamento e da família no matrimônio**. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 326.

MEIO AMBIENTE

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE LIMINAR

Luis Eduardo Couto de Oliveira Souto

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Mestre em Ciência Jurídica (Univalli)*

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DA
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE ITAJAÍ - SC

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA**, por seu Promotor de Justiça signatário, vem, perante Vossa Excelência, com base nos documentos anexos, colhidos do Inquérito Civil n. xx.xxxx.xxxxxxxxx-xx, da 10ª Promotoria de Justiça da Comarca de Itajaí, e documentos extraídos do Inquérito Civil n. xx.xxxx.xxxxxxxxx-xx, da 9ª Promotoria de Justiça da Comarca de Itajaí, com fundamento no art. 129, inc. III, da Constituição Federal e arts. 1º, I, 5º e 11, todos da Lei n. 7.347/85, promover a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR

contra

| | | | | | |
|---------|---------------|------|-------|-------------|----------------|
| Atuação | Florianópolis | V. 9 | n. 21 | p. 29 - 112 | jul./dez. 2012 |
|---------|---------------|------|-------|-------------|----------------|

EMPREENHIMENTO, Pessoa Jurídica de Direito Privado inscrita no CNPJ **XXXXXXXXXXXX**, com sede na Av. **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, s/n, **XXXXXXXXXXXX**, Itajaí/SC, **XX.XXX-XXX**, representada por seu administrador **XXXXXXXXXX**, brasileiro, casado, Cédula de Identidade n. **XXXXXXXXXX**, que recebe citações e intimações no endereço acima;

MUNICÍPIO DE ITAJAÍ, Pessoa Jurídica de Direito Público Interno, inscrita no CNPJ sob n. 83.102.277/0001-52, com sede na Av. Alberto Werner, n. 100, Vila Operária, Itajaí/SC, 88.304-053, representado pelo Prefeito **XXXXXXXXXX**, que recebe citações e intimações no endereço acima; e

FUNDAÇÃO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE (FATMA), inscrita no CNPJ sob o n. 83.256.545/0001-90, com sede na Rua Felipe Schmidt, n. 485, Centro, Florianópolis/SC, 88.010-001, na pessoa de seu representante legal e Presidente **XXXXXXXXXX**, que recebe citações e intimações no endereço acima, pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir declinados.

I - DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Conforme preceito constitucional inscrito no artigo 127 da Constituição Federal, cabe ao Ministério Público, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Entre suas funções institucionais, ressalta-se a de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, *ex*

vi do artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

O artigo 5º da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), alinhando-se à simetria constitucional, legitima o Ministério Público a intentar a ação civil pública na defesa desses interesses maiores da sociedade, entre os quais inegavelmente se inclui o meio ambiente e a ordem urbanística, porquanto traduz direito fundamental, como objetivo de todos em vê-lo preservado, e um dever do Poder Público e também da coletividade em zelar por sua defesa e preservação, com via única a assegurar a sadia qualidade de vida e a própria sobrevivência da espécie humana, presente e futura (art. 225 da CRFB/88).

A Lei n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, igualmente, reconhece, de forma expressa, a legitimidade do Ministério Público para propor ação de responsabilização pelos danos causados ao meio ambiente ou a terceiros, nos seguintes termos:

Art. 14. [...]

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Essa dicção também exsurge da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93):

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda ao Ministério Público:

[...] IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos; [...].

E, se assim não fora, a atuação do Ministério Público em prol da ordem urbanística já seria possível, se considerarmos que o meio ambiente construído ou urbano é um dos aspectos do meio ambiente, direito difuso por excelência. Na lição de Hugo Nigro Mazzilli¹:

1 A defesa dos direitos difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio

O conceito legal e doutrinário é tão amplo que nos autoriza a considerar praticamente ilimitada a possibilidade de defesa da flora, da fauna, das águas, do solo, do subsolo, do ar, ou seja, de todas as formas de vida e de todos os recursos naturais, com base na conjugação do art. 225 da Constituição com as Leis ns. 6938/81 e 7347/85. Estão assim alcançadas todas as formas de vida, não só aquelas da biota (conjunto de todos os seres vivos de uma região) como da biodiversidade (conjunto de todas as espécies de seres vivos existentes na biosfera, ou seja, todas as formas de vida em geral do planeta), e até mesmo está protegido o meio que as abriga ou lhes permite a subsistência.

[...]

b) meio ambiente artificial (o espaço urbano construído);

[...]

É indiscutível, destarte, a legitimação do Ministério Público, por intermédio de seu Órgão de Execução, para figurar no polo ativo da presente ação.

II - DA LEGITIMIDADE PASSIVA

A responsabilização por danos ambientais vem determinada pelo art. 225, § 3º, da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 225.

[...]

§ 3º. As atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, as sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

No mesmo contexto, estabelece, no art. 182, que “A política de desenvolvimento executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

A Lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) determina que o causador de dano ambiental seja responsabilizado:

Art. 14. [...]

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio-ambiente ou a terceiros, afetados por sua atividade. (Grifou-se).

Por sua vez, o artigo 30, inciso VIII, da Carta Magna estabelece competir aos Municípios “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

Com isso, quando o Poder Público omite-se ou mostra-se ineficiente no dever de vigilância, ou mesmo promove atos em desacordo com a legislação, é de reconhecer a sua responsabilidade solidária e objetiva pela reparação, nos termos do artigo acima referido, uma vez que ocupa a posição de garantidor da ordem urbanística e do meio ambiente.

Da mesma forma é a responsabilidade dos órgãos ambientais, neste caso, da FATMA, pois ficam obrigados à reparação do dano ambiental os entes públicos cujos agentes foram responsáveis por sua ocorrência, independentemente de culpa (na situação em apreço, por conta de não ter exigido a correta compensação da vegetação). Em tais condições, resta apenas demonstrar o nexo de causalidade e o dano efetivamente sofrido, o que se demonstra adiante.

Em relação à pessoa jurídica de direito privado causadora de dano ao meio ambiente e à ordem urbanística, pela só leitura do art. 225, § 3º, da CRFB/88 e art. 14, § 1º, da Lei Federal n. 6.938/81, firma-se sua legitimidade passiva.

III - SÍNTESE DOS OBJETOS DA AÇÃO

A presente Ação Civil Pública presta-se à cessação dos danos à ordem urbanística e ecológica em andamento e à reparação dos já ocorridos em razão da implantação do Empreendimento, situado na localidade da Praia Brava, neste Município, empreendimento este cuja aprovação e execução do projeto estão eivados de vícios irremediáveis, ocasionados em razão de condutas ilícitas perpetradas pelos empreendedores e

agentes públicos municipais e estaduais que participaram da aprovação do empreendimento, fatos que estão sendo apurados também perante a 9ª Promotoria de Justiça de Itajaí, com competência afeta à defesa da moralidade administrativa.

Especificamente, serão detalhados os seguintes atos ilícitos que integram esta ação e que devem ser objeto de reparação:

1 Danos ao Meio Ambiente Artificial Urbano (ordem urbanística), inclusive em razão de vícios no conteúdo do Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) apresentado, considerando que, para a elaboração e execução do projeto, houve:

a) desconsideração da existência da Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, intentando a execução do modelo de empreendimento “condomínio edilício” em imóvel único (Matrícula n. XX.XXX);

b) utilização do modelo condomínio edilício (Lei Federal n. 4.591/64) visando a um aproveitamento econômico máximo no imóvel, em prejuízo à ordem urbanística;

c) prejuízo à ordem urbanística em razão da dispensa indevida de execução de prévio parcelamento de solo urbano e destinação de áreas públicas ao Município, em especial afeta aos logradouros públicos que deve integrar 35% do empreendimento, conforme art. 25 da Lei Municipal n. 1.787/80, Lei Estadual n. 6.063/82 e Lei Federal n. 6.766/79;

d) interferência da metragem das vias públicas, inseridas indevidamente na área total do empreendimento, nos índices construtivos;

e) inobservância dos seguintes recuos:

e.1) de 10 metros de alinhamento do subsolo construído em relação às vias XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e Av. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, para as edificações situadas na quadra 1;

e.2) 10 metros no alinhamento do subsolo em relação às edificações lindeiras à via XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX;

e.3) o alinhamento de todas as edificações situadas na Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX em relação à respectiva via (recoo em função da altura, observando-se a inclinação de 70° do eixo da rua), exceto no tocante à edificação E1, quadra 3, setor 05;

f) pavimentos em número superior ao limite máximo estabelecido na Lei Complementar Municipal n. 126/07 em todas as edificações do empreendimento;

g) taxa de permeabilidade inferior ao mínimo legal de 30% em todos os “lotes”, exceto no “lote” 8 (LC n. 126/07);

h) desrespeito ao nível máximo da laje do piso térreo das diferentes torres;

i) desrespeito ao número máximo de pavimentos permitidos no PLANDETURES-L;

j) impactos de Insolação e Sombreamento;

k) impactos gerados pelo empreendimento em relação ao sistema coletivo de tratamento em fase de implantação;

l) ausência de sistema coletivo/ alternativo devidamente aprovado e licenciado;

m) impactos nos equipamentos públicos urbanos disponíveis na região; e

n) impactos à mobilidade urbana na região de influência.

2 Danos ao Meio Ambiente Natural (Bioma Mata Atlântica)

a) Compensação da vegetação suprimida (restinga arbórea e arbustiva) por outra espécie de vegetação (vegetação de floresta ombrófila densa), desrespeitando a exigência de compensação por vegetação que contenha as mesmas características ecológicas (art. 17 c/c art. 35 da Lei Federal n. 11.428/06).

II - DO EMPREENDIMENTO

O Empreendimento (CNPJ n.1XX.XXX.XXX/XXXX-XX), empresa constituída pela união de interesses e esforços das empresas Empreendimentos Ltda. (CNPJ n. XX.XXX.XXX/XXXX-XX), Construtora e Incorporadora Ltda. (CNPJ n. XX.XXX.XXX/XXXX-XX) e Construtora e Incorporadora Ltda. (CNPJ n. XX.XXX.XXX/XXXX-XX (Contrato de Constituição de Sociedade - doc. 1).

De acordo com o Memorial de Registro de Condomínio, constante no Processo de Incorporação do Condomínio (doc. 2), o empreendimento “é formado por 07 lotes privativos e demais áreas comuns, devidamente especificados no projeto arquitetônico, totalizando uma área de 131.864,00m²”, matriculado sob n. XX.XXX no 1º Ofício de Registro de Imóveis de Itajaí.

Constitui-se em um complexo residencial, comercial e hoteleiro, iniciado em 2009 e com prazo de conclusão previsto para o ano de 2018, que contará, segundo o projeto arquitetônico aprovado, com uma área total construída de 312.500,71m², conforme alvará de construção n. 885 expedido pelo Município de Itajaí (inobstante o EIV apresentado pelo empreendedor preveja 330.377,66m² de área construída).

O projeto do empreendimento aprovado pelo Município e levado a registro no 1º Ofício de Registro de Imóveis de Itajaí prevê, em seu cronograma, a execução de três etapas distintas:

1) a primeira delas prevê a execução de 6 (seis) condomínios para uso residencial composto, ao todo, por 20 (vinte) torres, totalizando 816 unidades habitacionais;

2) a segunda etapa constitui-se de um Hotel Resort Internacional comportando 468 quartos, com área construída de 23.384,52m²; e

3) a terceira etapa prevê a construção de um setor comercial cujo projeto e especificações encontram-se ainda indefinidos.

Quanto ao estágio atual das obras, extrai-se do Laudo Técnico n. 54/2012/CIP (doc. 3), elaborado pela equipe técnica do Centro de Assessoramento Técnico do Ministério Público Catarinense, a existência de 7 edifícios em estágio de construção, situados nas quadras 1 e 2, lado sul do empreendimento – situação facilmente perceptível no local da obra.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

III – Danos ao Meio Ambiente Artificial (ordem urbanística)

a) Vias públicas inseridas na área total do empreendimento: irregularidade esta desencadeadora de várias outras afetas à ordem urbanística e ao meio ambiente

Durante a instrução do Inquérito Civil n. 06.2009.00004709-3, foi possível detectar que, na área total considerada para o empreendimento, além daquela descrita na Matrícula n. XX.XXX do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Itajaí, estão inseridas duas vias públicas: Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, as quais fazem parte, hoje, irregularmente, da área comum do Condomínio erroneamente instituído pela empresa Empreendimentos, que totaliza 131.864,00m².

Do teor da Matrícula n. XX.XXX, não se verifica menção a qualquer via pública existente nem mesmo como limítrofe ao imóvel.

Entretanto, embora omitidas do registro imobiliário competente, as Ruas XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX são vias públicas utilizadas pela população e devidamente projetadas pela municipalidade, inclusive mencionada a existência pelo empreendedor e pelo Município quando da realização e aprovação dos projetos, cujo reconhecimento da existência não foi o suficiente para que fosse promovida a sua regularização, sendo preterido o interesse público em prol de interesses particulares menores.

Tal situação pode ser facilmente identificada na documentação angariada durante o Inquérito Civil n. 06.2009.00004709-3. Veja-se:

- A certidão circunstanciada da incorporação na Matrícula n. XX.XXX, encaminhada pelo Oficial do 1º Ofício de Imóveis, *não* menciona a existência de qualquer via pública (doc. 4).
- Existência de projeto referente à execução de drenagem na Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, cujos mapas municipais *identificam* a existência e extensão da via pública. Por meio do Ofício n. 458/PGM/2009, o Município informa que as obras foram realizadas em parceria com a empresa Empreendimentos (doc. 5).
- Ofício n. 268/2010/PGM e C.I. n. 197/2012 da Secretaria Municipal de Urbanismo reconhecendo a existência da via pública XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, aberta ao público em geral (doc. 6).
- Projeto Arquitetônico do Empreendimento - Folha A-01 - , prevendo a Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX no interior do Condomínio, inclusive mencionando parte desta última como acesso ao hotel. Da análise dessa planta é possível inferir, pelo desenho que

delimita o imóvel, que as vias públicas estão dentro da área comum do Condomínio instituído na totalidade do imóvel (doc. 7).

- Projeto Arquitetônico do Empreendimento – Folha A-00 -, indicando como “arruamentos” a Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, com área indicada de 4.033,13m², e Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, com área indicada de 2.810,99m², totalizando 6.844,12m² de vias públicas inseridas na metragem total do empreendimento (doc. 8).
- Projeto Arquitetônico substitutivo do empreendimento, aprovado pelo Município em 28/6/2012, com fundamento em determinação da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina nos Autos n. 0011509-45.2011.8.24.0600 (doc. 9). Nesta planta, é possível verificar que nas metragens afetas aos arruamentos não mais consta a Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.
- Consta no projeto substitutivo metragem afeta à área de levantamento topográfico (125.918,30m²) e também a área constante na matrícula (131.864,00m²), cuja diferença entre elas não condiz com as áreas das vias públicas, tanto apontadas no primeiro projeto apresentado quanto no substitutivo.
- Planta da localidade da Praia Brava encaminhada pela municipalidade, na qual consta o imóvel da Matrícula n. XX.XXX exatamente da mesma forma que se encontra hoje, cortado pela Avenida XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e limítrofe com a Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. Tal planta não possui data certa, tendo sido informado pela Secretaria Municipal de Urbanismo que a original se encontra em péssimo estado de conservação (doc. 10). Entretanto, o topógrafo ouvido na 10ª Promotoria de Justiça informou que o imóvel não faz parte de um loteamento previamente existente (doc. 11), tendo sido a Rua XXXXXX aberta pela municipalidade para possibilitar a interligação entre o loteamento XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, situado na lateral norte do terreno, e os loteamentos XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXX, estes situados na lateral sul.

Todavia, mesmo sem o apontamento da data específica de elaboração da planta mencionada, verifica-se que, em 1989, por

meio da Lei Municipal n. 2.480, de 26 de junho, ficou denominada de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX a terceira rua paralela à Avenida XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, situada no Balneário Santa Clara (doc. 12).

Da mesma forma, por meio da Lei Municipal n. 4.328, de 2 de junho de 2005, ficou denominada de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX a Rua "1" do Loteamento XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, localizado no Balneário Santa Clara (Praia Brava) (doc. 13), a qual faz divisa com a lateral norte do terreno (perpendicular à praia).

Não bastassem as leis municipais mencionadas e todos os documentos acima indicados, que designam nome às vias públicas em questão e constataam a sua existência, os mapas de zoneamento e urbano do Município de Itajaí (Lei Municipal n. 2.543/1989) as inserem no sistema viário municipal, sendo então necessárias à mobilidade urbana².

Essa situação fica clara quando realizada a visualização dos Cartogramas 6, 7 e 8 do Laudo Técnico n. 54/2012/CIP (MP/SC), nas informações prestadas pelo empreendedor à 9ª Promotoria de Justiça, no qual afirma que:

O Empreendimento, não utilizou e não utilizará a **Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** para qualquer finalidade privada, **reconhecendo e afirmando que a mesma continuará de domínio público**, cuja área, que foi preservada na confecção e aprovação dos projetos do referido empreendimento, terá sua transferência formalizada ao Poder Público Municipal tão logo seja concluído o devido processo de desapropriação/doação. (Grifou-se) (doc. 21).

Dessa forma, diante da documentação e informações apontadas, é de fácil constatação que as vias públicas denominadas XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX estão inseridas na área total do imóvel descrito na Matrícula n. XX.XXX e também na área total do empreendimento, como se imóveis privados fossem.

Veja-se o teor da Matrícula n. XX. XXX, Registro 13:

[...] A requerimento do EMPREENDIMENTO - foi feito o registro do Condomínio 'EMPREENDIMENTO, formado por 07 lotes privativos numerados de 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 08, **sendo partes comuns do condomínio, inalienáveis e indivisíveis: a área denominada a passeio e arruamento denominada "área comum"**, a área de preservação permanente denominadas de área verde, enfim, todas as coisas

² Disponível em: <<http://novo.itajai.sc.gov.br/1/mapa>>. Acesso em: 10 out. 2012.

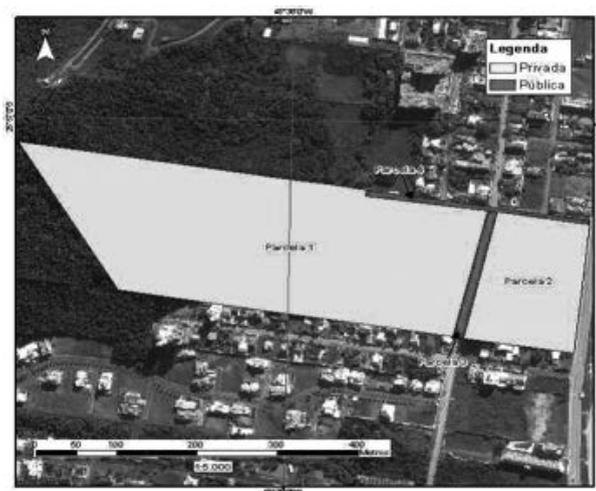
que por sua natureza e destinação, sejam de fim proveitoso e comum a todos os co-proprietários, nos termos do art. 3º da Lei n. 4.591, de 16.12.1964, as quais são inalienáveis e indivisíveis, pertencentes a todos os condôminos [...]

[...] o registro da incorporação para construção do CONDOMÍNIO, na área privativa de 8.839,85 metros quadrados, área comum de 8.986,9402 metros quadrados, e a área total de 17.826,7902 metros quadrados, constituído de 03 blocos denominados de Edifício 1, Edifício 2, Edifício 3, **situados na Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, com 152 apartamentos, 181 vagas de garagens simples, 173 vagas de garagens duplas, composto de 02 subsolos, mais 14 andares ou 15 pavimentos, e o CONDOMÍNIO, construída na área privativa de 11.557,400 metros quadrados, área comum de 11.749,7087 metros quadrados, e a área total de 23.307,1087 metros quadrados, constituído de 04 blocos denominados de Edifício 1, Edifício 2, Edifício 3 e Edifício 4, situados na Avenida XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, com 104 apartamento, 125 vagas de garagens simples e 173 vagas duplas, composto de 02 subsolos, mais 10 andares ou 11 pavimentos (sic) [...] (Grifou-se) (doc. 4).

Nesse sentido foi a conclusão do Laudo Técnico n. 54/2012/CIP (MP/SC):

Também, o Mapa Urbano, que traz a listagem e localização dos logradouros públicos do Município de Itajaí, cita as referidas ruas, corroborando a afirmação de que as parcelas imobiliárias, abrangidas pela **Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, tratam-se de vias de passagem, ou seja, bens públicos de uso comum do povo**, e que, embora não tenha sido registrado, de fato **o fracionamento do imóvel, objeto da matrícula n. XX.XXX, já existia em data anterior à aprovação do projeto do Empreendimento.**

Assim, no momento da aprovação e registro do referido empreendimento, a área onde esse se localiza era composta por duas parcelas imobiliárias privadas e duas parcelas imobiliárias públicas (Cartograma 8), as quais deveriam ter originado a abertura de matrículas distintas. Contudo, **a análise do projeto arquitetônico aprovado deixa claro que a área da Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e da Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX foram utilizadas como se imóveis privados fossem.**



Cartograma 8: Limites das parcelas imobiliárias existentes, as quais deveriam originar a abertura de quatro novas matrículas.

Por fim, os documentos referentes ao projeto do Empreendimento, apresentados pela Prefeitura Municipal e pelo Cartório de Registro de Imóveis, os quais foram utilizados para aprovação e registro do empreendimento, deixam clara a existência das referidas vias públicas. Por isso, para esta Coordenadoria de Assessoramento Técnico, **fica evidente que, além de conhecimento do empreendedor, o fracionamento da área privada do imóvel objeto da matrícula n. XX.XXX era também de conhecimento da municipalidade e do registrador, sendo ignorado por ele no momento da aprovação e registro do Empreendimento.** (doc. 3).

Ressalta-se, a título informativo, que a responsabilidade pelos atos perpetrados pelo Oficial Registrador que promoveu o registro do empreendimento está sendo apurada em ação própria, em tramitação perante a 9ª Promotoria de Justiça de Itajaí, afeta à defesa da moralidade administrativa.

Deve ser destacado, no tocante às vias públicas inseridas na área total do empreendimento, que a situação do imóvel em relação a essas vias, antes de qualquer realização/aprovação de projeto para edificação no local, deveria ter sido regularizada – por ação própria do titular do imóvel visando a eventual indenização da área ou por procedimento regular de parcelamento do solo, mediante repasse das vias públicas ao Município de Itajaí, com registro de cada área remanescente em matrícula própria.

Da mesma forma, deveria a municipalidade ter adotado providências em defesa do interesse público e em observância aos dispositivos de aquisição da propriedade.

Não obstante, mesmo estando, até o momento, irregulares os registros, não há como afastar a natureza e condição de bens públicos das vias existentes no imóvel, que já passaram ao domínio público³. Veja-se.

De acordo com o Código Civil, art. 99, I, as ruas são bens públicos de uso comum do povo.

Sobre uso comum do povo Meirelles⁴ conceitua:

Uso comum do povo é todo aquele que se reconhece à coletividade em geral sobre bens públicos, sem discriminação de usuários ou ordem especial para sua fruição. É o uso que o povo faz das ruas e logradouros públicos, dos rios navegáveis, do mar e das praias naturais. Esse uso comum não exige qualquer qualificação ou consentimento especial, nem admite frequência limitada ou remunerada, pois isto importaria atentado ao direito subjetivo público do indivíduo de fruir os bens de uso comum do povo sem qualquer limitação individual.

[...]

No uso comum do povo os usuários são anônimos, indeterminados, e os bens utilizados o são por todos os membros da coletividade – *uti universi* –, razão pela qual ninguém tem o direito ao uso exclusivo ou a privilégios na utilização do bem: o direito de cada indivíduo limita-se à igualdade com os demais na fruição do bem ou no suportar os ônus dele resultantes. [...]

Na lição de José Afonso da Silva⁵, rua é entendida como:

[...] via pública ladeada à direita e à esquerda de casas, paredes ou muros no interior das povoações, ou predisposta a isso. Ruas são vias de comunicação, linhas de percurso de deslocamento dentro dos núcleos urbanos. O termo refere-se, especialmente, à via de circulação de uma única faixa ou pista de rolamento, sem canteiro central, destituída de

3 “O domínio público em sentido amplo é o poder de dominação ou de regulamentação que o Estado exerce sobre os bens do seu patrimônio (bens públicos), ou sobre os bens do patrimônio privado (bens particulares de interesse público), ou sobre coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição geral da coletividade (*res nullius*). Nesse sentido amplo e genérico o domínio público abrange não só os bens das pessoas jurídicas de Direito Público Interno como as demais coisas que, por sua utilidade coletiva, merecem proteção do Poder Público, tais como as águas, as jazidas, as florestas, a fauna, o espaço aéreo e as que interessam ao patrimônio histórico e artístico nacional”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 573.

4 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 581.

5 SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 198.

ornamentação. Mas também é empregado em sentido genérico, pois quando se fala nas ruas de uma cidade está-se mencionando o conjunto de vias urbanas, sem distinção.

Nesse contexto, percebe-se a importância que a rua tem dentro de um sistema viário municipal, porquanto é destinada ao uso da coletividade como via de circulação de veículos e pedestres, necessária ao adequado ordenamento territorial.

Tendo em vista que é o Município o ente responsável pelo seu planejamento urbanístico, utilizando-se de instrumentos específicos como plano diretor e zoneamento, verifica-se, no caso concreto, que, já por ocasião da Lei Municipal n. 2.543/89 (que institui normas para o zoneamento e uso do solo no Município de Itajaí), o traçado urbano-viário do local onde está inserido o imóvel é o mesmo que se apresenta hoje, ou seja, com a existência da Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (antiga Rua 1 do Loteamento XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX).

Sendo assim, é possível afirmar que a utilização das áreas em discussão como vias públicas ocorre, no mínimo, desde 1989, com a convivência dos proprietários, operando-se, por consequência, ao menos o apossamento administrativo da municipalidade em relação a essas áreas, já que o imóvel não faz parte de loteamento anterior aprovado, ocasião que ensejaria o concurso voluntário, com transferência automática das vias ao patrimônio público, o que não é a hipótese dos autos.

Diz-se apossamento do Município, *ad argumentandum*, porque, no caso em apreço, a situação de fato – utilização de áreas do imóvel como vias públicas, com aquiescência do Poder Público, que as delimitou no sistema viário e inseriu no mapa urbano do Município e do proprietário, que permitiu, até hoje, que assim o fosse, permanecendo inerte – se fixou no tempo, ao menos pelo período de 23 anos, integrando-se os bens ao domínio público, na forma de vias públicas, sendo descabido falar-se em direito à indenização via ação de desapropriação indireta face o lapso transcorrido, conforme já sumulado pelo STJ – Súmula n. 119 STJ.: *A ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos.*

Não por outro motivo que, em data de 17 de outubro do corrente, foi publicado, com escopo na Súmula 473 do STF, o DECRETO N. 9.826, DE 16 DE OUTUBRO DE 2012 (doc. 14), por meio do qual o Município de Itajaí, corrigindo equívoco anterior da administração, revogou ex-

pressamente o malfadado Decreto 9.493/2012 que havia qualificado a Rua xxxxxx, no trecho em que divisa com o empreendimento sob exame, com servidão administrativa, declarando-a de utilidade pública.

DECRETO Nº 9.826, DE 16 DE OUTUBRO DE 2012

REVOGA O DECRETO Nº. 9.493, DE 02 DE SETEMBRO DE 2011, QUE DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA FINS DE INSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA, ÁREA DE TERRA QUE ESPECIFICA.

JANDIR BELLINI, Prefeito de Itajaí, no uso da atribuição que lhe confere o art. 47, inciso VII, da Lei Orgânica do Município de Itajaí, e:

CONSIDERANDO o teor da Comunicação Interna nº. 536/2012/PGM, de origem da Procuradoria Administrativa, cujo teor notícia a existência do Inquérito Civil nº. 07/2012/09/PJ/ITJ, que visa apurar irregularidades na aprovação do projeto do empreendimento, que está sendo implantado sobre o imóvel objeto da matrícula nº. XX.XXX do 1º Ofício de Registro de Imóveis desta Comarca.

CONSIDERANDO que a instituição de servidão administrativa sobre parte da área a que alude a referida matrícula imobiliária teve por escopo a regularização existencial da ocupação feita pela abertura da Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

CONSIDERANDO que o princípio constitucional de proteção à propriedade particular sofre mitigação em razão do princípio da supremacia do interesse público.

CONSIDERANDO que o trecho declarado de utilidade para fins de instituição de servidão administração se encontra ocupado há mais de duas décadas pela via pública epigrafada, cuja denominação oficial se deu pela Lei nº. 2.480, de 26 de junho de 1.989, o que afasta o direito a eventual indenização pelo particular, consoante a exegese da Súmula 119 do STJ.

CONSIDERANDO, finalmente, o entendimento consolidado na Súmula 473 do STF, que faculta à administração pública a revogação dos seus próprios atos, por motivo de conveniência e oportunidade.

DECRETA:

Art. 1º Fica revogado o Decreto nº. 9.493, de 02 de setembro de 2011.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Prefeitura de Itajaí, 16 de outubro de 2012.

JANDIR BELLINI

Prefeito Municipal

JAIME MÁRCIO ESPINDOLA

Procurador-Geral Adjunto do Município

Pois bem, comprovada a notória existência de vias públicas na área total do empreendimento privado, cuja situação foi expressamente reconhecida pelo Poder Público e pelo empreendedor, pergunta-se: Qual o motivo da ausência de regularização das vias antes da realização do projeto arquitetônico do condomínio?

A ausência intencional de regularização das ruas na forma da lei permitiu que o imóvel da Matrícula n. XX.XXX permanecesse como único, indivisível, de propriedade privada, possibilitando, entre outros aspectos:

* a constituição (irregular) de um condomínio em edificações (subdividido em outros condomínios) na área total do imóvel, preterindo prévio parcelamento do solo, em detrimento da ordem urbanística;

* a não observância da legislação municipal no que tange às regras de construção; e

* o aproveitamento avantajado e irregular de potencial construtivo.

É o que se demonstrará adiante.

b) Utilização do modelo condomínio residencial edilício (Lei Federal n. 4.591/64) em imóvel único (Matrícula n. XX.XXX), como produto da desconsideração da existência das Ruas XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, visando a um aproveitamento econômico máximo no imóvel, em prejuízo à ordem urbanística

Permanecendo o imóvel em discussão como único, sem destacamento das vias públicas ali existentes, houve a instituição, sobre a área total, de condomínio edilício (ou em edificações), cujo registro pode ser observado na Matrícula n. XX.XXX – R. XX – Prot. XX.XXX, constando o arruamento (Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX) como área comum do empreendimento.

De início, salienta-se, acerca da legislação regedora dos condomínios edilícios, que o Código Civil de 2002 tratou a matéria, contudo, sem

revogar os dispositivos da Lei Federal n. 4.591/64, que segue incidindo nas questões não abarcadas pela Lei Civil⁶.

Acerca do condomínio edilício, estabelece o art. 1.331:

Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.

§ 1º As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, exceto os abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio.

§ 2º O solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público, são utilizados em comum pelos condôminos, não podendo ser alienados separadamente, ou divididos.

§ 3º A cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio.

§ 4º Nenhuma unidade imobiliária pode ser privada do acesso ao logradouro público.

§ 5º O terraço de cobertura é parte comum, salvo disposição contrária da escritura de constituição do condomínio.

Por sua vez, a Lei Federal n. 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporações imobiliárias, preconiza:

Art. 3º O terreno em que se levantam a edificação ou o conjunto de edificações e suas instalações, bem como as fundações, paredes externas, o teto, as áreas internas de ventilação, e tudo o mais que sirva a qualquer dependência de uso comum dos proprietários ou titulares de direito à aquisição de unidades ou ocupantes, constituirão condomínio de todos, e serão insuscetíveis de divisão, ou de alienação destacada da respectiva unidade. Serão, também, insuscetíveis de utilização exclusiva por qualquer condômino.

[...]

Art. 8º Quando, em terreno onde não houver edificação,

⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 12.

o proprietário, o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário sobre ele desejar erigir mais de uma edificação, observar-se-á também o seguinte:

a) em relação às unidades autônomas que se constituírem em casas térreas ou assobradadas, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação e também aquela eventualmente reservada como de utilização exclusiva dessas casas, como jardim e quintal, bem assim a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá às unidades;

b) em relação às unidades autônomas que constituírem edifícios de dois ou mais pavimentos, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação, aquela que eventualmente for reservada como de utilização exclusiva, correspondente às unidades do edifício, e ainda a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá a cada uma das unidades;

c) serão discriminadas as partes do total do terreno que poderão ser utilizadas em comum pelos titulares de direito sobre os vários tipos de unidades autônomas;

d) serão discriminadas as áreas que se constituírem em passagem comum para as vias públicas ou para as unidades entre si.

Diante desses dispositivos e considerando a natureza e as características do empreendimento, verifica-se se tratar de propriedade onde cada comprador é proprietário de uma fração ideal, em que o direito real dos adquirentes advém da conjugação da propriedade autônoma e a copropriedade em relação às partes comuns, tendo-se constituído, no caso presente, condomínio edilício, nos moldes da legislação citada (Vide Matrícula n. XX.XXX e Projeto de Incorporação do Condomínio – doc. 4 e 2).

Nessa perspectiva, verifica-se que, na modalidade de uso e ocupação do solo por condomínio residencial, inexistem espaços públicos como praças e logradouros nas vias internas do condomínio, as quais constituem propriedade comum dos condôminos.

A regulamentação do condomínio, inclusive no que tange ao destino das suas diferentes partes e do modo de usar as coisas e serviços comuns, está adstrita à futura e respectiva convenção, nos termos do art. 9º da Lei n. 4.591/64, inexistindo qualquer menção acerca de doação de parcela da propriedade para fins de instituição de espaços públicos.

Ademais, no condomínio edilício, modalidade especial de apro-

veitamento condominial do espaço de um terreno, onde não existem ruas, praças ou áreas livres públicas, tudo que integra o condomínio é de propriedade exclusiva dos condôminos, que não têm a obrigação legal de transferir os espaços internos comuns ao Município, quando da aprovação e do registro do empreendimento.

Mutatis mutandis, veja-se julgado do TJ/SC acerca de condomínio horizontal, também submetido às regras da Lei n. 4.591/94:

O condomínio horizontal é o aproveitamento do espaço de uma determinada área de terra, onde não existem ruas, praças ou áreas públicas. Tudo que integra o condomínio pertence aos co-proprietários, que não tem a obrigação legal de ceder espaços comuns ao Município. Essa modalidade segue regulada pela Lei n. 4.591/94. (Agravo de Instrumento n. 2011.062408-6, de Concórdia, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Com isso, patente à burla à legislação condominial, estando irregulares os projetos até então aprovados, porquanto corta o imóvel em discussão a via pública XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX que, como bem de uso comum do povo que é, por óbvio, não pode ser área comum de condomínio residencial.

Tanto não pode ser a via pública propriedade privada, que o procedimento correto que formaliza a sua existência é a transcrição na matrícula correspondente, por meio de averbação, do nome do logradouro, conforme ensinamento de Ceneviva⁷:

Critério para averbação de abertura de rua – A averbação do nome de logradouro, decretada pelo Poder Público, envolve dois aspectos principais. Constando da transcrição ou matrícula referência a via não oficializada (travessa particular, rua projetada etc.), sua oficialização e denominação, decretadas pela autoridade competente, serão averbadas, consoante a respectiva certidão oficial. Se inexistir no assentamento imobiliário referência ao logradouro, a averbação da abertura depende de sentença judicial para o caracterizar de modo adequado e determinar a disponibilidade do imóvel em que foi aberto.

É ato necessário que dá publicidade à modificação da situação jurídica da coisa, ou do titular do direito real. O registro de loteamento compreende a abertura de ruas e praças, de áreas destinadas a espaços livres ou a equipamentos urbanos, averbando-se as alterações. (Grifou-se).

7 CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 441-442.

Diante disso, o que deveria ter ocorrido é o parcelamento da área e a formação, ao menos, de dois imóveis diversos, além do devido destacamento da via XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, que, apesar de ser computada na área total do imóvel, tem-se notícia de que pode ter sido alargada, porquanto pertencente ao loteamento XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, conforme declaração do topógrafo do Município (doc. 11), sendo necessário o devido levantamento de área para averiguar a situação.

De toda forma, essa via foi considerada indevidamente para o cálculo da área total do empreendimento.

Destarte, é exatamente pela ausência desse procedimento – o não destacamento das vias públicas – que o empreendedor obteve vantagem, consistente na dispensa de instituir condomínios distintos por ocasião de prévio parcelamento do solo urbano, sonegando, ato contínuo, a disposição de áreas públicas à sociedade, como se verá mais adiante.

Acerca do assunto, leciona Rizzardo⁸:

Realmente, não é possível instituir um condomínio em imóveis distintos. Já não haveria um condomínio, mas dois, pois duas as propriedades. Haveria a necessidade de serem separadas as construções para fins de abertura de matrículas e registros. (Grifou-se).

De outra parte, decidindo-se pela constituição do condomínio sobre uma parte apenas do terreno, remanescendo a outra porção na titularidade individual de uma pessoa, insta se providenciar, antes, o prévio desmembramento. A providência envolve requerimento, apresentado perante a Prefeitura Municipal, devidamente instruído com os documentos de propriedade e projetos de engenharia e de arquitetura, dentro das exigências administrativas exigidas. Autorizado o desmembramento, com a respectiva certidão, leva-se a termo o desmembramento, através de pedido escrito com a firma reconhecida, efetuando-se a averbação junto à matrícula. Desde que o Município aprove o projeto e a planta de construção, subentende-se autorizado o desmembramento, o que dispensa a apresentação da certidão referida. Abre-se, então, matrícula do imóvel objeto do condomínio.

Essa hipótese de procedimento legal (prévio parcelamento do solo), que deveria ser adotado, é reforçada pelo fato do empreendedor, à primeira vista, prever um condomínio (Empreendimento) na área total, ao mesmo tempo, menciona a instituição de dois condomínios na

8 RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 19.

que corta o imóvel pertencente à matrícula n. XX.XXX, com o conseqüente fracionamento do respectivo terreno, constata-se a **irregularidade na incorporação imobiliária do Empreendimento não contíguos**, os quais necessitavam a abertura de matrículas distintas.

Portanto, diante das evidências descritas até aqui, fica comprovado que o **Empreendimento**, o qual deveria ser aprovado e registrado de acordo com o que dispõem a Lei Federal n. 6766/1979 e a Lei Municipal n. 1787/1980.

A identificação do imóvel, descrita na matrícula n. XX.XXX, define de forma clara a área do terreno e seus confrontantes “[...] medindo a oeste com terras de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX – 268,00m; a leste com terras de XXXXXXXX – 203,40m; ao norte com terras de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. - 721,00m e ao sul com terras de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX – 577,50m [...]”, ou seja, não é feita qualquer menção à Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. Em 15/08/2009, na mesma matrícula (R-XX-XX.XXX), o registro da incorporação do Condomínio XXXXXXXXXXXXXXX, pertencente ao Empreendimento, descreve “[...] constituído de 03 blocos denominados Edifício 1, Edifício 2 e Edifício 3, situados na Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX [...]”, ou seja, o próprio empreendimento evidencia a existência dessa rua. Já em 11/10/2011, diante da evidente irregularidade na aprovação do Condomínio XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX em duas parcelas imobiliárias distintas - pois há a divisão do terreno pelo referido logradouro -, foi realizada na AV-XX-XX,XXX da matrícula n. XX.XXX, a “instituição de servidão administrativa amigável, parte ideal do imóvel objeto desta matrícula (...) de propriedade de Empreendimentos., ocupada pela Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX [...]” com o intuito de descaracterizar a Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX como via pública e portanto, eximir-se da necessidade de efetuar-se o parcelamento de solo conforme preceitua o art. 20, § 1º, da Lei n. 6.766/79.

Outrossim, caso o condomínio edilício abranja mais de um terreno, torna-se indispensável, antes, a sua unificação, atendendo às regras dos artigos 234 e 235 da Lei Federal n. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos). Senão, veja-se:

Art. 234 - Quando dois ou mais imóveis contíguos pertencentes ao mesmo proprietário, constarem de matrículas autônomas, pode ele requerer a fusão destas em uma só, de novo número, encerrando-se as primitivas.

Art. 235 - Podem, ainda, ser unificados, com abertura de matrícula única:

I - dois ou mais imóveis constantes de transcrições anteriores a esta Lei, à margem das quais será averbada a abertura da matrícula que os unificar;

II - dois ou mais imóveis, registrados por ambos os sistemas, caso em que, nas transcrições, será feita a averbação prevista no item anterior, as matrículas serão encerradas na forma do artigo anterior.

III - 2 (dois) ou mais imóveis contíguos objeto de imissão provisória na posse registrada em nome da União, Estado, Município ou Distrito Federal.

§ 1º Os imóveis de que trata este artigo, bem como os oriundos de desmembramentos, partilha e glebas destacadas de maior porção, serão desdobrados em novas matrículas, juntamente com os ônus que sobre eles existirem, sempre que ocorrer a transferência de 1 (uma) ou mais unidades, procedendo-se, em seguida, ao que estipula o inciso II do art. 233.

§ 2º A hipótese de que trata o inciso III somente poderá ser utilizada nos casos de imóveis inseridos em área urbana ou de expansão urbana e com a finalidade de implementar programas habitacionais ou de regularização fundiária, o que deverá ser informado no requerimento de unificação.

§ 3º Na hipótese de que trata o inciso III, a unificação das matrículas poderá abranger um ou mais imóveis de domínio público que sejam contíguos à área objeto da imissão provisória na posse. (Grifou-se).

A par desse dispositivo e conhecedor das vantagens que deixaria de auferir caso procedesse, de modo regular, os projetos e registros do condomínio – até porque, consoante redação dos artigos acima, é impossível a unificação de eventuais duas áreas no caso em apreço (já que existente via pública entre as parcelas do imóvel) –, optou o empreendedor por incluir as Ruas XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX na área do empreendimento (sem devidamente destacá-las) e constituir mais de um condomínio sobre a área total da Matrícula n. XX.XXX.

Ademais, a adequação e pertinência do que ora se dispõe é confirmada pelo parecer jurídico lavrado pelo Sr. William Garcia de Souza, a pedido do empreendedor, quando destaca que as incorporações e indicações de frações ideais dizem respeito às áreas privativas de cada condomínio, sem levar em consideração a área total do empreendimento (doc. 22):

[...]

Inicialmente, devemos observar que a matrícula n. XX.XXX do 1º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Itajaí-SC, compreende um terreno, sem benfeitorias, com uma área contínua de 131.864,00 metros quadrados, situado no lugar “Praia Brava”, nesta cidade de Itajaí-SC. **Consi-**

derando que o pedido de registro do empreendimento foi com base nos artigos da lei 4.591/64, não se poderia fracionar a área em lotes privativos, eis que esta forma de parcelamento do solo demandaria a sua aprovação junto à Prefeitura do Município, observando-se os regramentos estabelecidos pela lei n. 6.766/79.

Assim, sabido que não houve aprovação do parcelamento do solo, seja através de desmembramento, seja através de loteamento, o ato seguinte praticado pelo Registrador, consistente no registro da incorporação do **Condomínio XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, na área privativa de 8.839,85 metros quadrados (correspondente ao **lote privativo n. 4**), bem como do **Condomínio XXXXXXXXXXXX** a ser construído na área de 11.557,400 metros quadrados (correspondente ao **lote privativo n. 01**), também carece de adequação às normas legais.

Ademais, já que **as incorporações foram realizadas sobre lotes devidamente individualizados e confrontados**, toda fração ideal das unidades autônomas a seres edificadas, por conseguinte, também o foi com base nas áreas privativas destes, **não sendo levada em consideração a área total do terreno constante da matrícula referenciada.**

[...] (Grifou-se).

Além disso, consta do processo de incorporação apresentado ao 1º Ofício de Registro de Imóveis de Itajaí (doc. 2):

[...]

A fração de terreno a ser dada pelo incorporador ao proprietário do terreno se dará quando da incorporação dos edifícios em cada lote, uma vez que será constituído um condomínio em cada lote. Portanto a fração de terreno recebida pelo proprietário corresponderá aos percentuais de área a ser construída em cada lote, levando em consideração os percentuais aqui pactuados para cada lote.

Consta do Memorial de Registro do Condomínio (doc. 2):

[...]

OBJETO

O Condomínio XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX está situado na Av. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, s/n, Praia Brava, Itajaí - SC, é formado por 07 lotes privativos e demais áreas comuns, devidamente especificados no projeto arquitetônico, totalizando uma área de 131.864,00m².

LOTES PRIVATIVOS - 07 unidades:

Totalizam uma área de 65.387,9900m².

Colhe-se, ainda, da denominada Minuta da Futura Convenção de Condomínio (doc. 2):

[...]

1 - ASPECTOS GERAIS

A gleba destinada ao condomínio fechado possui superfície de 131.864,00m².

Os usos previstos para o empreendimento é Residencial/ Comercial/Lazer e Hotelaria. As atividades a desenvolver atenderão a legislação municipal existente e o Regulamento Interno próprio ao condomínio.

O condomínio **prevê 07 lotes de uso privativo**, área de preservação permanente e área comum composta por passeios e ruas, conforme Projeto Urbanístico e dimensionados no respectivo Quadro de Áreas.

Em todos os aspectos, o Condomínio fechado atenderá as Legislações Federais, Estadual e Municipal existentes.

2 - DOS LOTES

Os lotes destinados a uso privativo são denominados de Lote 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 08.

As áreas de preservação permanente estão definidas como Área Verde. [...] (Grifou-se).

Essa divisão da área em condomínios isolados (lotes privativos), inseridos num condomínio maior, é de fácil visualização no gráfico que segue, o qual, extraído do Laudo Técnico 54/2012/CIP, reflete aquele apresentado ao registro de imóveis pelo empreendedor, juntamente com o memorial de registro:



Ou seja, reconhecida a divisão do terreno em “lotes privativos”, referentes a cada condomínio em potencial, é gritante a inadequação e irregularidade da via eleita, uma vez que, como já mencionado, cada condomínio deve corresponder à propriedade privada e comuns específicas, neste caso, houve verdadeiro fracionamento da gleba, disfarçado, no primeiro momento, na instituição de condomínio único sobre a área total (Empreendimento) e, na sequência, com a designação de áreas específicas para cada condomínio considerado isoladamente (“lotes privativos”).

Instituído o condomínio nos moldes apresentados, verifica-se que houve, além da inobservância à legislação condominial já referida, desrespeito às normas urbanísticas.

c) Prejuízo à ordem urbanística em razão da dispensa indevida de prévio parcelamento do solo, nos termos da Lei Municipal n. 1.787/80, Lei Estadual n. 6.063/82 e Lei Federal n. 6.766/79

Consoante se demonstrou nos tópicos anteriores, a manutenção, em especial da Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, nos limites internos do imóvel, possibilitou a instituição irregular de condomínio em edificações na área total do terreno da Matrícula n. XX.XXX, gerando diversos efeitos positivos ao empreendedor, inclusive o aproveitamento maximizado da área para fins construtivos, maximizando também o impacto urbanístico para a população daquela localidade (o que será analisado em tópico próprio).

Isso porque, frisa-se, no caso em apreço, o instituto previsto na Lei Federal n. 4.591/64 permitiu maior aproveitamento do imóvel em decorrência da não disposição de espaços públicos, quando, na verdade, foi implementado verdadeiro loteamento, previsto na Lei Federal n. 6.766/79, já que foram destacados os lotes privativos para cada condomínio a ser erigido no imóvel e previstas áreas denominadas como arruamento, esquecendo o empreendedor de destacar as áreas públicas do loteamento.

A Lei Federal n. 6.766/79 estipula, em seu art. 2º, que o parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento e considera como loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação,

de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

Pela análise do gráfico retro e projetos já referidos, foi exatamente o que ocorreu: a subdivisão da gleba em lotes para edificação, com inclusão de verdadeiro arruamento dentro do empreendimento, incluindo as vias públicas não destacadas.

Nesse contexto, acerca da utilização da Lei n. 4.591/64 em prejuízo às normas urbanísticas, embora faça exposição na hipótese de loteamento fechado, é indispensável colacionar a reflexão de José Afonso da Silva¹¹, porquanto se equipara ao que se pretende instituir no imóvel em discussão.

O *regime jurídico* dessa modalidade de desenvolvimento urbano, como acabamos de indicar, é o do direito privado, com base no art. 8º da Lei 4.591/1964, com *natureza jurídica*, como visto de *condomínio privado* – natureza que não é adequada a qualquer forma de desenvolvimento urbano, que, caracterizando-se como espécie de ordenação do solo, há que entrar no campo da atividade urbanística do Poder Público, sujeita ao regime do direito público (direito urbanístico).

[...]

Esse dispositivo, na real verdade, tem sido usado abusivamente para fundamentar os tais “loteamentos fechados”. Foi ele estabelecido, certamente, não para tal finalidade, mas para possibilitar o aproveitamento de áreas de dimensão reduzida no interior de quadras, que, sem arruamento, permitam a construção de conjuntos de edificações, em forma de vilas, sob regime condominial. Em situação como essa, a relação condominial é de grande utilidade, como na chamada propriedade horizontal. Quando, no entanto, a situação extrapola desses limites, para atingir o parcelamento de gleba com verdadeiro arruamento e posterior divisão da quadra em lotes, **ou mesmo quando se trata apenas de subdivisão da quadra inteira em lotes, com aproveitamento das vias de circulação preexistentes, então, aquele dispositivo não pode mais constituir fundamento do aproveitamento espacial, em forma de condomínio, porque aí temos formas de parcelamento urbanístico do solo, que há de reger-se pelas leis federais sobre loteamento e pelas leis municipais sobre matéria urbanística, aplicáveis a esse tipo de urbanificação.** Temos tido “loteamentos fechados” até com mais de 1.000 casas de residência, com arruamentos e tudo mais que é próprio

11 SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 346-347.

do processo de loteamento. As Prefeituras deverão negar autorização para esse tipo de aproveitamento do espaço urbano, exigindo que se processe na forma de plano de arreamento e loteamento ou de desmembramento, que não se admite sejam substituídos por forma condominial, como se vem fazendo. Vale dizer: os tais "loteamentos fechados" juridicamente não existem. Não há legislação que os ampare, constituem uma distorção e uma deformação de instituições jurídicas: do aproveitamento condominial de espaço e do loteamento ou do desmembramento. É mais uma técnica de especulação imobiliária, sem as limitações, as obrigações e ônus que o direito urbanístico impõe aos arruadores e loteadores do solo. (Grifou-se).

Dessa feita, no lugar de proceder ao prévio parcelamento do solo, cuja necessidade já ficou especificada no item III, "a", o empreendedor optou pela figura do condomínio, no qual estaria dispensado da imposição legal de destinação de espaços (vias e logradouros) e equipamentos públicos, como é nos casos de loteamento, conforme exigência do art. 4º da Lei n. 6.766/79:

Art. 4º. Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

I - as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem.

II - os lotes terão área mínima de 125m² (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, salvo quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes;

III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não-edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica;

IV - as vias de loteamento deverão articular-se com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas, e harmonizar-se com a topografia local.

§ 1º A legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento.

§ 2º - Consideram-se comunitários os equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares.

§ 3º Se necessária, a reserva de faixa não-edificável vinculada a dutovias será exigida no âmbito do respectivo licenciamento ambiental, observados critérios e parâmetros que garantam a segurança da população e a proteção do meio ambiente, conforme estabelecido nas normas técnicas pertinentes. (Grifou-se).

Por sua vez, a Lei Estadual n. 6.063/82, que dispõe sobre as diretrizes gerais para o parcelamento do solo urbano em todo o Estado de Santa Catarina, estabelece que os projetos de loteamento deverão atender a alguns requisitos, entre eles, de que as áreas destinadas a sistema de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário e espaços livres de uso público não poderão ser inferiores a 35% (trinta e cinco por cento) da gleba (art. 8º, I).

Na mesma linha, seguiu a Lei n. 1.787/80 do Município de Itajaí:

Art. 25 - As áreas destinadas as praças, jardins, parques, bosques edifícios públicos, serão determinadas pelo órgão competente por ocasião do pedido de Diretrizes Básicas, obedecida a legislação existente e as exigências de planejamento e será de 15% (quinze por cento) da área total do terreno deduzida a área utilizada para vias públicas e as necessárias à obra de saneamento, sendo que 5% (cinco por cento) será vinculado para preservação da áreas verdes e 10% (dez por cento) para áreas institucionais.

§ 1º - O total das áreas públicas não poderá ser inferior a 35% (trinta e cinco por cento) do total da gleba.

§ 2º - Mediante Lei, a Prefeitura poderá dispor das áreas adquiridas nos termos deste artigo exclusivamente para fins de utilidade pública, podendo permutá-las por outras, com a finalidade expressa de construir praças, parques, jardins e edifícios públicos ou para adaptação do sistema viário.

Nesse contexto, embora não tenha o empreendedor pleiteado especificamente a figura do loteamento fechado, verifica-se que, na prática, difere deste (ao menos por enquanto) somente na ausência de colocação de muros, até porque existem vias públicas inseridas no imóvel.

Nada obstante, os projetos arquitetônicos aprovados e de incorporação apresentados ao registro de imóveis demonstram claramente a intenção de fracionamento da área, sem observância da legislação urbanística mencionada, mediante constituição de lotes para edificação de condomínios.

Em relação aos prejuízos advindos da figura do condomínio em edificações nos moldes aprovados, bem esclarece o Laudo Técnico 54/2012/CIP (MP/SC):

Nos condomínios não há obrigatoriedade de destinação de áreas para o domínio público. As vias e áreas livres internas ao empreendimento continuam de propriedade dos condôminos, os quais delas se utilizam conforme estabeleça a convenção do condomínio. No projeto do Empreendimento, a área de passeio e arruamento denominada “área comum” e a área denominada “área verde” são partes comuns do condomínio, conforme consta no registro feito na matrícula n. XX.XXX, não havendo nenhuma área que passou para o domínio público, ou seja, o Condomínio XXXXXXX possui 131.864,00 m² de área privada.

Contudo, se o empreendimento tivesse sua aprovação e registro de acordo com as disposições legais para loteamento, haveriam diferenças significativas na forma de uso e ocupação do solo.

O art. 8º da Lei Estadual nº 6.063/1982, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano em Santa Catarina, determina que para loteamentos:

I - as áreas destinadas a sistema de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário e espaços livres de uso público, não poderão ser inferiores a 35% (trinta e cinco por cento) da gleba;

[...]

De acordo com a Lei Municipal nº 1.787/1980, em seu art. 25, desses 35% do lote que devem ser destinados como área pública, 20% devem ser utilizados como vias públicas, 10% como área institucional e 5% como área verde.

[...]

Assim, se o Empreendimento seguisse as disposições legais para loteamento, a área passível de parcelamento deveria ser de aproximadamente 94.349,00 m², excetuando-se a área de preservação ecológica de 37.515,00m² (Tabela 1). Em seguida, a partir da área passível de parcelamento, dever-se-ia prever a destinação de 33.022,15m² como área pública (Tabela 2). (Grifou-se).

Com isso, houve irregularidade tanto na feitura do projeto pelo empreendedor quanto na aprovação pela municipalidade, uma vez que, conforme se observa na Planta da localidade da Praia Brava ([doc. 10](#)) e pelas informações prestadas pelo topógrafo do Município ([doc. 11](#)), a gleba correspondente ao imóvel da Matrícula n. XX.XXX não faz parte de

qualquer loteamento preexistente, não dispondo das áreas institucionais e verdes correspondentes à área do empreendimento.

Isso porque o imóvel está localizado, como já dito, entre o loteamento XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, situado na lateral norte do terreno, e os loteamentos XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, ambos situados na lateral sul, não sendo área remanescente de quaisquer deles, conforme teor da matrícula citada.

A instituição de um condomínio privado com escopo na Lei Federal n. 4.591/64, seja ele horizontal ou horizontal e, ao mesmo tempo, vertical, como no caso presente, ocupando glebas urbanas com extensão de quadras, sem disponibilizar para a cidade as equivalentes áreas públicas, necessárias para garantir o direito à saúde, à segurança, à educação e ao lazer, trata-se de manobra do setor imobiliário de perceptível usurpação indireta do patrimônio público com a lamentável convivência do Poder Público Municipal.

Tal manobra pode ser qualificada como verdadeira afronta à dignidade da pessoa humana que habita ou frequenta a Praia Brava, em razão da supressão do acesso ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e à sustentabilidade urbana, ferindo frontalmente a Constituição Federal¹² e os princípios gerais do Estatuto da Cidade, de forma especial no que toca ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar dos seus habitantes (e não apenas dos moradores do empreendimento).

Ora, sendo as normas urbanísticas de direito público, uma vez que regulam, regram e normatizam a atividade urbanística do Poder Público com o objetivo precípua de assegurar o adequado desenvolvimento urbano, portanto de caráter cogente (normas de ordem pública

12 Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

e interesse social - art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 10.257/01¹³), por certo, não poderá o parcelamento do solo urbano ser substituído em áreas urbanas não urbanizadas por um instituto de direito privado, no caso, o condomínio em edificações, com regras próprias, dispensando as exigências urbanísticas tendentes a assegurar a sustentabilidade urbana.

Importa salientar que não se nega, com a presente *actio*, a possibilidade da constituição dos condomínios horizontais e edifícios, uma realidade das cidades modernas, mas, sim, que devam adequar-se às exigências de ordem pública e caráter cogente do direito urbanístico.

Não por outro motivo que, em 24/4/2012, esta 10ª Promotoria de Justiça, responsável pela defesa do meio ambiente e ordem urbanística, com o objetivo de contribuir para a melhoria do desenvolvimento urbano sustentável do Município de Itajaí, observando-se o primado do interesse público sobre o privado, expediu, por intermédio do Ofício n. 0180/2012/10PJ/ITJ, recomendação no sentido de que fossem regulamentados os condomínios horizontais, inclusive aqueles voltados à construção de edifícios, por ocasião do processo de regulamentação do zoneamento urbano, e em atenção às diretrizes do plano diretor, possibilitando-se, destarte, a participação democrática e a adequação do tema às normas de direito urbanístico (de direito público) do Município (doc. 15).

Na oportunidade, recomendou-se ao Município que fosse estendido aos empreendimentos *condomínios horizontais* (de direito privado) semelhante tratamento aos parcelamentos do solo urbano em geral, decorrendo daí equivalente comprometimento com as funções sociais da cidade, admitindo-se apenas a regulamentação complementar, no que couber em observância ao disposto na Lei Federal n. 4.591/64 e no Código Civil.

Esclareça-se que o Município de Itajaí acolheu a recomendação no que tange a condomínios multifamiliares, compreendendo a importância do assunto diante do número significativo de projetos dessa natureza em fase de apreciação municipal e prejuízos deles advindos à sustentabilidade urbana. Nesse contexto, a título de melhor visualização do

13 Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

fático prejuízo à ordem urbanística decorrente da sonegação da figura do parcelamento do solo e utilização do condomínio edilício pelo empreendedor, veja-se Laudo Técnico 54/2012/CIP, p. 36:

[...]

Assim, se o Empreendimento seguisse as disposições legais para loteamento, a **área passível de parcelamento deveria ser de aproximadamente 94.349,00 m², excetuando-se a área de preservação ecológica de 37.515,00m² (Tabela 1). Em seguida, a partir da área passível de parcelamento, dever-se-ia prever a destinação de 33.022,15m² como área pública (Tabela 2).** (Grifou-se).

Tabela 1: Quantificação das áreas de preservação ecológica e passível de parcelamento.

| Brava Beach Eco Residence | Área (m ²) | % |
|--------------------------------------|------------------------|--------|
| ÁREA TOTAL | 131.864,00 | 100,00 |
| Área Preservação Ecológica | 37.515,00 | 28,45 |
| Área Passível de Parcelamento | 94.349,00 | 71,55 |

Tabela 2: Quantificação das áreas públicas dentro da passível de parcelamento.

| Brava Beach Eco Residence | Área (m ²) | % | |
|--------------------------------------|------------------------|------------------|--------------|
| Área Passível de Parcelamento | 94.349,00 | 100,00 | |
| Área Pública | Área Institucional | 9.434,90 | 10,00 |
| | Área Verde | 4.717,45 | 5,00 |
| | Área de Circulação | 18.869,80 | 20,00 |
| | TOTAL | 33.022,15 | 36,00 |

Pelo exposto nas tabelas acima, observa-se toda a irregularidade descrita em relação à maximização do aproveitamento da área por conta da inserção da metragem das vias públicas no empreendimento e por ocasião da ausência de prévio parcelamento do solo, situação esta que, obrigatoriamente, deverá reduzir a área útil para instalação do empreendimento.

Percebe-se, no caso em análise, a exacerbação dos empreendedores no apossamento das áreas públicas, mediante, inclusive, a inserção (inérita) das Ruas XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX na área total do condomínio. É notória a vantagem privada decorrente da desobediência às regras urbanísticas de ordem pública.

Note-se que, não obstante a análise feita pelo Ministério Público nesta ação priorize a sua atenção à situação das Ruas XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e irregularidades urbanísticas decorrentes, verifica-se também que o Empreendimento, ao escusar-se da figura do parcelamento do solo urbano por ocasião da sua execução, não deu continuidade ao traçado da Rua XXXXXXXX, constituída por ocasião da aprovação do Loteamento XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (lado norte o terreno em análise), implicando maior aproveitamento das quadras 1 e 2 do empreendimento.

E é por isso que se ressalta, em atendimento aos princípios que regem a ordenação urbana, a indispensabilidade absoluta da aplicação das normas urbanísticas do parcelamento do solo urbano em relação ao empreendimento, em razão do significativo impacto urbanístico dele oriundo, devendo-se determinar a adequação do empreendimento, no primeiro momento, às normas urbanísticas, regidas pela Lei Federal n. 6.766/79, Lei Estadual n. 6.063/82 e Lei Municipal n. 1.787/80, além da CRFB/88 e do Estatuto da Cidade.

c.1) Hipótese de desmembramento

Não entendendo Vossa Excelência tratar-se de loteamento, o que não se acredita, diante de todos os fatos apontados, tem-se que, no mínimo, deveria ter ocorrido (e deve ocorrer) o destacamento das vias públicas da área total do imóvel, com a conseqüente divisão da gleba em quatro áreas, a fim de que os registros imobiliários correspondam à realidade e sejam atendidas as diretrizes urbanísticas.

Isso porque a figura jurídica do desmembramento compreende a hipótese de subdivisão de lotes para edificação sem a necessidade de abertura de novas vias de circulação, logradouros públicos ou alterações no sistema viário existente.

Nos termos do § 2º do art. 2º da Lei n. 6.766/79, a leitura que se faz à caracterização do instituto remete à preexistência, no local do empreendimento, de todos os equipamentos urbanísticos de interesse público necessários a sua correta urbanização, exigidos para a aprovação de um loteamento tanto naqueles voltados a fins institucionais, de equipamentos públicos, de sistema viário e de plano de arruamento quanto

à existência de áreas verdes, a serem aproveitados pela sociedade e pelo empreendimento em si a ser aprovado.

Outrossim, embora se aceite a hipótese de desmembramento do imóvel em novas quatro áreas (duas públicas e duas privadas), da mesma forma, não serão atendidos os pressupostos acima.

Aliás, tendo em vista se tratar de empreendimento de considerável impacto urbanístico e adensamento populacional, maior a necessidade da afetação de parte da área para o incremento de serviços públicos essenciais - como lazer, saúde, educação, entre outros - à respectiva zona urbana.

Cumpre salientar que tal exigência encontra sintonia e obediência ao disposto não apenas na Lei Federal n. 6.766/79, Estadual n. 6.063/82 e Municipal n. 1.787/80, como fundamentalmente no art. 2º, I, da Lei n. 10.257/01 - Estatuto da Cidade -, que preconiza que a política urbana tem como uma das diretrizes gerais garantir o direito à cidade sustentável, entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Dessa forma, observada a diretriz geral da garantia do direito de todos à sustentabilidade urbana, deverá, obrigatoriamente, atentar o empreendedor tanto para a função social da propriedade como também para a função social da cidade, que será atendida quando todos tiverem condições de viver com qualidade.

A incorporação da função social da cidade como preceito que deve balizar a política urbana à luz do desenvolvimento sustentável aponta para a construção de uma nova ética urbana no desempenho das atividades e funções da cidade, de modo que estas sejam destinadas à formação de uma cidade mais justa e humana, atendidos todos os componentes deste direito, mencionados no art 2º, I, do Estatuto da Cidade¹⁴.

d) Irregularidades decorrentes da não realização de prévio parcelamento do solo urbano e interferência da metragem das vias públicas inseridas na área total do empreendimento nos índices construtivos

14 JÚNIOR, Nelson Saule. *Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 53-55.

Afora os problemas de ordem urbanística decorrentes da ausência do parcelamento do solo urbano já analisados, o Empreendimento apresenta vários vícios insanáveis, oriundos de atos realizados em desacordo com a lei que o rege, seja no projeto aprovado, seja na execução, afetos às taxas de ocupação e coeficientes de aproveitamento, vícios estes identificados tanto para a hipótese de condomínio quanto para a situação de integrar o empreendimento um parcelamento do solo, sendo ambas as situações analisadas com base no Laudo Técnico 54/2012/CIP.

O Empreendimento foi projetado em atenção às diretrizes da Lei Complementar n. 126/07, que regulamenta a Lei Complementar n. 97/07 (PLANDETURES-L), possibilitando a adoção do instituto da operação urbana consorciada na Praia Brava, o qual possibilita, com a participação comunitária, a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, alterações de normas edilícias e regularização de obras irregulares, mediante contrapartida dos proprietários, usuários e investidores.

Muito embora reconhecida pelo TJ/SC, a inconstitucionalidade do art. 8º-A da Lei n. 97/07 (por intermédio da ADI n. 2011.031436-7 interposta pelo MP/SC), pelo fundamento da inserção do instituto (e conseqüente alteração dos índices) sem a devida participação popular, tem-se que a decisão do TJ/SC ainda não transitou em julgado, porquanto estão pendentes de análise recursos do Município e do Ministério Público.

Mesmo assim, frisa-se que já foi reconhecida a inconstitucionalidade pelo vício de elaboração, não sendo concedido efeito *ex nunc* à decisão. Assim, até o momento, a lei inconstitucional não produziu efeitos, sendo nulo (inexistente juridicamente) qualquer ato dela decorrente e nula qualquer norma que dela tenha se originado.

Como se não bastasse que o referido diploma legislativo (embora viciado e não legitimado) tenha possibilitado a ocupação maximizada dos imóveis da Praia Brava em decorrência dos parâmetros por ela fixados, beneficiando diretamente o Empreendimento, **acredite, Excelência, o projeto arquitetônico aprovado pela municipalidade permitiu a construção além do limite previsto por essa própria lei**, erigindo o empreendimento sem obedecer limites de uso e ocupação do imóvel, como bem identificaram os técnicos do Ministério Público Catarinense, por intermédio do Laudo Técnico 54/2012/CIP.

d. 1) A primeira situação de desrespeito aos parâmetros estabelecidos na Lei Complementar n. 126/07 e que interfere diretamente na extensão e densidade de ocupação pelo empreendimento é o fato de o imóvel estar situado em duas zonas diversas, Zona Residencial Especial (ZRE) e Zona de Preservação Permanente (ZPP), conforme classificação da Lei Municipal n. 2.543/89¹⁵.

De acordo com o art. 18, §§ 6º e 14, II, da Lei Municipal n. 2.543/89, para a ZRE e ZPP, são permitidos os seguintes usos:

ZRE

II - Usos:

a)Permitidos:

Habitação Unifamiliar (H1)

Habitação Coletiva (H2)

Comércio e Serviços Vicinais (CS1)

b) Permissíveis:

Comércio e Serviços de Bairro (CS2)

Comércio e Serviços Setoriais (CS3)

c)Proibidos:

Todos os demais

ZPP

II - Usos:

a)Permitidos:

Habitação Unifamiliar (H1)

b)Proibidos:

Todos os demais

[...]

Da mesma forma, os parâmetros de ocupação de cada zona vêm dispostos no Anexo 2 - A-B da Lei Municipal n. 2.543/89 e no Anexo I da Lei Complementar n. 126/07.

Nessa seara, verifica-se que o zoneamento tem como objetivo regular o uso da propriedade do solo no interesse do bem-estar da população, em consonância com o princípio da função social, uma vez que uma cidade que se desenvolve de forma desordenada gera grandes

¹⁵ Disponível em: <<http://novo.itajai.sc.gov.br/1/mapa>> Acesso em: 22 out. 2012.

prejuízos aos seus moradores.

Sendo assim, embora delimitados os usos de cada uma das zonas, no projeto do Empreendimento, utilizou-se irregularmente a Lei Complementar n. 126/2007 para definição dos parâmetros de ocupação, como se todo o lote estivesse em ZRE, ou seja, desconsiderando que parte do imóvel está inserido na ZPP.

A esse respeito, a Lei n. 2.543/89 prevê que o zoneamento constitui-se na divisão da área do Município em zonas, segundo sua destinação no contexto urbano-rural, “com a finalidade de ordenar o crescimento da cidade e o desenvolvimento do Município” (art. 13).

Por consequência, visando ao pleno ordenamento territorial, estabelece a referida Lei nos arts. 16 e 17:

Art. 16 - Os parâmetros de ocupação serão estabelecidos de acordo com a Tabela de Zoneamento anexa a esta Lei, conforme a respectiva zona.

Art. 17 - As zonas que possuem seus limites definidos por ruas perimetrais, assinaladas com um (asterisco), abrangerão os lotes que lhes façam divisa e que sejam externos ao perímetro citado.

§ 1º - As ruas não assinaladas serão consideradas divisoras de zonas, sendo que os lotes situados nos lados opostos de referidas ruas corresponderão às diferentes zonas.

§ 2º - A rua assinalada com asterisco prevalecerá sobre a rua não assinalada. (Grifou-se).

Outrossim, mesmo que se considerasse a divisão do imóvel nas zonas estabelecidas pela Lei Complementar n. 144/2008 (julgada inconstitucional) (ZRE, ZPL2 e ZPP1), da mesma forma não poderiam ser consideradas para implantação de unidades multifamiliares, porquanto essa ocupação só é permitida em ZRE.

Com isso, é forçoso concluir que, quando o imóvel situar-se em mais de uma zona, serão observados os parâmetros de uso e ocupação em relação à parcela situada no perímetro de cada uma, isoladamente, a não ser que haja dúvida acerca da localização, o que se resolverá na forma do art. 20 da Lei Mun. 2.543/89.

Todavia, não foi o que ocorreu, conforme identificado no Laudo Técnico 54/2012/CIP:

[...]

5.10 Dos Parâmetros de Uso e Ocupação

A importância da definição das zonas que abrangem a área do empreendimento está nas diferenças dos parâmetros de uso e ocupação do solo que decorrem de tal definição.

No projeto do Empreendimento utilizou-se irregularmente a Lei Complementar n. 126/2007 para definição dos parâmetros de ocupação, como se todo o lote estivesse em ZRE, ou seja, desconsiderando que parte do imóvel está inserido na ZPP.

Os parâmetros de usos e ocupação do solo definidos no Anexo I da Lei n. 126/2007, utilizados pelo empreendimento, só poderiam ser aplicados na área abrangida pela Zona ZRE, nas Quadras 1, 2 e 3, e não na área inserida na Zona ZPP.

A área de cada quadra, utilizada no presente Laudo, é apresentada na Tabela 3:

Tabela 3: Áreas das Quadras 1, 2 e 3, excetuando-se a ZPP e a Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

| ZRE | Área (m ²) |
|-------------------|------------------------|
| Quadra 1* | 10.474,00 |
| Quadra 2* | 14.834,00 |
| Quadra 3** | 47.871,14 |

* Valores obtidos do parecer técnico da Prefeitura Municipal de Itajaí (Anexo 3).

**Valor obtido excetuando-se as áreas da ZPP, das Quadras 1 e 2 e a área da Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (conforme consta na AV-XX-XX.XXX da Matrícula XX.XXX).

Assim, a seguir, faz-se a análise dos principais parâmetros de uso e ocupação, excluindo a área do empreendimento inserida na ZPP.

[...]

Pelo exposto, conclui-se que o empreendimento obteve vantagem em decorrência da inclusão da ZPP para o cálculo da ocupação referente às habitações multifamiliares, tendo também o Município incorrido em ilegalidade quando da aprovação do projeto, em total afronta à legislação municipal que regula a ocupação do solo.

d.2) Como consequência da situação acima e, haja vista que está se discutindo também a impropriedade da figura do condomínio, entendendo-se que deva o empreendimento adequar-se à ordem urbanística em respeito ao primado do público sobre o privado, sendo ajustado ao modelo de parcelamento do solo na modalidade de loteamento, com repercussão direta nos índices de ocupação e potencial construtivo, serão analisados, pontualmente, os vícios do empreendimento para ambas as hipóteses (condomínio e loteamento), considerada a exclusão da ZPP, o que facilitará a análise deste Juízo acerca das irregularidades ocorridas e benefícios auferidos pelo empreendedor.

A tal título, considerando a tecnicidade das informações constantes no Laudo Técnico 54/2012/CIP, é obrigatória a sua reprodução *ipsis litteris*.

- Empreendimento como condomínio - Taxa de ocupação e coeficiente de aproveitamento:

[...]

Assim, admitindo o empreendimento como Condomínio, as áreas das Quadras 1, 2 e 3, foram analisadas conforme ilustrado na Figura 13. Na Tabela 4 são apresentadas, comparativamente, as taxas de ocupação e coeficientes de aproveitamento máximo e as utilizadas pelo empreendimento nas Quadras 1, 2 e 3.



Figura 13: Representação das áreas computadas para os cálculos (em azul), que correspondem às Quadras 1, 2 e 3.

Tabela 4: Comparação entre as taxas de ocupação e coeficientes de aproveitamento máximo e as utilizadas nas Quadras 1, 2 e 3.

| ZRE | Área (m ²) | Taxa de Ocupação Máxima (m ²) | Taxa de Ocupação Utilizada* (m ²) | Coefficiente de Aproveitamento Máximo (m ²) | Coefficiente de Aproveitamento Utilizado* (m ²) |
|----------|------------------------|---|---|---|---|
| Quadra 1 | 10.474,00 | 3.490,98 | 975,33 | 20.948,00 | 975,33 |
| Quadra 2 | 14.634,00 | 4.944,17 | 7.523,52 | 44.502,00 | 60.086,99 |
| Quadra 3 | 47.671,14 | 14.361,34 | 27.964,70 | 191.484,56 | 133.180,47 |

*Valores obtidos da Planilha de Áreas aprovada em 11/12/2008, disponibilizada pelo Cartório de Registro de imóveis.

a) Na Quadra 1 a taxa de ocupação máxima é de 3.490,98m² e utilizou-se 975,33 m²; coeficiente de aproveitamento máximo é de 20.948,00m² e utilizou-se 975,33 m².

b) Na Quadra 2 a taxa de ocupação máxima é de 4.944,17m² e utilizou-se 7.523,52 m²; o coeficiente de aproveitamento máximo é de 44.502,00m² e utilizou-se 60.086,99 m².

c) Na Quadra 3 a taxa de ocupação máxima é de 14.361,34 m² e utilizou-se 27.964,70m²; o coeficiente de aproveitamento máximo é de 191.484,56 m² e utilizou-se 133.180,47 m².

Em síntese, a tabela anteriormente apresentada permite constatar que na Quadra 1 a taxa de ocupação e o coeficiente de aproveitamento utilizados estão dentro da área máxima permitida. Porém, **a taxa de ocupação e o coeficiente de aproveitamento da Quadra 2 e a taxa de ocupação da Quadra 3, utilizados pelo Empreendimento, estão acima do máximo permitido pela Lei n. 126/2007.**

No documento apresentado pelo empreendimento (fl. 40), justifica-se o coeficiente de aproveitamento da Quadra 2 acima do máximo permitido pela transferência da “sobra” do potencial construtivo utilizado na Quadra 1. Contudo, entende-se essa prática como irregular, pois acaba por infringir a determinação legal do coeficiente máximo de aproveitamento de 3 para a Quadra 2. Da mesma forma, constata-se (fl. 41) que houve, irregularmente, o somatório das áreas das Quadras 1 e 2, para justificar a taxa de ocupação acima do máximo permitido na Quadra 2, assim como o uso da ZPP para justificar a taxa de ocupação acima do máximo permitido na Quadra 3.

[...]

- Empreendimento como loteamento - Taxa de ocupação e coeficiente de aproveitamento:

[...]

Por outro lado, entendendo que o empreendimento trata-se de um parcelamento do solo, as áreas dos Lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 8 foram analisadas conforme ilustrado na Figura 14. Na Tabela 5 são apresentadas, comparativamente, as taxas de ocupação e coeficientes de aproveitamento máximo e os utilizados pelo empreendimento em cada um dos sete lotes existentes:



Figura 14: Representação das áreas computadas para os cálculos (em vermelho), que correspondem aos Lotes, 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 8.

Tabela 5: Comparação entre as taxas de ocupação e coeficientes de aproveitamento máximo e as utilizadas nos sete lotes existentes.

| ZRE | Área* (m ²) | Taxa de Ocupação Máxima (m ²) | Taxa de Ocupação Utilizada** (m ²) | Coefficiente de Aproveitamento Máximo (m ²) | Coefficiente de Aproveitamento Utilizado** (m ²) | |
|--------|-------------------------|---|--|---|--|-----------|
| Lote 1 | Quadra 1 | 4.321,50 | 1.440,36 | 487,67 | 8.643,00 | 487,67 |
| | Quadra 2 | 7.235,90 | 2.411,73 | 3.761,76 | 21.707,70 | 30.043,90 |
| Lote 2 | 8.639,65 | 2.651,96 | 5.776,66 | 35.359,40 | 27.461,76 | |
| Lote 3 | 9.007,62 | 2.702,29 | 5.776,66 | 36.030,48 | 27.461,76 | |
| Lote 4 | 8.281,94 | 2.484,58 | 5.776,66 | 33.127,76 | 27.461,76 | |
| Lote 5 | 9.045,65 | 2.713,70 | 5.776,66 | 36.162,60 | 27.461,76 | |
| Lote 6 | Quadra 1 | 4.150,00 | 1.383,20 | 487,67 | 8.300,00 | 487,67 |
| | Quadra 2 | 6.003,06 | 2.000,83 | 3.761,76 | 18.009,24 | 30.043,90 |
| Lote 8 | 8.382,45 | 2.514,74 | 4.858,10 | 33.569,80 | 21.333,43 | |

*Valores obtidos do croqui anexo ao Processo de Incorporação do Empreendimento disponibilizado pelo Cartório

de Registro de Imóveis. No Lote 8 foram desconsideradas as 6 Áreas Privativas Acessórias (APAs), por terem área inferior ao mínimo definido na Lei n. 6766/1979.

**Valores obtidos da Planilha de Áreas aprovada em 11/12/2008, disponibilizada pelo Cartório de Registro de Imóveis.

a) O Lote 1 está situado sobre as quadras 1 e 2, sendo 4.321,50 m² de sua área sobre a Quadra 1 e 7.235,90 m² sobre a Quadra 2. Assim:

- a parcela do **Lote 1**, situado sobre a **Quadra 1**, possui a taxa de ocupação máxima de 1.440,36 m² e utilizou-se 487,67 m²; o coeficiente de aproveitamento máximo é de 8.643,00 m² e utilizou-se 487,67 m².

- a parcela do **Lote 1**, situado sobre a **Quadra 2**, possui a taxa de ocupação máxima de 2.411,73 m² e utilizou-se 3.761,76 m²; o coeficiente de aproveitamento máximo é de 21.707,70 m² e utilizou-se 30.043,50 m².

b) O Lote 2 está situado sobre a Quadra 3, possui a taxa de ocupação máxima de 2.651,96 m² e utilizou-se 5.776,65 m²; o coeficiente de aproveitamento máximo é de 35.359,40 m² e utilizou-se 27.461,76 m².

c) O Lote 3 está situado sobre a Quadra 3, possui a taxa de ocupação máxima de 2.702,29 m² e utilizou-se 5.776,65 m²; o coeficiente de aproveitamento máximo é de 36.030,48 m² e utilizou-se 27.461,76 m².

d) O Lote 4 está situado sobre a Quadra 3, possui a taxa de ocupação máxima de 2.484,58 m² e utilizou-se 5.776,65 m²; o coeficiente de aproveitamento máximo é de 33.127,76 m² e utilizou-se 27.461,76 m².

e) O Lote 5 está situado sobre a Quadra 3, possui a taxa de ocupação máxima de 2.713,70 m² e utilizou-se 5.776,65 m²; o coeficiente de aproveitamento máximo é de 36.182,60 m² e utilizou-se 27.461,76 m².

f) O Lote 6 está situado sobre as Quadras 1 e 2, sendo 4.150,00 m² de sua área sobre a Quadra 1 e 6.003,08 m² sobre a Quadra 2. Assim:

- a parcela do **Lote 6**, situado sobre a **Quadra 1**, possui a taxa de ocupação máxima de 1.383,20 m² e utilizou-se 487,67 m²; o coeficiente de aproveitamento máximo é de 8.300,00 m² e utilizou-se 487,67 m².

- a parcela do **Lote 6**, situado sobre a **Quadra 2**, possui a taxa de ocupação máxima de 2.000,83 m² e utilizou-se 3.761,76 m²; o coeficiente de aproveitamento máximo é de 18.009,24 m² e utilizou-se 30.043,50 m².

g) O Lote 8 está situado sobre a Quadra 3, possui a taxa de

ocupação máxima de 2.514,74 m² e utilizou-se 4.858,10 m²; o coeficiente de aproveitamento máximo é de 33.569,80 m² e utilizou-se 23.333,43 m².

Ou seja, a tabela anteriormente apresentada permite constatar que a **taxa de ocupação e o coeficiente de aproveitamento utilizados pelo empreendimento na Quadra 2 das parcelas correspondentes dos Lotes 1 e 6 estão acima do máximo permitido pela Lei n. 126/2007.**

Constata-se, ainda, que a **taxa de ocupação, utilizada pelo empreendimento nos Lotes 2, 3, 4, 5 e 8, situados na Quadra 3, estão acima do máximo permitido pela Lei n. 126/2007.**

Diante dos apontamentos anteriormente, é notório que, qualquer que seja a modalidade considerada – loteamento ou condomínio edilício –, existem ilegalidades praticadas em prol do interesse particular do empreendedor, sendo indiscutível a necessidade de adequação do empreendimento, porquanto não observados sequer os limites impostos pela Lei Complementar n. 126/07.

d.3) Por conta da análise do projeto pela equipe técnica do Ministério Público, também houve a identificação de irregularidades em relação à laje do piso térreo e altura máxima de pavimento. Veja-se.

[...]

2. Laje do Piso Térreo:

A Lei n. 2.543/1989, que institui Normas para o Zoneamento e o Uso do Solo no Município de Itajaí, estabelece:

Art. 30 – Para os efeitos da presente Lei, considera-se embasamento os dois primeiros pavimentos construídos a partir do nível do solo (térreo mais um).

Parágrafo Único – A laje do piso do térreo será a que estiver no máximo a 1,20m (um metro e vinte centímetros) acima da menor cota medida sobre o alinhamento predial. (grifo nosso)

[...]

Contudo, **o nível máximo do piso do pavimento térreo não foi observado em diversas torres do empreendimento**, como, v.g., a Torre E1 do Setor 02, o piso do pavimento térreo está 2,40m (dois metros e quarenta centímetros) acima da cota máxima estabelecida.

3. *Altura Máxima do Pavimento:*

A referida Lei de Zoneamento define em seu art. 34:

[...]

§3º - Para efeito do cálculo do número máximo de pavimentos, a distância máxima entre os pisos é fixada em 3,60 (três metros e sessenta centímetros), com exceção do pavimento térreo, que poderá ter a altura máxima de 6,20m (seis metros e vinte centímetros), quando destinado a fins comerciais e de serviços.(grifo nosso)

Porém, **constatou-se que no projeto apresentado o pé-direito do pavimento térreo tem altura superior à permitida em todos os edifícios.** Para adotar altura acima de 3,60 m, o pavimento deveria ter fins comerciais e de serviços, conforme § 3º do art. 34, fato que não ocorre.

d.4) Da mesma forma, é clara a não observância, por ocasião da aprovação dos projetos e execução da obra, dos recuos definidos na Lei Municipal n. 2.543/89.

[...]

4. *Recuos Frontais, Laterais e de Fundos:*

A lei de Zoneamento define ainda:

O Art. 36 - Os recuos frontal, lateral e de fundos serão definidos pela distância da projeção ortogonal da edificação a cada uma das divisas do lote, medindo-se o recuo frontal a partir do alinhamento, existente ou projetado.

§1º - Quando o lote for de esquina, será considerado de duas frentes, tornando-se obrigatório, em ambas, o recuo frontal, inclusive nos pavimentos de sub-solo.(grifo nosso)

[...]

Observa-se na **prancha A01**, referente à Implantação Geral do Brava Beach Eco, aprovada em 11/12/2008, que há desobediência do recuo frontal nas edificações dos lotes frontais à alameda, onde o subsolo foi implantado no alinhamento ou próximo dele, desatendendo o § 1º, art. 36, Lei Municipal 2.543/89.

Além disso, com base na Lei n. 126/2007, “todos os imóveis construídos na primeira quadra, deverão respeitar o recuo mínimo frontal de 10 m”. Contudo, **o subsolo das edificações inseridas na Quadra 1 tem recuo inferior, desatendendo parcialmente o recuo frontal previsto de 10m para o local, inclusive no alinhamento com a Rua**XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Além disso, a tabela dos parâmetros de ocupação e parcelamento do solo, Anexo IIAB da Lei 2.543/89 e demais alterações, apresenta os índices construtivos para cada Zona de Uso. Na letra “d” das notas explicativas do Anexo IIAB informa o que segue:

“d) Recuo Frontal: Na torre deverá ser observado o recuo em função

da altura (70° do eixo da rua). A tabela apresenta os valores mínimos.”

A Lei 126/07 não trata do recuo frontal, assim permanece em vigor o definido na Lei 2.543/89, onde a nota deixa claro que o recuo frontal a adotar é o maior valor entre 5,00 m, valor do recuo frontal mínimo, e o valor determinado utilizando o ângulo de 70° a partir do eixo da rua.

Assim, conforme se observa na Figura 15, verificamos que em uma rua de 12,00 m de largura, as edificações com altura igual ou inferior a 30,22 m devem utilizar o recuo frontal de 5,00 m a partir do alinhamento frontal (Edifício 1 da Figura 15). As edificações com altura acima de 30,22 m deverão adotar recuo frontal superior.

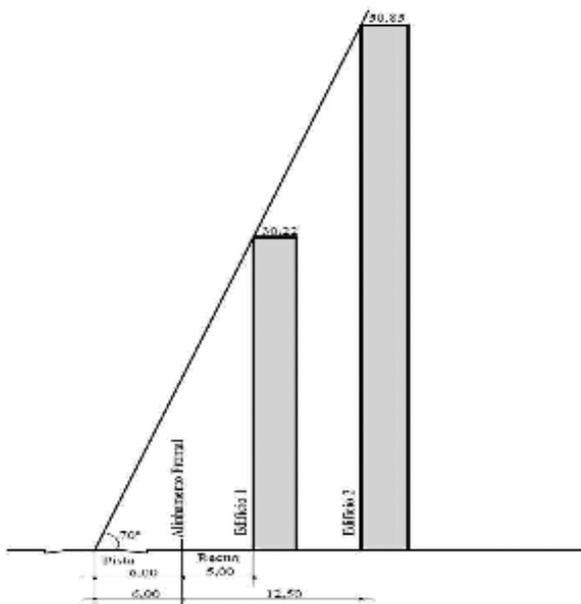


Figura 15: Representação do recuo frontal mínimo para edificações com até 30,22 m de altura (Edifício 1), e recuo frontal mínimo para um edifício com 50,85 m de altura (Edifício 2).

A maioria das edificações do Empreendimento deixaram de atender o recuo frontal, conforme especificado no item “d” da Tabela dos Parâmetros. Por exemplo, a altura informada da Torre E1, Setor 02, é de 50,85 m em relação ao passeio público. Isso determina que o recuo frontal da torre deveria ser de 12,50m do alinhamento, considerando a rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX com 12m de largura total (Edifício 2 da Figura 15). Contudo, na edificação foi adotado o recuo frontal de 5,00m do alinhamento, desrespeitando a legislação vigente. A mesma inconsistência ocorre na Torre E3, Setor 01, frontal à mesma rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, onde a altura informada é de 35,68 m em relação ao nível do passeio público. Seu recuo frontal deveria ser de 6,98 m do alinhamento, ou seja, 1,98 m além do recuo indicado em planta.

d.5) No que toca aos projetos aprovados, verifica-se que também foi extrapolado o número máximo de pavimentos fixados para as quadras onde está situado o imóvel, em notória afronta ao interesse público e visível prejuízo urbanístico, mormente em localidade com as características da Praia Brava.

[...]

As notas explicativas de uso do Anexo I da Lei 126/2007 informam que o “número máximo de pavimentos previsto para as edificações erigidas na segunda quadra, com terrenos superiores a 5.000m², poderá ser ampliado para 9 (nove) caso a proposta de construção obedeça a critérios arquitetônicos e urbanísticos que preservem a valorização do meio natural e que haja compatibilidade com a capacidade de suporte do sistema de circulação, aeração, insolação e dos equipamentos públicos existentes e da infra-estrutura instalada, além de outros critérios estabelecidos em regulamento”.

Em todas as edificações foram identificados pavimentos em número superior ao estabelecido em Lei. Por exemplo, a Torre E3 do Setor 01, onde é possível 9 (nove) pavimentos, conforme estabelecido no Anexo I da Lei 126/07, possui 11 pavimentos acima do subsolo. Entre o pavimento térreo e o primeiro tipo encontramos um pavimento denominado Mezanino, inserido mediante o uso de altura irregular do pé-direito no pavimento térreo. Da mesma forma, verifica-se acima da laje de forro do oitavo pavimento, denominado Duplex, encontra-se o Ático, o telhado foi elevado permitindo um pé-direito adequado para uso da laje de cobertura como piso do novo pavimento. Assim, os pavimentos denominados, respectivamente, Mezanino e

Ático, ultrapassam o número de pavimentos limitado em Lei. Esta situação está ilustrada na Figura 16.



Figura 16: Quadra 2 – Torre E3 - Avaliação número de pavimentos.

A mesma situação observa-se na Torre E1 do Setor 2, onde o Plandetures permite a construção de pavimento térreo + 12 pavimentos, mas a edificação possui 15 pavimentos acima do subsolo. Foram incluídos os pavimentos denominados, respectivamente, Mezanino e Ático. Situação ilustrada na Figura 17.



Figura 17: Quadra 3 - Torre E1 - Avaliação do número de pavimentos

e) Irregularidade quanto à taxa de permeabilidade estabelecida no PLANDETURES-L e área verde mínima prevista para o lote.

[...]

6. Área Permeável e Área Verde:

Quanto à permeabilidade do solo, a Lei n. 126/2007 determina no artigo 2º, § 3º, que: “Nas áreas destinadas a

permeabilidade do solo, constante no anexo I do Projeto de Lei Complementar n. 40/2007, deverão ser destinadas exclusivamente para esta função, não podendo ser edificado qualquer construção como por exemplo, área de lazer, playgrounds, piscinas, garagens, churrasqueiras, quadras poliesportivas, entre outros”.

A taxa de permeabilidade nas quadras 1 a 3, definida no Anexo I da Lei 126/07, é de 30% do lote, válida para todas as quadras.

O Decreto n. 8485/2008 regulamenta a Lei Complementar n. 126/07.

Nele são apresentadas diretrizes urbanísticas e ambientais obrigatórias para adoção dos dispositivos previstos no Planditures-L. As Diretrizes Ambientais diretamente relacionadas com o projeto arquitetônico são as citadas no art. 14, em que os instrumentos obrigatórios à sua concretização são apresentados.

Os instrumentos previstos nos itens IV e V do Parágrafo Único interferem nas áreas disponibilizadas no projeto arquitetônico, sendo obrigatória a previsão de 15% (quinze por cento) da área do lote como área verde, compostas por espécies nativas, e a adoção da acessibilidade universal para as edificações destinadas a uso não familiar e nas áreas comuns de edificações multifamiliares.

Assim, existem definidos dois percentuais obrigatórios de permeabilidade do solo. O primeiro, definido pelo Decreto n. 8485/08, no valor de 15% do lote como área verde, usado como instrumento para atender as diretrizes urbanísticas e ambientais. O segundo, definido pela Lei 126/07, no valor de 30% do lote. Isso significa que nenhuma construção poderá ocupar, impermeabilizar, mais de 70% do lote, inclusive o subsolo. E, nos 30% restante, o lote deve ser permeável e possuir 15% plantado com espécies nativas. A Tabela 6 demonstra as áreas dos lotes, as áreas edificadas sobre cada um e a taxa de impermeabilidade.

Tabela 6: Taxa de Impermeabilidade de cada lote, conforme projeto disponibilizado pelo Cartório de Registro de Imóveis.

| | *Área Lote | **Área Construída | **Área Computável | ***Área Par Têneo | Área Pavimentada | Taxa Impem |
|--------------------------|-------------------|-------------------|-------------------|-------------------|------------------|---------------|
| LOTE 01 | 11.557,40 | 51.345,65 | 30.513,16 | 3.726,97 | 11.253,77 | 97,37% |
| LOTE 02 | 9.739,65 | 46.455,51 | 27.461,76 | 2.346,18 | 9.455,16 | 96,65% |
| LOTE 03 | 9.007,62 | 46.541,75 | 27.461,76 | 2.347,18 | 9.535,00 | 95,01% |
| LOTE 04 | 9.291,54 | 45.775,31 | 27.461,76 | 2.346,18 | 7.791,56 | 94,08% |
| LOTE 05 | 9.045,65 | 46.967,43 | 27.461,76 | 2.346,18 | 8.953,73 | 98,21% |
| LOTE 06 | 10.153,08 | 50.120,09 | 30.513,16 | 3.726,97 | 10.028,21 | 98,77% |
| LOTE 09(Hotel+Ginásio) | 8.502,45 | 25.364,52 | 23.330,43 | 4.656,10 | 4.958,10 | 57,14% |
| SUBTOTAL LOTES | 85.367,99 | 312.500,71 | 164.206,76 | 21.708,76 | 59.828,53 | 91,50% |
| ÁREA VERDE | 56.251,00 | | | | | |
| PASSEIOS E VIAS | 10.245,01 | | | | | |
| TOTAL MATRICULADO | 131.864,00 | 312.500,71 | | | | |

Área Privativa (ou real) dos Lotes conforme indicado no Registro de Imóveis.

** Área Construída Total conforme Planilha de Áreas do Projeto Aprovado em 11/12/2008.

*** Área Construída Pavimento Térreo conforme Planilha de Áreas do Projeto Aprovado em 11/12/2008.

Observa-se que não foram atendidas as especificações previstas em Lei, pois **todos os lotes, exceto o Lote 08, estão com impermeabilização superior ao máximo de 70% previsto em Lei.** O índice de permeabilidade geral dos lotes, considerando a hipótese de parcelamento de solos, é de 8,50%, desatendendo os limites definidos na Lei 126/07, em que se prevê o mínimo de 30%.

[...].

IV - DOS VÍCIOS DO ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA

Como dito no início da presente peça, ao empresa Empreendimento trata-se de um empreendimento de grande porte composto, em sua primeira etapa, por 6 (seis) condomínios, somando vinte edificações, comportando, apenas nesta, 816 (oitocentos e dezesseis) unidades residenciais, o que implicará numa população adicional para o Município de Itajaí (com impacto também para Balneário Camboriú) de aproximadamente 5.220 habitantes, gerando, a título exemplificativo, um consumo diário de água de 876.010 litros/dia, conforme Estudo Ambiental Simplificado (EAS) apresentado pelo empreendedor (doc. 16).

A Lei Complementar n. 94/2006, que institui o Plano Diretor de Gestão e Desenvolvimento Territorial de Itajaí, estabelece, na subseção X, acerca do Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV):

Art. 138. Os empreendimentos de impacto, adicionalmente ao cumprimento dos demais requisitos previstos na legislação urbanística, terão a sua aprovação condicionada à elaboração e aprovação de Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança - EIV, a ser apreciado pelos órgãos competentes da Administração Municipal e seu respectivo RIV - Relatório de Impacto de Vizinhança.

§ 1º Para os fins do disposto no caput, considera-se empreendimento de impacto aquele que, público ou privado,

possa causar impacto no ambiente natural ou construído, sobrecarga na capacidade de atendimento da infra-estrutura básica ou ter repercussão ambiental ou no patrimônio cultural de forma significativa.

§ 2º Lei específica determinará quais são os empreendimentos considerados de impacto que se trata neste artigo, considerando a Legislação Ambiental vigente.

Art. 139. O Estudo de Impacto de Vizinhança - EIV deverá considerar o sistema de transportes, o meio ambiente, o patrimônio cultural, a infra-estrutura básica, a estrutura sócio-econômica e os padrões funcionais e urbanísticos de vizinhança, além de contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e em suas proximidades, incluindo a análise, dentre outros, das seguintes questões:

I - adensamento populacional;

II - equipamentos urbanos e comunitários;

III - uso e ocupação do solo;

IV - valorização imobiliária;

V - geração de tráfego e demanda por transporte público;

VI - ventilação e iluminação;

VII - paisagem urbana e patrimônio natural e cultural;

VIII - definição das medidas mitigadoras e compensatórias dos impactos negativos, bem como daquelas potencializadoras dos impactos positivos;

IX - potencialidade de concentração de atividades similares na área;

X - a potencial indução de desenvolvimento e o caráter estruturante no município; XI - impacto sobre a habitação e sobre as atividades dos moradores e dos usuários da área de intervenção;

XII - impactos no sistema de saneamento ambiental, abastecimento de água, energia e comunicação.

Parágrafo único. O órgão competente do Poder Executivo Municipal poderá exigir requisitos adicionais, em face das peculiaridades do empreendimento ou da atividade, bem como das características específicas da área, desde que tecnicamente justificada.

Art. 140. O Poder Executivo, baseado no Estudo de Impacto de Vizinhança - EIV, poderá negar autorização para a realização do empreendimento ou exigir do empreendedor,

às suas expensas, as medidas atenuadoras, mitigatórias e compensatórias relativas aos impactos previsíveis decorrentes da implantação da atividade.

§ 1º O Poder Executivo, para eliminar ou minimizar impactos negativos a serem gerados pelo empreendimento, deverá exigir a adoção das alterações e complementações necessárias ao projeto como condição de sua aprovação, bem como a execução de melhorias na infra-estrutura urbana e nos equipamentos comunitários, tais como:
I - ampliação das redes de infra-estrutura;

II - área de terreno ou área edificada para instalação de equipamentos comunitários em percentual compatível com o necessário para o atendimento da demanda a ser gerada pelo empreendimento;

III - ampliação e adequação do sistema viário e do sistema de transporte público coletivo;

IV - proteção acústica, uso de filtros e outros procedimentos que minimizem incômodos da atividade;

V - manutenção de imóveis, fachadas ou outros elementos arquitetônicos, patrimônios naturais ou culturais, bem como

VI - cotas de emprego e cursos de capacitação profissional, entre outros programas de inclusão social e geração de emprego e renda;

VII - implantação de habitação de interesse social;

VIII - construção de equipamentos sociais preferencialmente nas áreas adjacentes ao empreendimento.

§ 2º As exigências previstas no §1º deverão ser proporcionais ao porte e ao impacto do empreendimento.

§ 3º As medidas compensatórias adicionais indicadas pelo órgão competente deverão ser proporcionais ao impacto gerado pelo empreendimento.

§ 4º A aprovação do empreendimento ficará condicionada à assinatura de termo de compromisso pelo interessado, por meio do qual esse se comprometa a arcar integralmente com as despesas relativas às obras e aos serviços necessários à minimização dos impactos decorrentes da implantação do empreendimento e demais exigências apontadas pelo Poder Executivo, antes da finalização do empreendimento.

§ 5º O certificado de conclusão da obra ou o alvará de funcionamento só serão emitidos mediante comprovação da conclusão das obras previstas no §4º.

Art. 141. A elaboração do EIV não substitui o licenciamento ambiental requerido nos termos da legislação ambiental.

Art. 142. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes

do EIV e do Relatório de Impacto de Vizinhança - RIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão municipal competente, biblioteca pública ou arquivo público, por qualquer interessado.

§ 1º Serão fornecidas cópias do EIV/RIV quando solicitadas pelas associações de moradores da área afetada ou por suas associações.
§ 2º O órgão responsável pela análise do EIV realizará audiência pública, na forma da lei.

Art. 143. Os projetos de empreendimentos de impacto serão inicialmente analisados pelo órgão municipal competente no que pertine à legislação urbanística em geral e, em seguida, os respectivos EIVs serão submetidos, por competência, aos órgãos colegiados de composição paritária.

Conforme detalhadamente discorrido no Laudo Técnico n. 54/2012/CIP, não obstante tenha sido relegada, por força do disposto no § 2º do art. 138, para lei específica, a tarefa de discriminar os empreendimentos sujeitos ao EIV é incontestável, pela suas dimensões, a submissão do empreendimento em questão à hipótese de significativo impacto ao ambiente natural e construído do Município, tendo os empreendedores apresentado o Estudo, inclusive atendendo solicitação do Ministério Público. Cumpre destacar que o Estudo foi apresentado, em junho de 2011, com as obras dos dois condomínios em andamento (doc. 17).

É sabido que o EIV não é um estudo meramente figurativo, mas possui a importantíssima função de apresentar detalhadamente o empreendimento, com uma análise ponderada dos seus efeitos positivos e negativos na região de abrangência do Município, de forma a possibilitar a verificação dos impactos, viabilidade de implantação e, em caso positivo, adoção das adequações e medidas mitigadoras necessárias.

O referido estudo apresenta vícios gravíssimos e irreparáveis, conforme será detalhado a seguir, a serem objeto de análise pericial confirmatória, caso necessário.

Serão apresentados os vícios discriminados no Laudo Técnico 54/2012/CIP, que deverão sujeitar o empreendimento a indispensáveis adequações de ordem urbanística. Veja-se.

a) Da divergência entre a taxa de ocupação informada no EIV e aquela aprovada pelo Município (Alvará n. 885 – doc. 18).

[...]

Alguns dados apresentados na identificação do Empreendimento são divergentes dos aprovados e licenciados no processo n. 885, de dezembro de 2008. Por exemplo, a taxa de ocupação informada no EIV, em torno de 16% (dezesseis por cento) é inferior à taxa aprovada, de aproximadamente 27% (vinte e sete por cento). A área total construída informada no EIV, de 330.377,66 m², diverge da aprovada e licenciada especificada em 312.500,71m².

Afinal, o projeto do empreendimento possui área construída de 330.377,66m² ou 312.500,71m²? Tal indagação deverá ser esclarecida por ocasião de perícia técnica a ser determinada pelo Juízo.

b) Da incerteza acerca dos impactos gerados pelo empreendimento ao sistema coletivo de tratamento em fase de implantação, na hipótese de ausência de sistema coletivo alternativo próprio.

[...]

Na caracterização, produção e destinação dos Efluentes Líquidos, o EIV apresenta a produção de 700.000 l/dia de efluentes (esgoto doméstico) gerados no empreendimento com necessidade de tratamento, informando que a Estação Pública de Tratamento de Efluentes – ETE encontra-se em fase de instalação.

Devido ao volume e ao elevado potencial poluidor do esgoto doméstico oriundo do Empreendimento é de vital importância, para esta Coordenadoria de Assessoramento Técnico, que as redes coletoras públicas e a estação de tratamento de esgoto estejam com os respectivos licenciamentos ambientais e em pleno funcionamento, antes da ocupação do empreendimento.

O EIV informa, também, que a referida ETE, para onde será destinado o efluente líquido do empreendimento, localiza-se no Bairro Cidade Nova.

O Bairro Cidade Nova encontra-se a 10Km da Praia Brava, ao longo de uma topografia acidentada, fato que preocupa, pois onera os custos das obras e dificulta sua execução. **A concessionária pública deve emitir documento informando ter condições de receber no sistema o novo incremento proposto no projeto e a partir de quando.** Esta medida é fundamental para garantia e preservação ambiental da região.

Na opção do tratamento em Estação própria, o Empreendedor deverá providenciar, antecipadamente, a aprovação e os licenciamentos da estação, leito de secagem e disposição final dos efluentes tratados.

O esgoto doméstico produzido no Empreendimento é um elemento de elevado impacto negativo na região, sendo necessária a adoção de medidas mitigadoras.

Acerca do assunto, a Fundação do Meio Ambiente (FATMA) informou, por meio do Parecer Técnico n. 232/2012 CODAM CFI, que “a empresa não está adotando nenhuma medida para outro cenário diferente deste, qual seja a possibilidade da rede municipal não ser concluída até o mês de setembro de 2014”.

c) Dos impactos de insolação e sombreamento.

[...]

Estudo da Insolação e Sombreamento do Empreendimento foi apresentado no trabalho em forma de imagens de maquetes eletrônicas, simulando a insolação e o sombreamento em diversas datas do ano e durante diversos horários do dia. Contudo, observa-se que o EIV não fez qualquer comentário sobre as simulações, além disso, não houve simulação nos meses de janeiro e fevereiro, meses considerados de alta temporada, de uso turístico intenso.

O mês de dezembro, representado no EIV, integrante dos meses da alta temporada, mostrou sombreamento intenso nas edificações localizadas ao norte do empreendimento, **ocasionando início de sombreamento próximo à orla a partir das 17h, pois com o horário de verão praticado na região, o local tem possibilidade de uso normal até às 19h ou mais.** Assim, o sombreamento causado pelo Empreendimento na alta temporada é potencialmente conflitante com a atividade de Turismo Sol e Mar existente na Praia Brava. (Grifei)

Representando os meses de inverno, o estudo simulou o sombreamento no mês de junho. O resultado foi a identificação de sombreamento nas edificações localizadas ao sul do Empreendimento durante a maior parte do dia, considera-se de impacto negativo a proximidade das edificações junto às divisas norte e sul, sendo necessária a adoção de medidas mitigadoras ou compensatórias.

Embora o art. 8º da LC n. 97/07, que institui o Plandetures-L, e a LC n. 126/07, dela oriunda, autorizem a construção de habitações multifamiliares nas quadras 1 e 2 do empreendimento e próximas à orla,

como já discorrido, aquele foi declarado inconstitucional pelo TJ/SC, estando pendente de julgamento se a decisão citada produziu efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*.

De toda sorte, deverá ser analisado, por perícia técnica, em primeiro lugar, se os impactos gerados e descritos no EIV correspondem aos decorrentes da implantação de edificações na respectiva área, detalhando possíveis impactos eventualmente não previstos quanto à insolação e ao sombreamento (doc. 23).

Caso não tenham sido considerados corretamente os impactos das edificações em razão do sombreamento gerado, conseqüentemente deverão ser determinadas medidas de adequação, mitigadoras ou compensatórias, com o intuito de afastar prejuízos à disposição da incidência solar na orla, primando-se o interesse público de fruição da praia ao interesse privado do empreendimento.

d) Dos impactos nos equipamentos públicos urbanos.

[...]

EIV indica inúmeras deficiências nos Equipamentos Urbanos e Comunitários da região. O responsável pelo levantamento diz que a infraestrutura do Boulevard, juntamente com a área comercial do Empreendimento, compensa algumas carências como praças e bancos para os moradores e usuários.

Entende-se, com isso, que o estudo está avaliando apenas as carências dos usuários do empreendimento em relação à vizinhança. Na realidade, a avaliação deve ser contrária, esclarecendo quais os impactos e as respectivas medidas mitigatórias que devem ser adotadas para sanar as carências identificadas na região.

Verifica-se, ainda, que alguns dos equipamentos elencados necessitam de áreas institucionais para sua implantação, tais como parques, praças, posto policial, creches, centro de atividades culturais etc. Contudo, conforme constatado no item 5.7, não há destinação de áreas públicas, logo o empreendimento não contribui para a solução dos problemas da região.

e) Do impacto à mobilidade urbana na região de influência.

[...]

Na avaliação do Sistema Viário e de Transporte o EIV afirma que haverá **sobrecarga no fluxo viário da região com a implantação do Empreendimento.**

Indica, também, uma **insuficiência no sistema de transporte público atual e no número de vagas de estacionamento público.** Ainda assim, o estudo diz que as vagas de estacionamento privativas suprem a necessidade do empreendimento, informando que para acessar os estacionamentos do condomínio, as vagas de estacionamento públicas deverão ser eliminadas junto às rampas de acesso de cada Condomínio. Relata ainda que para o acesso dos ônibus ao hotel será necessária a eliminação das vagas de estacionamento públicas de um dos lados a Rua
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Ora, todas as medidas mitigadoras propostas para os conflitos viários são dirigidas ao ente público. Mesmo apontando o empreendimento como responsável pelo agravamento de algumas situações, como redução de vagas de estacionamento público, aumento do fluxo de veículos etc., o EIV aponta como única responsável para a solução dos problemas a Administração Pública.

Não foi proposta nenhuma medida de alargamento viário frontal ao empreendimento para criação de vagas extras de estacionamento como medida de compensação para as vagas eliminadas, ou a modificação dos acessos ao subsolo dos condomínios para as vias secundárias, facilitando a mobilidade, ou, ainda, o alargamento da Rua
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, facilitando o trânsito dos ônibus turísticos sem interferência nas vagas de estacionamento públicas. É importante ressaltar que a Instrução Normativa de agosto de 2008 fixa Diretrizes Urbanísticas para Edificações com base na Lei Complementar n. 126/07, e no art. 1º, inciso X, diz que “deverá ser respeitada a faixa máxima de 5 (cinco) metros no recuo frontal, nos terrenos da quadra 1 para implantação de estacionamento externo”. Esta Instrução Normativa não foi cumprida pelo empreendedor.

O anel viário proposto para ligar a Praia Brava com a BR 101, para mitigar questões ligadas à mobilidade no sistema viário, é entendida pela Coordenadoria de Assessoramento Técnico como uma medida importante e mitigadora da mobilidade no sentido leste-oeste. Porém, **os problemas de mobilidade paralelamente à orla, já existentes e agravados pela implantação do Empreendimento, conforme constatado no EIV, não foram solucionados,** visto que o deslocamento previsto continuará a ocorrer

apenas pelas Ruas XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Por fim, diante da evidente necessidade de investimentos para corrigir os efeitos negativos que provavelmente ocorrerão, o EIV permite concluir que a não identificação prévia de impactos de vizinhança significou a perda de uma grande oportunidade da Prefeitura Municipal de Itajaí de exigir medidas compensatórias do Empreendimento. Assim, **perdeu-se a principal finalidade de aplicação do EIV, de impor condicionantes à aprovação do projeto de modo a minimizar os impactos causados pelo empreendimento sobre a região da Praia Brava.**

A questão da mobilidade urbana, na região de influência do empreendimento, talvez seja o ponto mais importante a ser objeto de detalhada análise em perícia técnica quanto aos impactos e eventuais prejuízos gerados e futuros em razão do empreendimento, considerando a sua relevância e direta interferência no cotidiano dos moradores.

Nota-se que o projeto aprovado pelo Município prevê, afora as 20 edificações e seus 816 apartamentos, a construção concomitante de um Hotel com aproximadamente 500 quartos, além de um setor comercial em fase de detalhamento. Indaga-se: A Praia Brava possui infraestrutura para tudo isso? Ao que tudo indica, a resposta é negativa.

Pelo que foi apresentado pelo empreendedor no EIV, o real impacto no entorno foi minimizado ou mesmo omitido, dificultando a análise das medidas e adequações necessárias que devem ser adotadas pelo empreendimento. Também, ao que tudo indica, a municipalidade não empreendeu esforços para mensurar as consequências da instalação de um condomínio de grande porte na localidade da Praia Brava. Assim, é inevitável que tais impactos sejam delimitados por meio de perícia.

V - DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE NATURAL

a) Danos ao Bioma de Mata Atlântica - Compensação da vegetação suprimida (restinga arbórea e arbustiva) por outra vegetação (vegetação ombrófila densa), sem as mesmas características ecológicas daquela (art. 17 c/c art. 35 da Lei n. 11.428/06)

A Lei do Bioma Mata Atlântica determina, em seu art. 17, que a compensação da área desmatada deve ocorrer em área equivalente (igual redação decorre do disposto no Decreto 5.300/04).

Art. 17. O corte ou a supressão de vegetação primária ou secundária nos estágios médio ou avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica, autorizados por esta Lei, ficam condicionados à compensação ambiental, na forma da destinação de área equivalente à extensão da área desmatada, **com as mesmas características ecológicas**, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica, e, nos casos previstos nos arts. 30 e 31, ambos desta Lei, em áreas localizadas no mesmo Município ou região metropolitana. (Grifou-se).

Tal imperativo legal foi descumprido pelos empreendedores, considerando que a vegetação suprimida, na porção plana do terreno, conforme inventário florestal apresentado pelo empreendedor por ocasião do EAS, era de espécie restinga arbórea no estágio médio e arbustiva em estágio avançado.

Essa vegetação foi compensada por Floresta Ombrófila Densa em estágios médio e avançado de desenvolvimento, situada em Zona Rural do Município de Itajaí, conforme Matrícula n. 26.853 do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Itajaí (doc. 19). Segue mapa correspondente à compensação:

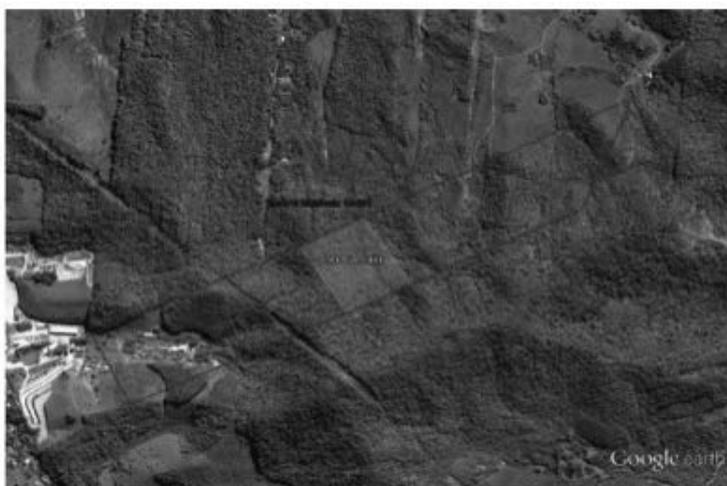


Figura 9: Propriedade de Nabor Afonso Arruda Coelho, na Zona Rural de Itajaí, com área total de 528.828m². A Área de Compensação do Brava Beach (em destaque) foi averbada na matrícula como "Reserva Florestal Legal" com 75.457,51m².

Tal fato representa evidente prejuízo ambiental ao bioma suprimido (restinga), uma vez que não está compensado, situação que também deverá ser reparada, porquanto está em desacordo com as diretrizes da lei que protege o Bioma Mata Atlântica.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

I - DA ORDEM URBANÍSTICA

- O Constituinte de 1988, de forma pioneira, incluiu no texto constitucional um capítulo para dispor sobre a Política Urbana, artigos 182 e 183, no qual estabeleceu, em linhas gerais, as diretrizes para o processo de urbanização, atribuindo, por exemplo, competência aos Municípios para elaborar e implantar sua “política de desenvolvimento urbano, conforme diretrizes gerais fixadas em lei”, tendo por objetivo “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

De acordo com José Afonso da Silva, expoente em matéria urbanística, fez-se necessária a origem do *urbanismo*, como técnica e ciência, para possibilitar a correção dos desequilíbrios urbanos nascidos com a urbanização e agravados pela chamada “explosão urbana” do nosso tempo, em outras palavras, definiu que “[...]o urbanismo objetiva a organização dos espaços habitáveis visando à realização da qualidade de vida humana”¹⁶.

Desse modo, tendo em vista que da atividade urbanística decorre a intervenção do Poder Público na propriedade privada, Silva¹⁷ esclarece:

A atuação urbanística do poder público gera conflitos entre o interesse coletivo à ordenação adequada do espaço físico para o melhor exercício das funções sociais da cidade, e os interesses dos proprietários, que se concretizam em que seja aproveitável toda a superfície de seus lotes, e desejam edificar todo o seu terreno e nele construir o máximo volume, fundado no espírito de lucro e numa concepção individualista da propriedade como direito absoluto. Em consequência, o proprietário particular sempre se oporá a que se limite o volume edificável de seu terreno ou a que

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 31.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 35.

se dediquem a espaços livres superfícies superiores àquelas que sejam indispensáveis para facilitar uma exploração mais completa do solo de que seja titular, conforme bem realçou Rafael Gomez-Ferrer Morant em sua monografia sobre os problemas jurídicos das áreas verdes e espaços livres.

A composição desses conflitos de interesse urbanístico é função da lei, e na medida em que a atividade urbanística se faz mais necessária e intensa vão surgindo normas jurídicas para regulá-la e fundamentar a intervenção no domínio privado. Essas normas, que agora recebem sistematização e unidade com a promulgação do Estatuto da Cidade, instituído pela Lei 10.257, de 10.7.2001, é que, em seu conjunto, constituem o que a teoria jurídica denomina de “direito urbanístico”, em seu sentido objetivo.

Com esse escopo, então, foi editada a Lei n. 10.257/2001 – Estatuto da Cidade -, que estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, além do equilíbrio ambiental.

O referido diploma traz as diretrizes que devem nortear a política urbana:

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

- a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
- b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
- c) **o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;**
- d) **a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;**
- e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
- f) a deterioração das áreas urbanizadas;
- g) a poluição e a degradação ambiental;
- h) a exposição da população a riscos de desastres.

VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

XIV - regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

XV - simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

XVI - isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social. (Grifou-se).

Diante de todos os fatos que foram narrados e considerando as circunstâncias da aprovação e implantação do Empreendimento e os demais condomínios que o integram, é notória a dissonância da ocupação pretendida com as normas urbanísticas, em especial o Estatuto da Cidade, Plano Diretor de Itajaí (LC n. 94/2006¹⁸), Lei do Zoneamento

18 Art. 7º As funções sociais da cidade de Itajaí correspondem ao direito de todos ao acesso à terra urbana, moradia, saneamento ambiental, conservação ambiental, transporte, saúde, educação, assistência social, esporte, lazer, turismo, segurança, trabalho e renda, bem como a espaços públicos, equipamentos, infra-estrutura e serviços urbanos, ao patrimônio ambiental e cultural da cidade. Art. 8º A propriedade cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais da ordenação da cidade expressas neste Plano Diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas na legislação urbanística e quando for utilizada para:

I-habitação, especialmente de interesse social;

II-atividades econômicas geradoras de trabalho, emprego e renda;

III-proteção e preservação do meio ambiente;

IV-proteção e preservação do patrimônio cultural;

V-equipamentos e serviços públicos;

VI-uso e ocupações do solo compatíveis com a infra-estrutura urbana disponível e coerentes com a vocação local. Parágrafo único. A atuação do Poder Público deverá garantir o cumprimento, pelo proprietário, das condições estabelecidas ao exercício do direito de propriedade, em função do interesse social.

Art. 9º A sustentabilidade é entendida como o desenvolvimento local equilibrado nas dimensões sociais, econômica e ambiental, embasado nos valores culturais e no fortalecimento político-institucional, orientado para a melhoria contínua da qualidade de vida das gerações presentes e futuras, apoiando-se:

I-na promoção da cidadania, da justiça social, compreendida como garantia de acesso a bens, serviços e políticas sociais a todos os munícipes, e na redução das desigualdades sociais e regionais;

II-no direito à Cidade para todos, compreendendo o direito à terra urbana, à moradia digna, ao saneamento, à infra-estrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer;

III-transferência para a coletividade de parte da valorização econômica inerente à urbanização;

IV-na valorização e requalificação dos espaços públicos;

V-na universalização da mobilidade e acessibilidade, com prioridade ao transporte coletivo público;

VI-na ampliação das oportunidades por meio do trabalho, da educação e da cultura;

VII-na melhoria da qualidade de vida por meio da promoção da saúde coletiva, do saneamento básico ambiental e do patrimônio cultural;

VIII-na recuperação, proteção, conservação, preservação e educação do ambiente natural e do patrimônio cultural;

IX-na potencialização da criatividade e do empreendedorismo para o desenvolvimento da economia, da cultura, do turismo, do lazer e dos esportes, por meio de parcerias público-privadas e a partir de iniciativas de movimentos sociais e da sociedade civil;

X - no incentivo ao desenvolvimento das atividades econômicas geradoras de emprego, trabalho e renda;

XI - no incentivo e fomento à atividade econômica de forma articulada com os demais municípios da Região Metropolitana.

(Lei Mun. 2.543/89) e Lei Complementar n. 126/07 (Plandetures), as quais regulam o uso e ocupação do solo urbano.

Os fatos apontados e a legislação mencionada demonstram a necessidade de que o Poder Judiciário intervenha, preventiva e repressivamente, no sentido de que não continue o empreendimento a ser erigido de forma irregular, até porque o Município permanece alheio à continuidade das obras, que afrontam os usos e parâmetros determinados pela legislação municipal já mencionada, possuindo vícios gravíssimos, detalhados em tópicos anteriores.

Não se trata, vale destacar, de interferência indevida do Poder Judiciário, ao contrário. Sendo notória a existência de um empreendimento irregular, que não observou a legislação que o rege e vem causando irreparável prejuízo à ordem urbanística de Itajaí, inclusive, é bom ressaltar, com comércio de unidades habitacionais a terceiros que provavelmente visualizam o condomínio como isento de irregularidades, tem o Judiciário o dever de paralisar a ilegalidade e determinar adequação dos projetos conforme a lei.

É nesse sentido que caminha o Superior Tribunal de Justiça, do qual se retira importante lição do Min. Herman Benjamin:

O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável. [STJ. REsp 302906/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26/8/2010 (Grifou-se)]

Assim, é imprescindível a necessidade de uma intervenção firme, que cesse as irregularidades que, não de hoje, ocorrem na localidade da Praia Brava, a fim de que uma nova cultura de obediência às leis urbanísticas se estabeleça, sob pena de ver-se nascer grave precedente, capaz de disseminar a ocupação desordenada dos espaços ainda não urbanizados de Itajaí.

- Por sua vez, verificou-se que o projeto arquitetônico do empre-

endimento foi elaborado e aprovado ilegalmente, porquanto em desobediência às leis municipais, conforme detalhado nos itens “c” e “d”. Consequentemente, o ato administrativo decorrente dessa aprovação, Alvará de Construção n. 885, é nulo.

Acerca do ato nulo, leciona Meirelles¹⁹:

Ato nulo: é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser *explícita* ou *virtual*. É *explícita* quando a lei a comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é *virtual* quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos da Direito Público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer desses casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei.

Sobre o mesmo assunto:

É inválida, *ex tunc*, por nulidade absoluta decorrente de vício congênito, a autorização ou licença urbanístico-ambiental que ignore ou descumpra as exigências estabelecidas por lei e atos normativos federais, estaduais e municipais, não produzindo os efeitos que lhe são ordinariamente próprios (*quod nullum est, nullum producit effectum*), nem admitindo confirmação ou convalidação. (STJ. Resp 769753/SC. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. j. 8/9/2009).

Além disso, não há como falar em convalidação do ato, uma vez que essa alternativa só é admitida nos casos em que não ocorra prejuízo ou lesão ao interesse público (Lei Federal n. 9.784/99), o que notoriamente não é o caso dos autos. Ademais, não se cogita falar na manutenção de atos ilegais, sob pena de preponderar-se o interesse privado ao público.

No contexto abordado nos autos, de busca da reparação da afronta aos ditames da ordem urbanística e transgressão de normas, em especial municipais, com o fito de visualizar-se a importância do assunto em litígio, não há como deixar de transcrever inafastáveis ponderações do ilustre Ministro do STJ, Herman Benjamin, sumidade no direito ambiental-urbanístico, em voto-vista no Resp. 302.906/SP:

[...]

Acentue-se, como acima adiantamos, que a presente demanda surge não nos primórdios da proteção jurídica

¹⁹ **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2012. p. 182.

do meio ambiente e da qualidade de vida urbana, mas em momento de madurez dessa legislação, no qual se valorizam cada vez mais os predicados da sustentabilidade urbano-ambiental da cidade, acontecimento que se agasalha no crescente interesse pela chamada *Ecologia da Paisagem*, sobretudo em áreas urbanas degradadas, mas ainda pontilhadas de manchas e corredores verdes, formando mosaicos saudáveis, que clamam por atenção e respeito dos órgãos públicos e empreendedores privados.

Aqui se sobrepõem – e convivem natural e harmoniosamente – duas ordens ou microssistemas normativos de controle do direito de construir: um estabelecido pelo Poder Público e outro, mais rigoroso, moldado pelos particulares. Claro, repita-se pela enésima vez, *a primazia é da lei municipal naquilo que melhor proteger a qualidade de vida, a cidade e o meio ambiente, natural e artificial*. Mas o sistema instituído no Brasil também convida os membros da coletividade, em espírito de solidariedade e desprendimento, a reduzir, voluntariamente, as potencialidades econômicas do seu direito de construir e de lucro com o que é seu, com o desiderato de ampliar o valor e conteúdo urbanístico-ambiental de seus imóveis, fazendo-o em benefício próprio e também da comunidade como um todo e até das gerações futuras.

[...]

O que se tem, diante de nós, é fácil de descrever para o leigo, sem necessidade de buscar – como temos sido obrigados a fazer neste Voto – teorias jurídicas complexas e institutos de nomenclatura esquisita, só compreensíveis aos iniciados. Leigos, neste processo, são todos os milhares de lindeiros próximos e vizinhos remotos da obra embargada que, pelas mesmas razões que a empresa CCK afirma desconhecer, deixaram de construir em seus terrenos, conservaram suas residências unifamiliares, resistindo à tentação – que, no Brasil, amiúde compensa – de enfrentar a lei e a oposição dos que se sentem prejudicados para edificar mais do que o permitido, ou de modo diverso do permitido.

Para essa população ordeira e agredida, a presente demanda pode ser resumida na luta entre os cumpridores e os infratores da lei, estes, mais à frente, por vezes com o amparo do Poder Judiciário, rebatizados de expertos, corajosos e empreendedores. Mas não passam de atrevidos. Felizmente, pelo menos nesta demanda, se pode clamar que ainda há juízes! Pois em primeira e segunda instâncias se soube resgatar a marca da cidadania que são as obrigações assumidas por particulares em favor da coletividade.

A ser diferente, que lição transmitiremos aos milhares de

proprietários que, sossegada e pacificamente, cumpriram, e vêm cumprindo, por dezenas de anos, as restrições urbanístico-ambientais vigentes em São Paulo e em incontáveis cidades espalhadas por este imenso Brasil, da Amazônia aos Pampas?

Nem se diga que os moradores só se mobilizaram após a obra estar construída. Suas objeções datam de *antes* do início das obras, atrás demonstramos. A própria petição inicial da “Ação de Nunciação de Obra Nova com Pedido de Liminar de Embargo Cumulada com Pedido de Anulação de Alvará de Construção” indica que, administrativamente, foram expedidos ofícios ao Secretário Municipal de Habitação, “solicitando cuidado na concessão de alvarás de construção na área da City Lapa”, comunicação esta que nem sequer foi respondida.[...].

- Além das situações urbanísticas destacadas, tem-se que, em decorrência dessas irregularidades, o registro imobiliário afeto à Matrícula n. XX.XXX não corresponde à realidade, tendo em vista as inadequações apontadas no item III, “b”.

Nesse norte, ao passo que o Estatuto da Cidade estabelece diversas diretrizes para o correto ordenamento territorial, também expressa a função pública do registro imobiliário, à medida que a matrícula agora não só recepciona direitos reais como também as limitações e imposições urbanísticas ao direito de propriedade quando, por exemplo, determinou que se averbe a notificação para parcelamento, edificação e utilização compulsórios de imóvel urbano (art. 5º, § 2º).

O registro imobiliário deve retratar a situação de fato existente.

O art. 176 da Lei de Registro Público encerra a previsão normativa do princípio da especialidade ao exigir a identificação do imóvel com todas as suas características, confrontações, localização e área, o que notoriamente não ocorreu no presente caso, porquanto a área descrita na Matrícula n. XX.XXX não reflete a realidade, tampouco houve qualquer iniciativa do proprietário, do Município de Itajaí ou do Oficial do Registro de Imóveis da época para sanar a irregularidade, consistente na presença de vias públicas.

Aliás, não se pode olvidar que a irregularidade na descrição do imóvel gera consequências na incorporação dos condomínios e futuros contratos de compra e venda com terceiros de boa-fé, conforme detalhado no item III, “b”, uma vez que instituídos os condomínios XXXXXX

e XXXXX em “lotes privativos”, gerando fracionamento da área total, denominada de Empreendimento.

Nesse sentido, destaca-se a decisão da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo:

Despachos/Pareceres/Decisões 10256355/2010.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **APELAÇÃO CÍVEL Nº 990.10.256.355-3**, da Comarca de EMBU, em que é apelante **EDISON SILVEIRA** e apelado o **OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA** da referida Comarca.

ACORDAM os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em negar provimento ao recurso, de conformidade com os votos do Desembargador Relator e do Desembargador Revisor que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores **VIANA SANTOS**, Presidente do Tribunal de Justiça, **MARCO CÉSAR**, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, **REIS KUNTZ**, Decano, **CIRO CAMPOS**, **LUIS GANZERLA** e **MAIA DA CUNHA**, respectivamente, Presidentes da Seção Criminal, de Direito Público e de Direito Privado do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 14 de setembro de 2010.

(a) MUNHOZ SOARES, Corregedor Geral da Justiça e Relator

V O T O

REGISTRO DE IMÓVEIS - Negativa de abertura de matrículas por imprecisão da descrição dos imóveis - Abertura de nova matrícula em Registro de Imóveis instalada - Precariedade da descrição do imóvel - Retificação indispensável para a abertura da matrícula - Recurso Improvido.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 55/57, que julgou procedente procedimento de dúvida e indeferiu o pedido do apelante, abertura de nova matrícula e registro de escritura de venda e compra.

O apelante afirmou que adquiriu imóvel registrado no Registro de Imóveis de Itapeperica e pretende que se proceda à abertura da matrícula no Registro de Embu, ao qual pertence atualmente. Sustentou que se trata de mera transposição da área já descrita no Registro de Itapeperica e que suas imprecisões não obstam à abertura da matrícula em Embu.

O parecer da E. Procuradoria Geral da Justiça é pelo improvidamento da apelação (fls. 79/84).

É o relatório.

O exame das matrículas de fls. 13/18 e 30/41 revela que as descrições dos imóveis nelas contidas são precárias. Fazem menção a divisas e confrontações correspondentes a córregos, cercas e imóveis genericamente atribuídos aos proprietários vizinhos (fls. 13), marco cravado no solo, linha ideal e valo (fls. 30), forma irregular e aproximações (fls. 36).

Vê-se, pois, que as matrículas não indicam rumos, descrições e confrontações de forma hábil.

Como observado pelo oficial, o Registro de Imóveis de Embu foi instalado recentemente e a abertura da matrícula não pode ser realizada sem que se atendam o disposto nos artigos 176 e 229 da Lei de Registros Públicos, bem como nos itens 47 e 48 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

Nesse sentido:

“REGISTRO DE IMÓVEIS. Vício registrário. Descrição precária da matrícula. Ofensa ao princípio da especialidade. Bloqueio mantido. Recurso improvido.” (Proc. n. 348/2005, Parecer da MM. Juíza Auxiliar Fátima Vilas Boas Cruz de 10.6.2005).

Do parecer acima indicado, extrai-se passagem que em tudo se aplica ao caso em exame:

Conclui-se, portanto, que a descrição das áreas é precária, impedindo sua perfeita identificação e localização geográfica e o afastamento dos riscos de sobreposição, cuja ocorrência já foi alegada, o que implica ausência de controle de disponibilidade qualitativa e violação ao princípio da especialidade.

Assim, justifica-se a adoção da medida de bloqueio adotada, em razão da presença do vício registrário.

“Conforme já assentado em parecer exarado no processo CG nº 2.250/01 da lavra do MM. Juiz Marcelo Fortes Barbosa Filho, o “bloqueio constitui providência acautelatória instrumental - e que não se confunde, de forma alguma, com uma medida cautelar de natureza jurisdicional - caracterizada pela provisória suspensão do ius disponendi referente a determinado bem imóvel e destinada a salvaguardar a integridade dos assentamentos registrários, servindo de substitutivo do cancelamento, só podendo, por princípio, ser decretado quando, configurada a incidência do artigo 214 da Lei Federal 6.015/73, seja viável, por meio de prática de novos atos, a recuperação da validade.

O bloqueio foi criado pelos órgãos censórios da Administração, com o fim de evitar a assunção de prejuízos patrimoniais para particulares, sempre quando viável o futuro e completo saneamento do vício registrário identificado. Identificada uma invalidade intrínseca ao registro, ao invés de ser ordenado o cancelamento, toma-se uma providência administrativa menos drástica, vislumbrada a futura recuperação dos assentamentos, retornando-se a um estado de normalidade.

No caso em questão, é possível a recuperação dos assentamentos, através da retificação do registro, na forma do artigo 213 da Lei de Registros Públicos, não bastando a apresentação pelo recorrente, nesse procedimento administrativo, das plantas dos imóveis e demais documentos.

Há necessidade de serem efetuadas as retificações para as corretas descrições da área de superfície, seus ângulos e topografias, de forma a propiciar perfeitas figuras geométricas e satisfazer os requisitos do registro, “que são os dados geográficos que se exigem para individuar o imóvel”, como leciona Afrânio de Carvalho, na obra “Registro de Imóveis”, 4ª ed., pág. 203, Ed. Forense.

Dessa forma, deve ser mantido o bloqueio das matrículas até que ocorra a devida regularização, acrescentando-se que a discussão quanto à decretação de nulidade das transmissões envolvendo as referidas matrículas, deverá ser travada no procedimento jurisdicional adequado, sendo inviável sua apreciação nessa via administrativa.”

O indeferimento da abertura da matrícula prevalecerá, pois, para que não seja contrariado o princípio da especialidade.

Diante do exposto, NEGA-SE provimento ao recurso.

(a) MUNHOZ SOARES, Corregedor Geral da Justiça e Relator.

V O T O

I - Relatório

Trata-se de recurso interposto por Edison Silveira contra a r. sentença que julgou procedente dúvida inversa por ele suscitada em face do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Embu, indeferindo o pedido de abertura de nova matrícula e de registro de escritura de venda e compra.

Sustenta o apelante, em síntese, que quando comprou o imóvel, este encontrava-se registrado no Registro de Imóveis de Itapecerica da Serra, contudo, atualmente, o

imóvel pertence ao Registro de Imóveis de Embu, e, por essa razão, requer a abertura de nova matrícula em Embu. Assevera que as imprecisões nas descrições dos imóveis não impedem à abertura da matrícula no Registro de Embu, pois trata-se de mera transposição da área já descrita no Registro de Itapeperica da Serra.

A Doutra Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso.

II – Fundamentação

Acompanho o nobre relator.

A dúvida é procedente, diante da precariedade da descrição tabular.

Com efeito, nota-se que a área em comento não se encontra perfeitamente identificada no âmbito tabular, conforme se verifica nos documentos de fls. 13/18 e 30/41, apresentando descrição insuficiente, sem medidas perimetrais e amarração geográfica, circunstância essa que impossibilita, como apontado pelo Oficial Registrador, a exata identificação do bem, impedindo o controle da especialidade objetiva, exigindo, conseqüentemente, a prévia correção registral.

E, de acordo com Afrânio de Carvalho, “**o princípio da especialidade significa que toda inscrição deve recair sobre um objeto precisamente individuado**” (Registro de Imóveis, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, página 181).

Impreterível, portanto, que se adote procedimento necessário para a adequada especificação geográfica, do contrário, mostra-se inviável, porquanto não atendido o requisito da especialidade, realizar o registro da escritura, tudo com base no artigo 176, § 1º, inciso II, nº 3, “b” da Lei nº 6.015/73, que exige a exata identificação do bem, a fim de evitar-se eternizar omissão.

Também, nesse sentido, há precedentes jurisprudenciais do Conselho Superior da Magistratura.

Assim, enquanto não operada a retificação do registro, subsiste o óbice para a abertura da nova matrícula e do ingresso do título no fólio real.

III – Dispositivo

Ante o exposto, não se poderia adotar solução diversa da oferecida pelo Eminent Relator, ou seja, pelo não provimento do recurso.

(a) MARCO CÉSAR MÜLLER VALENTE, Vice-Presidente do Tribunal de Justi-

ça. (Acórdão - DJ 990.10.256.355-3 - Apelação Cível
Data inclusão: 26/11/2010).

Ante o exposto, constatada a inadequação dos registros imobiliários referentes ao imóvel descrito na Matrícula n. XX.XXX, como medida acautelatória, em observância ao princípio da proporcionalidade e especialidade, a fim de resguardar interesses de terceiros de boa-fé e de retificarem-se as dimensões do imóvel – como consequência do parcelamento do solo que deve ocorrer na área, consoante já especificado nos tópicos anteriores –, é necessário o bloqueio da Matrícula n. XX.XXX até deslinde desta ação judicial.

II - DO MEIO AMBIENTE NATURAL - BIOMA MATA ATLÂNTICA

O legislador constituinte, com o intuito de garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, inseriu na Lei Maior um capítulo específico para este fim.

Com efeito, disciplina o art. 225, *caput*, da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O mesmo artigo, no § 3º, estabelece que

A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Ante a importância da proteção do meio ambiente, o art. 2º da Lei n. 6.938/81 instituiu as diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente, cujo objetivo consiste na “[...] preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade humana [...]”.

E, nesse contexto, a Lei Federal n. 11.428/06 trata da utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica e tem por objetivo geral o desenvolvimento sustentável e, por objetivos específicos e turísticos do regime hídrico e da estabilidade social, a salvaguarda da biodiversidade, da saúde humana, dos valores paisagísticos, estéticos.

Visando à proteção desse Bioma especial, o art. 17 da Lei da Mata Atlântica preconiza que o corte ou a supressão de vegetação primária ou secundária nos estágios médio ou avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica, ficam condicionados à compensação ambiental, na forma da destinação de área equivalente à extensão da área desmatada, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica, e, nos casos previstos nos arts. 30 e 31, ambos desta Lei, em áreas localizadas no mesmo Município ou região metropolitana.

Diante disso, tendo em vista o que ficou detalhado no item V, “a”, a vegetação que foi compensada trata-se de floresta ombrófila densa, enquanto a espécie restinga arbórea no estágio médio e arbustiva em estágio avançado, não possuindo as mesmas características ecológicas de acordo com o conceito do art. 17 recém mencionado.

Destarte, deve ser determinada a correta recuperação/compensação, para que sejam obedecidos os ditames legais.

III - DA REPARAÇÃO DOS DANOS

Diante dos argumentos expostos, considerando que as intervenções realizadas pela empresa, sob a conivência do Município de Itajaí e omissão da FATMA, afrontaram a ordem urbanística e também o bioma Mata Atlântica, causando danos graves ao ordenamento territorial e desenvolvimento sustentável da cidade, além da ausência da correta compensação ambiental pela vegetação suprimida, impõe-se a reparação.

Os danos urbanísticos-ambientais e o nexo de causalidade decorrentes das ações empreendidas pela empresa requerida, sob a égide do alvará de construção ilegal expedido pelo Município e autorização de corte precária da FATMA, já foram exaustivamente demonstrados nos

tópicos anteriores, não havendo qualquer dúvida acerca da responsabilidade de reparação pelos legitimados passivos.

A reparação encontra abrigo no disposto no § 3º do artigo 225 da Constituição da República, que determina que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Para Édis Milaré, de fato a recuperação natural do ambiente degradado é a modalidade mais adequada de reparação do dano, “e a primeira que deve ser tentada, mesmo que mais onerosa”. E justifica sua posição afirmando, com Paulo Affonso Leme Machado, que “não basta indenizar, mas fazer cessar a causa do mal, pois um carrinho de dinheiro não substitui o sono recuperador, a saúde dos brônquios ou a boa formação do feto”²⁰.

Desse modo, demonstrada a responsabilidade, surge o dever de reparar os danos causados. Isso porque, como é natural, aquele que auferir lucro com o uso do meio ambiente deve ser responsabilizado pelos danos a ele causados.

Sendo assim, de todas as ilegalidades que foram apontadas no decorrer da ação, resta a obrigatoriedade de reparação dos danos, que deverão ocorrer da seguinte forma:

- * realização de parcelamento do solo na modalidade de loteamento, com adequação dos projetos apresentados à municipalidade, e correta destinação das áreas institucionais e verdes, no percentual de 35% exigido pela legislação estadual e municipal;

- * adequação do empreendimento às regras de construção e limites estabelecidos para uso e ocupação do solo da localidade;

- * compensação da vegetação de restinga suprimida do imóvel; e

- * medida compensatória pelos danos materiais causados (afora os danos morais, conforme analisado a seguir), a serem apurados durante a instrução da ação, especialmente por perícia técnica.

20 MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 741.

IV - DANO MORAL COLETIVO

O Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública prestam-se a demonstrar o cabimento de indenizações morais à coletividade, em razão de agressões praticadas contra os interesses difusos e coletivos, entre os quais se coloca, agora, a defesa da ordem urbanística, por força do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001).

Nesse contexto, a composição do dano moral coletivo tem por escopo não apenas ressarcir a coletividade mas, também, servir de instrumento de desestímulo aos agressores do patrimônio coletivo, no caso em especial, dos infratores da ordem urbanística.

No caso em apreço, não há como afastar a responsabilidade por danos morais coletivos, porquanto foram demonstradas irregularidades urbanísticas que interferiram (e interferem) no cotidiano dos moradores e frequentadores da Praia Brava - aliás, sem esquecer que a praia é um bem de uso comum do povo -, pois é notório o impacto gerado pelo empreendimento, que ocasionou, desde a sua aprovação, grande preocupação, resistência e manifestações dos moradores acerca da forma como estava sendo dirigida a sua instalação.

Após o Laudo Técnico 54/2012/CIP, comprovou-se que a percepção popular sobre o empreendimento estava correta, já que houve infração da legislação municipal de uso e ocupação do solo na aprovação e execução das obras, afrontando gravemente o interesse público e direito da coletividade ao desenvolvimento sustentável da cidade. Ademais, o impacto urbanístico já ocorreu, sendo visível a modificação do local em razão das construções já realizadas sem o prévio parcelamento do solo devido.

Outrossim, apesar dos pedidos desta ação visarem à reparação *in natura* dos prejuízos causados e adequação total do empreendimento, tem-se que é possível compensação pecuniária pelos danos reflexos e pela perda da qualidade ambiental até a efetiva restauração, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AMBIENTAL. DESMATAMENTO. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DA NORMA AMBIENTAL.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pelo desmatamento de área de mata nativa. A instância ordinária considerou provado o dano ambiental e condenou o degradador a repará-lo; porém, julgou improcedente o pedido indenizatório.

2. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer e indenizar. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ.

3. A restauração *in natura* nem sempre é suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, o dano ambiental causado, daí não exaurir o universo dos deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*.

4. A reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelo dano que permanece entre a sua ocorrência e o pleno restabelecimento do meio ambiente afetado (= dano *interino* ou *intermediário*), bem como pelo dano moral coletivo e pelo dano residual (= degradação ambiental que subsiste, não obstante todos os esforços de restauração).

5. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura *bis in idem*, porquanto a indenização não é para o dano especificamente já reparado, mas para os seus efeitos remanescentes, reflexos ou transitórios, com destaque para a privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo, até sua efetiva e completa recomposição, assim como o retorno ao patrimônio público dos benefícios econômicos ilegalmente auferidos.

6. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer voltadas à recomposição *in natura* do bem lesado, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e para fixar eventual *quantum debeatur*. [Resp. 1.180.078 - MG (2010/0020912-6) Rel. Min. HERMAN BENJAMIN (Grifou-se)].

Diante do exposto, verifica-se que as condutas de todos os Requeridos ensejam a reparação, também por dano moral coletivo, uma vez que, cada um, à medida das suas atribuições, competências e interesses, tinha o dever de promover a regularização do empreendimento nos moldes da legislação vigente. Entretanto, permaneceram

inertes, omissão esta que culminou no início e desenvolvimento ilegal da edificação de um empreendimento com grande impacto urbano, como já salientado.

A doutrina também respalda o entendimento, consoante lição de Carlos Alberto Bittar Filho²¹:

[...] chega-se a conclusão de que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.

Assim, não há como afastar a responsabilidade dos Requeridos em face do suficientemente demonstrado menosprezo com que trataram o cidadão itajaiense, visto que, em vez de preservarem direitos e garantias fundamentais no que concerne ao desenvolvimento sustentável, visaram a interesses particulares menores.

Urge, por todo o aduzido, a responsabilização dos Requeridos, por atentarem contra a moral coletiva, devendo ser arbitrada indenização como reparação pela ilicitude atacada por esta ação, proporcionalmente à participação de cada um, sendo que o valor, no entendimento deste Órgão de Execução, deverá ser fixado por Vossa Excelência após perícia técnica, tendo em vista a dimensão dos fatos aqui noticiados.

V - DA NECESSÁRIA CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR

A medida liminar impõe-se, desde já, com o fim de garantir o desenvolvimento da lide e, conseqüentemente, assegurar a proteção ao meio ambiente, em especial à ordem urbanística, porquanto estão detalhadamente demonstradas todas as ilegalidades praticadas para a aprovação e na execução do Empreendimento e condomínios que o integram.

21 Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Revista de Direito do Consumidor, v. 12. ed. RT.

Não há como permitir a continuidade do empreendimento nos moldes atuais, sob pena de potencializarem-se os danos que estão ocorrendo na Praia Brava.

Dispõe o art. 12 da Lei n. 7.347/1985 que “Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo”.

Acerca da concessão de liminar na ação civil pública, explica o doutrinador Sérgio Ferraz, citado na obra de Édis Milaré²²:

A liminar é uma providência de cunha emergencial, expedida também (em convergência às medidas cautelares) como o fundamental propósito de salvaguardar a eficácia da futura decisão definitiva.

A doutrina complementa:

[...] a liminar vem prevista no art. 12 da lei 7.347/85 e, uma vez presentes no caso concreto os fundamentos, deve o juiz concedê-la, não havendo discricionariedade a esse respeito.²³

Acerca da especialidade da providência de urgência nas lides referentes ao direito ambiental, recorre-se aos ensinamentos de Édis Milaré²⁴:

Este sistema de freios e contrapesos, no que se refere à concessão de liminar, é necessário para correção de eventual arbítrio do juiz, inaceitável dentro da ordem jurídica vigente. Da mesma forma, é certo que, em matéria de proteção ao meio ambiente, a tutela cautelar, especialmente em se tratando de provimento jurisdicional de não-fazer, é a regra e não a exceção.

Isso porque, no Direito Ambiental, diferentemente do que se dá com outras matérias, vigoram dois princípios que modificam profundamente as bases e a manifestação do poder de cautela do juiz: a) o princípio da prevalência do meio ambiente (da vida) b) o princípio da precaução, também conhecido como princípio da prudência e da cautela.

Tutela jurisdicional que chega quando o dano ambiental já ocorreu perde, no plano da garantia dos valores constitucionalmente assegurados, muito, quando não a totalidade de sua relevância ou função social. (Grifou-se).

22 **Ação Civil Pública**. Coordenador Edis Milaré. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 836.

23 MANCURSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 9. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 124.

24 **Direito do Ambiente**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1045.

A fumaça do bom direito está demonstrada por meio de todos os fatos noticiados, que ferem a legislação urbanística.

O perigo de demora do provimento jurisdicional igualmente está suficientemente demonstrado, pois há risco de dano irreversível ou de difícil reparação, caso não seja paralisada a obra que até então ocorre ao arrepio da legislação ambiental-urbanística, inclusive com alvará de construção nulo.

Com isso, não é possível que as condições fáticas atuais, ora apresentadas, perdurem até o julgamento final desta Ação Civil Pública. Não se concebe que a empresa demandada continue a causar danos, sendo urgente a interdição de suas atividades, com o fito de evitar-se a perenidade das infrações por ela perpetradas.

Portanto, é necessária a aplicação simultânea dos princípios da prevenção e da precaução para determinar, LIMINARMENTE, obrigação de não fazer à empresa requerida Empreendimento, consistente **a)** na impossibilidade de efetuar qualquer alteração ou obra no local, até que se determinem as adequações que devam ocorrer no empreendimento, sob pena de multa diária no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e **b)** não realização de qualquer ato que gere efeitos no registro imobiliário (Matrícula n. XX.XXX), até decisão final do Juízo, sob pena de multa diária no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e que o Município de Itajaí e FATMA suspendam eventuais licenças/alvarás emitidos em favor do empreendimento, além de abster-se de realizar qualquer renovação das licenças/alvarás já concedidos, sob pena de multa diária no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Além disso, a fim de resguardar direitos de terceiros de boa-fé e considerando o caráter de publicidade que advém do registro público, é imprescindível a averbação desta Ação Civil Pública na Matrícula n. XX.XXX.

VI - DOS PEDIDOS

Em razão de todo o exposto, requer o Ministério Público, com base nos artigos 273, §§ 1º e 2º, e 461, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, combinados com os artigos 12 e 19 da Lei n. 7.347/85, a concessão de MEDIDA LIMINAR, *inaudita altera parte*, para que:

1. Empreendimento

a) não efetue qualquer alteração ou obra no local, até que se determinem, pelo Juízo, após produção de provas (em especial a pericial), as adequações que devam ocorrer no empreendimento, sob pena de multa diária no montante de R\$100.000,00 (cem mil reais); e

b) não realize qualquer ato que gere efeitos no registro imobiliário (Matrícula n. XX.XXX), até decisão final do Juízo, sob pena de multa diária no montante de R\$100.000,00 (cem mil reais).

2. Município de Itajaí e FATMA suspendam eventuais licenças/alvarás emitidos em favor do empreendimento e se abstenham de realizar qualquer renovação das licenças/alvarás já concedidos, até decisão final deste Juízo, sob pena de multa diária no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

3. Seja determinado ao 1º Ofício de Registro de Imóveis o bloqueio da Matrícula n. XX.XXX, com o intuito de proteger os terceiros de boa-fé e considerando os argumentos do item I da fundamentação jurídica.

4. Seja determinada, sem prejuízo do pedido supra, ao 1º Ofício de Registro de Imóveis, a averbação desta Ação Civil Pública na Matrícula n. XX.XXX.

EM DEFINITIVO:

a) o recebimento desta Ação Civil Pública e a citação dos Requeridos para, no prazo legal, apresentarem contestação;

b) a produção de todas as provas em direito admitidas, *maxime* pericial, documental e testemunhal, cujo rol se apresenta nesta oportunidade, e a juntada da documentação anexa;

c) a confirmação dos pedidos liminares;

d) a declaração de nulidade do Alvará de Construção n. 885, expedido pelo Município de Itajaí;

e) o cancelamento e a anulação da instituição do Empreendimento na área total da Matrícula n. XX.XXX, com a consequente realização de parcelamento do solo urbano na modalidade loteamento pela empresa Empreendimento, com o devido destacamento das vias públicas

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, além da destinação de áreas públicas faltantes (verde e institucional) na gleba;

f) após o parcelamento do solo, sejam adequados pelo Empreendimento os projetos do empreendimento às normas municipais vigentes, no que tange a regular construção das torres em andamento e eventuais torres futuras;

g) seja promovida, pelo Empreendimento, a adequação das torres já construídas, a fim de se respeitar o limite máximo de pavimentos, os recuos às vias públicas, a existência das Ruas XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, a taxa de ocupação e o coeficiente de aproveitamento, a altura máxima da laje do piso térreo e dos demais pavimentos, procedendo-se à demolição das obras aprovadas fora dos limites legais e determinada a não construção de futuras obras irregulares;

h) sejam adotadas pelo Empreendimento as medidas de recuperação/mitigatórias/compensatórias acerca dos impactos de insolação e sombreamento, impactos nos equipamentos públicos urbanos disponíveis na região, impactos à mobilidade urbana, impactos gerados pelo empreendimento em relação ao sistema coletivo de tratamento em fase de implantação, ausência de sistema coletivo/alternativo devidamente aprovado e licenciado, na região de influência, de acordo com o que for apurado em perícia técnica;

i) seja realizada, pelo Empreendimento e pela FATMA, a compensação da vegetação de restinga suprimida no imóvel, na forma de destinação de área equivalente à extensão da área desmatada, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica, consoante disposto no art. 17 da Lei Federal n. 11.428/06;

j) sejam a empresa Empreendimento, o Município de Itajaí e a FATMA condenados a compensar financeiramente os danos materiais irreversíveis que venham a ser indicados em perícia;

k) sejam os Requeridos condenados à indenização por dano moral coletivo, na medida de suas participações;

l) seja o Município de Itajaí condenado a abster-se de aprovar qualquer projeto referente ao empreendimento que desatenda os parâmetros da legislação municipal que regula o uso e a ocupação do solo;

m) seja a FATMA condenada a abster-se de emitir ou renovar

qualquer licença/autorização ambiental em desacordo com a legislação ambiental vigente;

n) seja imposta aos Requeridos, para o caso de inadimplemento de quaisquer obrigações, multa diária a ser fixada por Vossa Excelência, com o valor revertido para o FRBL;

o) sejam os Requeridos condenados ao pagamento das despesas processuais; e

p) por fim, acerca de eventual requerimento de audiência conciliatória *ab initio*, registra-se, desde logo, o não interesse do Ministério Público, uma vez que o posicionamento do Centro de Assessoramento Técnico do MP/SC (doc. 20) é no sentido de que, no momento, em razão das irregularidades ocorridas, não é possível mensurar qualquer tipo de medida alternativa, devendo isso ocorrer somente após a realização de perícia judicial.

Pedidos sucessivos (art. 289 do CPC)

a) Na hipótese de não acolhimento do pedido “e” - o que não se espera - que seja, ao menos, considerada a hipótese de desmembramento do imóvel, com o destacamento da área das vias públicas XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, abrindo-se matrícula para as áreas remanescentes, sem prejuízo de todas as adequações de projetos que devem ser realizadas por ocasião do descumprimento das regras de construção e uso e ocupação do solo.

b) Na hipótese de Vossa Excelência considerar a impossibilidade de desfazimento de algum ato praticado em detrimento da ordem urbanística e ao meio ambiente natural, em desacordo com a legislação, seja arbitrado o valor equivalente e proporcional em perdas em danos, considerando a dimensão do empreendimento, montante a ser destinado ao Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados do Estado de Santa Catarina (FRBL).

Como eventual sugestão à possível determinação de perdas e danos por Vossa Excelência, afora pecúnia, entende-se factível a destinação de parte da área do empreendimento para implantação de equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, segurança, lazer e similares, que melhor supram as necessidades da comunidade.

Dá-se à causa, considerando o custo total para implantação do empreendimento, o valor de R\$ 310.000.000,00 (trezentos e dez milhões de reais), para os devidos fins e efeitos.

Nesses termos, pede deferimento.

Itajaí, 8 de novembro de 2012.

LUIS EDUARDO COUTO DE OLIVEIRA SOUTO

Promotor de Justiça

MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO ELETRÔNICA E A RELAÇÃO DO GOVERNO ELETRÔNICO COM OS VALORES DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Hélio Santiago Ramos Júnior

Ex-Assistente de Procuradoria de Justiça (MPSC)

Especialista em Direito Processual Civil (UNISUL)

Mestre em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC)

SUMÁRIO

Introdução. 1 Moralidade administrativa e direitos fundamentais. 2 Os valores fundamentais do neoconstitucionalismo e perspectivas para a “reconstrução” do governo eletrônico. 2.1 Verdade. 2.2 Solidariedade. 2.3 Integração. 2.4 Continuidade. 2.5 Consenso. 2.6 Participação. 2.7 Universalidade. Conclusão. Referências.

ABSTRACT

The aim of this paper is to discuss about the principle of the morality in the Brazilian Public Administration as the fundamental right of good electronic administration with the development of the electronic government in Brazil and the values of the future’s constitutionalism

| | | | | | |
|---------|---------------|------|-------|--------------|----------------|
| Atuação | Florianópolis | V. 9 | n. 21 | p. 113 - 128 | jul./dez. 2012 |
|---------|---------------|------|-------|--------------|----------------|

which were purposed by Dromi. It makes a review about the principle of administrative morality and its relation with the fundamental rights and then it explains how the values of the future's constitutionalism could be applied to the electronic government reality in Brazil by recognizing it as the fundamental right of the good administration which integrates the core of universal fundamental rights and some relations between the electronic democracy and the neoconstitucionalism.

KEYWORDS: E-Government. Constitutionalism. Morality. Fundamental Right. Good Administration.

RESUMO

O objetivo deste artigo é dissertar sobre o princípio da moralidade na Administração Pública brasileira, como direito fundamental à boa administração eletrônica com o desenvolvimento do governo eletrônico no Brasil e os valores do constitucionalismo do futuro que foram propostos por Dromi. Faz-se um comentário sobre o princípio da moralidade administrativa e sua relação com os direitos fundamentais e, em seguida, como os valores do constitucionalismo do futuro poderiam ser aplicados à realidade do governo eletrônico no Brasil, reconhecendo o direito fundamental da boa administração integrante do núcleo dos direitos fundamentais universais, relacionando a democracia e o governo eletrônicos aos valores do neoconstitucionalismo.

PALAVRAS-CHAVE: Governo Eletrônico. Neoconstitucionalismo. Moralidade. Direito Fundamental. Boa Administração.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública é regida por vários princípios, entre eles, a moralidade administrativa, a qual é um princípio constitucional explícito no art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil. Isso não é nenhuma novidade, mas o que há de novo no Direito Administrativo é um fenômeno denominado de constitucionalização

desse direito que ocorre concomitantemente com a própria mudança do paradigma hermenêutico constitucional, ou seja, o neoconstitucionalismo e sua relação com o governo eletrônico que implica o reconhecimento de “novos” direitos, como é o caso do direito fundamental à boa administração eletrônica.

Ao contrário do que alguns imaginam, essa (r)evolução não se restringe apenas ao campo do Direito Constitucional, atinge também todos os demais ramos do direito, haja vista ser a Constituição a maior norma hierárquica de todo o ordenamento jurídico e que é por meio dela que se retira todo o fundamento para a validade do sistema vigente, inclusive no que se refere à aplicação do princípio da moralidade administrativa e ao desenvolvimento do governo eletrônico.

O Direito Administrativo e, mais especificamente, o princípio da moralidade administrativa adquirem, assim, uma enorme importância diante do reconhecimento da existência de valores fundamentais a serem consagrados pelas futuras constituições, com reflexos na esfera administrativa, influenciados por ideais que visam, por exemplo, à humanização do próprio direito e a sua adequação às novas exigências da sociedade da informação.

O que se pretende demonstrar por meio do presente trabalho é que quanto mais a sociedade da informação e o governo eletrônico caminham rumo ao neoconstitucionalismo, mais evidente se torna o fato de que os deveres impostos aos agentes públicos pelo princípio da moralidade administrativa visam justamente a assegurar direitos fundamentais do cidadão e de toda a coletividade, de modo que a própria moralidade administrativa assume não só o *status* de direito fundamental como também passa a integrar o núcleo dos direitos fundamentais universais, consagrando-se como um dos mais importantes para o constitucionalismo do futuro.

O princípio da moralidade administrativa sempre encontrou dificuldades para o seu controle e para a sua aplicação no caso concreto, por vários motivos.

Houve, inicialmente, uma resistência em reconhecer a moralidade administrativa como um princípio da Administração Pública em virtude de se considerar que se tratava de conceito jurídico indeterminado, vago, impreciso e que não possuía autonomia, visto que entendiam que o seu conceito estaria absorvido pelo próprio conceito de legalidade.

Além disso, a doutrina passou a entender que existe uma diferença entre a moral comum e a moral jurídico-administrativa, e, por sua vez, os agentes públicos aproveitaram essa distinção para camuflar as imoralidades cometidas sob o argumento de que a moral comum não seria tutelada pela moralidade administrativa.

Outra problemática revelada pela experiência forense é o uso da Ação Popular como um instrumento político para satisfação de interesses particulares egoísticos e inescrupulosos, ou seja, para prejudicar desafetos políticos, e não destinados a anular ato lesivo ao patrimônio público e à moralidade administrativa.

É certo que essas questões repercutem no mundo jurídico e ensejam a busca por soluções que indiquem o caminho a seguir. No que tange ao princípio da moralidade administrativa, percebe-se que esses caminhos passam pelo neoconstitucionalismo.

A efetiva consagração do neoconstitucionalismo no País exige que haja uma postura ética e comprometedora da Administração Pública e de seus agentes públicos com o respeito aos direitos fundamentais e sociais; isso revela uma conexão inevitável com a moralidade administrativa a tal ponto que se conclui que tal princípio é erigido à categoria de integrante do núcleo dos direitos fundamentais, desvelado pelos ideais do governo eletrônico e valores do neoconstitucionalismo.

1 MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A compreensão do princípio da moralidade administrativa passa inevitavelmente pela relação entre a moral e o direito. Mesmo os comportamentos ofensivos à moral comum podem implicar ofensa ao princípio da moralidade administrativa, o qual deve ser observado não apenas pelo administrador mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública.

Isso porque não se pode negar que tanto o direito quanto a moral muitas vezes se revestem dos mesmos princípios e valores éticos, pois o direito e a moral têm fundamento ético comum.

Nos tempos atuais, a doutrina já reconhece a importância que a moral adquire diante do fenômeno do neoconstitucionalismo. Comenta-

-se, por exemplo, que: “vive-se num período de neoconstitucionalismo em que a moral nunca esteve tão importante, devendo ser avaliada juntamente com o direito” (PALADINO, 2009, p. 161).

Embora se saiba a importância que a moral assume perante os dias contemporâneos em que se discute o fenômeno do neoconstitucionalismo, ainda há escassos estudos que se preocupam em estudar a influência que tal fenômeno exerce no Direito Administrativo e a importância da moralidade administrativa nesse contexto.

O conceito de moralidade administrativa se confundia com o princípio da legalidade para alguns, pois a moralidade consistia em obedecer regras internas da Administração Pública, depois esse conceito foi ampliado pela doutrina, incluindo outros elementos, como a ideia de finalidade e de um governo honesto.

Por meio da ampliação desse conceito, torna-se possível constatar a diferença entre os princípios da legalidade e da moralidade administrativa na medida em que se constata que tudo o que é legal nem sempre será honesto, pois há a possibilidade de desvio de finalidade por parte dos agentes na gestão da máquina administrativa.

O princípio da moralidade administrativa, assim como o princípio da eficiência, sofreu várias críticas por parte de estudiosos doutrinadores que entendiam que ele se tratava de um conceito jurídico indeterminado, de difícil controle e que apresentava amplo grau de subjetividade que prejudicava a sua adequada aplicação.

Embora a eficiência tenha sido incorporada ao texto constitucional por meio da Emenda Constitucional, a moralidade administrativa, que já veio instituída pelo Poder Constituinte Originário, assemelha-se muito a esse princípio em relação a outro aspecto, o qual visa a dar uma resposta à insatisfação da sociedade quanto aos abusos cometidos no uso da máquina administrativa, a qual deve ser utilizada para os fins sociais do bem comum (RAMOS JÚNIOR, 2007).

Não obstante a doutrina já reconheça a autonomia do princípio da moralidade administrativa em relação ao princípio da legalidade, na prática, ainda há resistências quanto à sua aplicação e ao seu controle, tanto é verdade que existe dificuldade de o Poder Judiciário aceitar a possibilidade de invalidação de um ato por lesão apenas à moralidade administrativa, visto que a maioria dos julgados não a admitem.

Assim, a relação da moralidade administrativa com o neoconstitucionalismo é inevitável, pois os atos lesivos aos princípios constitucionais da Administração Pública não podem ficar impunes como se tais princípios não tivessem nenhum valor jurídico, sendo importante repensar esse princípio e sua aplicação no âmbito do governo eletrônico à luz dos valores fundamentais do neoconstitucionalismo.

Já se passou a época em que as regras tinham mais importância do que os princípios, assim como também está ultrapassada a norma contida no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que dispõe que, havendo omissão legislativa, os princípios gerais de direito só seriam aplicáveis em último caso, ou seja, após a aplicação da analogia e dos costumes.

As transformações ocorridas tanto no âmbito do Direito Civil, no Administrativo, e, principalmente, no Constitucional, apontam para a mudança de paradigma, no qual os princípios passam a ser considerados não apenas a partir de sua visão meramente informativa, mas dotado de verdadeiro caráter normativo e cogente. Isso se aplica, evidentemente, também ao princípio da moralidade administrativa e ao reconhecimento do direito fundamental à boa administração, inclusive no tocante à administração eletrônica e às novas exigências da cidadania.

A doutrina e jurisprudência brasileiras têm caminhado no sentido de se reconhecer a moralidade administrativa como um direito constitucional e fundamental do cidadão. Assim se conceitua o direito fundamental à boa administração como “o direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas” (FREITAS, 2007).

A aproximação do princípio da moralidade administrativa com os direitos fundamentais ocorre quando se constata que a não observância desse princípio, muitas vezes em razão do desvio de poder por parte do agente público, implica a frustração de garantias e direitos positivados e assegurados aos cidadãos pela própria Constituição. Assim, pode-se afirmar que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil podem ser alcançados com mais facilidade quando se respeita o princípio da moralidade administrativa (MARTÍNEZ, 2010).

Para que a sociedade seja livre, é preciso que todos tenham condições de exercer a cidadania. Como, então, exercer a cidadania se o Poder Público é incapaz sequer de promover condições reais para assegurar direitos básicos como a saúde e a educação? É aí que entram os valores do neoconstitucionalismo para evidenciar a necessidade de que se cumpra o que diz a Constituição e que ela não seja uma simples folha de papel. Para que a sociedade seja realmente justa, não basta apenas aplicar o princípio da legalidade, pois, sob o manto desse princípio, podem ser cometidas grandes injustiças. E o que dizer de uma sociedade que pretende ser solidária? Esse valor, que está inserido como um dos objetivos fundamentais da República, é também um dos valores fundamentais do constitucionalismo do futuro.

2 OS VALORES FUNDAMENTAIS DO NEOCONSTITUCIONALISMO E PERSPECTIVAS PARA A “RECONSTRUÇÃO” DO GOVERNO ELETRÔNICO

Segundo BARROSO (2005), sobre o ponto de vista teórico, o neoconstitucionalismo é um fenômeno caracterizado pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e pelo desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Assim, no que se refere à moralidade administrativa, ele ajuda a construir essa nova dogmática de interpretação constitucional a tal ponto de reconhecê-la como um direito fundamental, ou seja, o direito fundamental à boa administração.

A doutrina atribui ao argentino José Roberto Dromi o título de idealizador dos valores fundamentais do neoconstitucionalismo, também chamado de “constitucionalismo do futuro”. Suas ideias foram apresentadas em um congresso que debatia o futuro das constituições e elas foram bem aceitas pela comunidade científica. Segundo esse autor, no futuro, haverá um equilíbrio entre os valores próprios do constitucionalismo moderno e os excessos praticados pelo constitucionalismo contemporâneo (DROMI, 1997).

Se pode dizer que o autor argentino evidencia a importância que será exercida pelo princípio da proporcionalidade. No que se refere a esse princípio, afirma-se que “a proporcionalidade é a marca fundamen-

tal da nova hermenêutica constitucional, uma vez que funciona como princípio constitucional e, ao mesmo tempo, como método hermenêutico de interpretação constitucional” (GONÇALVES, 2011). Entretanto, não se desconhece a existência de respeitável doutrina que entende que a proporcionalidade não é um princípio propriamente dito, mas, sim, um “postulado normativo interpretativo” (ÁVILA, 2008).

Esse equilíbrio proposto por Dromi, no que se refere ao princípio da moralidade administrativa, ainda parece estar longe de ser alcançado em razão das dificuldades que existem na aplicação desse princípio e do controle da moralidade.

Os valores fundamentais do neoconstitucionalismo podem indicar um novo caminho não apenas para o Direito Constitucional mas também para o Direito Administrativo e, conseqüentemente, fortalecer e reconstruir o governo eletrônico.

A proposta de um novo caminho para o Direito Administrativo surge por meio de uma interpretação atualizada e contextualizada do princípio da moralidade administrativa a partir dos direitos da cidadania com base nos valores fundamentais do neoconstitucionalismo que são os seguintes: verdade, solidariedade, integração, continuidade, consenso, participação e universalidade.

A seguir serão estudados esses valores ao mesmo tempo em que será apresentada a sua vinculação com os ideais do governo eletrônico e a proposta de sua reconstrução para sair da sua aparente “crise”, apontada por alguns investigadores brasileiros como DINIZ (2009), a partir da visão desses valores do neoconstitucionalismo e do reconhecimento do direito fundamental à boa administração eletrônica.

2.1 VERDADE

O valor “verdade” significa que as constituições do futuro não deverão mais trazer promessas que sejam impossíveis de se realizarem, pois isso implica descrédito da Constituição e, conseqüentemente, das demais instituições jurídicas, o que inclui obviamente o Poder Executivo que é geralmente o destinatário dos mandamentos constitucionais destinados a concretizar as normas “programáticas”, sendo importante os estudos sobre a eficácia dos direitos fundamentais (SARLET, 2005).

O neoconstitucionalismo surge para não mais admitir que a Constituição contenha promessas irrealizáveis ou que não se cumpram as promessas dos políticos em suas campanhas eleitorais, pois se pode dizer que isso seria uma afronta à moralidade administrativa, uma vez que esse comportamento obsta o pleno exercício da cidadania ao prejudicar o direito à informação em razão das propagandas eleitorais enganosas realizadas, o que se aplica às informações de páginas de candidatos na *Internet* que deve conter promessas verdadeiras de campanhas as quais deveriam vincular o seu mandato eletivo.

Portanto, a importância da verdade como valor fundamental se refere à necessidade de confiança do cidadão no governo eletrônico, pois se pode afirmar que a confiança é um indicador de êxito das comunicações entre o governo e o cidadão.

Com efeito, *“la confianza es importante en la administración electrónica porque – si llegan los canales de televisión digital, lo que suponemos va suceder – será el medio principal de comunicación entre el gobierno y los ciudadanos, y por ello la mecánica de saber como se organiza, quién controla la naturaleza de la información transmitida y las cuestiones relacionadas con las anteriores, serán de vital importancia para que los ciudadanos puedan confiar en ella”* (LEITH, 2006).

2.2 SOLIDARIEDADE

A “solidariedade” é um dos objetivos da República Federativa do Brasil e é também um valor fundamental do neoconstitucionalismo, entretanto, apesar de terem o mesmo nome, não possuem o mesmo significado e alcance. A diferença entre ambos é que a solidariedade da Constituição brasileira busca apenas a construção de uma sociedade solidária enquanto que o valor “solidariedade” do constitucionalismo do futuro é mais amplo, não é unicamente um objetivo a ser alcançado, é algo que se pressupõe que seja plenamente realizável na prática.

Nessa perspectiva do governo eletrônico, a adoção da solidariedade implica o dever de o Estado derrubar as barreiras do analfabetismo tecnológico e promover o acesso à *Internet* a todos para tornar possível o exercício da cidadania em rede, como também o compromisso com a constituição de uma sociedade justa e igualitária.

Nesse sentido, *“si el reto de construir un modelo de sociedad más justa e igualitaria pasaba por asegurar que los pueblos se beneficien por igual de los*

recursos económicos, en la actualidad consiste en conseguir que los pueblos se beneficien por igual de los desarrollos tecnológicos” (LASALA, 2006).

2.3 INTEGRAÇÃO

A integração entre os povos, assim como a solidariedade, é outro princípio que rege a República Federativa de Brasil. A Administração Pública, em sua atuação, deve concentrar suas ações para obter resultados que contribuam para a convivência pacífica e harmoniosa entre os povos, conforme o artigo 4º, parágrafo único, da Constituição que objetivava a integração econômica, política e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

A integração para o governo eletrônico significa intercâmbio de informações e cooperação entre as diversas administrações públicas nacionais e estrangeiras, como também promoção da inclusão digital, pois todos devem ter condições para se conectar à rede e se integrarem à democracia eletrônica, por isso, deve-se reconhecer o acesso à *Internet* como um direito fundamental para que se possa exercer a cidadania por meio das TICs, superando as fronteiras e permitindo uma ampliação das comunidades de interesse e novas formas de participação, assim como para facilitar o desenvolvimento de uma democracia de baixo para cima (*bottom-up*).

A integração dos povos por meio das TICs também se relaciona com o fenômeno da globalização, o qual *“ya había planteado un desplazamiento del locus político del Estado Nacional hacia la comunidad internacional. En efecto, se afirma el fin del territorio nacional como espacio definitorio de las realidades sociales como uno de los elementos de la globalización, favorecida por las TIC” (PIANNA, 2006).*

2.4 CONTINUIDADE

A “continuidade”, como valor fundamental do neoconstitucionalismo se refere ao fato de que a Constituição não deve sofrer rupturas em sua identidade. O mesmo se refere aos princípios basilares da Administração Pública, ou seja, qualquer interpretação deverá ser promovida de modo a adequá-los fielmente à identidade constitucional e não para modificá-la.

Dessa forma, nota-se que a pretensão de reduzir os casos de aplicação dos princípios da eficiência e da moralidade administrativa é incompatível com a Constituição do Brasil, pois a inserção de ambos no texto constitucional não é meramente simbólica, já que objetiva concretizar não apenas meros princípios que sejam observados pela Administração Pública, mas representa a garantia de verdadeiros direitos fundamentais do cidadão a uma boa administração.

Por outro lado, essa ideia de continuidade pode ser observada no sentido de que não se deve admitir um sistema jurídico rígido de valores e princípios constitucionais, pois é preferível a abertura do sistema para permitir a identificação de “novos” direitos e garantias fundamentais na própria Constituição, como forma de alcance de uma democracia eletrônica mais legítima e com maior participação. Assim se mantêm os princípios do ordenamento jurídico ao mesmo tempo que se permite a continuidade no sistema.

“Novos” direitos fundamentais já existentes no Brasil são desvelados, pois a própria evolução da sociedade cada vez mais complexa evidencia a necessidade de adequação à realidade social que muda constantemente, exigindo uma nova leitura moral da Constituição, o mesmo em relação ao governo eletrônico, pois o que é um dever para a Administração Pública, também pode ser entendido como um direito fundamental do cidadão, como a moralidade administrativa e o dever de transparência para o exercício da plena cidadania.

A transparência está relacionada com o reconhecimento do direito fundamental à boa administração. Com efeito, *“la realización de la transparencia administrativa es un deber de la Administración Pública, porque resulta de un derecho fundamental a la “buena Administración”, bien como del derecho de acceso a la información pública. Por eso, la Administración tiene el deber jurídico de adoptar los instrumentos que hagan su actividad más transparente y accesible”* (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2012).

2.5 CONSENSO

O constitucionalismo do futuro também pressupõe que as decisões e novos caminhos para as constituições sejam fruto de um consenso. Em relação ao direito fundamental à boa administração, aponta-se para o

consenso como um dos princípios para se implementar a democracia eletrônica.

A democracia eletrônica deve ser uma construção coletiva sempre que isso seja possível. Alguns princípios se destacam como muito importantes para a democracia eletrônica, tais como: 1) todo ou pelo menos a maior parte dos cidadãos devem participar das decisões; 2) deve haver uma importante interação entre os cidadãos e assistência mútua; 3) toda a informação necessária deve ser acessível à sociedade; 4) todo o benefício obtido deve ser dividido igualmente entre os cidadãos; 5) deve se conseguir a decisão por meio do consenso e da persuasão; e 6) depois de tomada a decisão, se espera que todos os cidadãos colaborem para implementá-la (PETRAUSKAS, 2006).

Nessa ótica da democracia eletrônica, as decisões devem ser obtidas por meio do consenso e da persuasão. Deve-se buscar o consentimento de todos ou da maioria para que essas decisões tenham legitimidade e força normativa. Para que isso seja alcançado, torna-se interessante criar comunidade de discussão e outras formas de consultas e participação do cidadão, não apenas para saber a opinião da população, mas criando a possibilidade de se refletir e orientar o cidadão sobre as consequências de cada decisão, advertindo-o sobre eventual impacto que as decisões poderão trazer para a sociedade (RAMOS JÚNIOR & PIFFER, 2009).

2.6 PARTICIPAÇÃO

Um dos valores fundamentais do neoconstitucionalismo que se espera ser capaz de promover um efetivo controle da moralidade administrativa é a “participação”. Exige-se uma participação mais ativa e responsável de todos os agentes que atuam nesse processo, o que poderá ocorrer pelo uso das novas tecnologias, como, por exemplo, pela realização de plebiscito por meio da *Internet* ou outra tecnologia.

Pode-se dizer que o direito de participação está relacionado com o direito à transparência. Nesse sentido, “*el ciudadano sólo puede participar en el ejercicio del poder público, cuando ‘conoce’ el funcionamiento de las Administraciones públicas, y este derecho se verá exponencialmente incrementado dependiendo de la mayor realización del derecho a la transparencia de las Administraciones públicas*” (BELLO, 2006).

2.7 UNIVERSALIDADE

O constitucionalismo do futuro tem como um dos seus valores a “universalidade”. Isso significa que deve haver direitos universais e comuns a todas as constituições. A universalidade representa a tendência em reconhecer um núcleo comum que existe em todos os direitos fundamentais, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, de forma a admitir a natureza universal dos direitos fundamentais.

Pode-se dizer que *“el mundo de las nuevas tecnologías, su poliédrica incidencia em todos los campos de lo jurídico y su desconocimiento de las fronteras estatales, pueden constituir un importante revulsivo para acelerar esa inevitable y necesaria universalización de los derechos fundamentales y las libertades públicas”* (FUEYO, 2006).

O princípio da moralidade administrativa, como temos visto, pressupõe o dever de boa administração, que encontra fundamento no dever de probidade e de honestidade e pode implicar o reconhecimento de vários outros direitos fundamentais relacionados ao exercício da cidadania por meio das TICs, como o acesso à *Internet* e à informação pública, à transparência, à eficiência, entre outros. Isso se torna mais perceptível por meio da relação dos valores do neoconstitucionalismo com o governo eletrônico.

Dessa forma, com o desenvolvimento do governo eletrônico para se implementarem os valores do constitucionalismo do futuro, pode-se considerar o princípio da moralidade administrativa (o direito à boa administração) como um dos candidatos a integrar o núcleo comum dos “direitos fundamentais universais”, a partir do reconhecimento desse princípio e direito como algo essencial para a vida em sociedade, pois a Administração Pública e sua estrutura burocrática é um “mal necessário” que precisa de controle e fiscalização por parte dos cidadãos.

CONCLUSÃO

O princípio da moralidade administrativa no Brasil é considerado por alguns como um direito fundamental do cidadão à boa administração, pois já se reconhece a importância desse princípio na sociedade contemporânea.

O estudo dos valores do neoconstitucionalismo (verdade, solidariedade, integração, continuidade, consenso, participação e universalidade) aplicados à cidadania em rede e à democracia digital permite observar que eles são importantes não apenas para as constituições do futuro mas também são úteis para o desenvolvimento da administração eletrônica, especialmente por meio de uma nova interpretação do princípio da moralidade administrativa no sentido de reconhecê-lo como direito fundamental à boa administração eletrônica.

O valor “verdade” é importante para o governo eletrônico porque se refere à necessidade de confiança do cidadão na Administração Pública e no próprio governo eletrônico, pois se pode afirmar que a confiança é um indicador de êxito nas comunicações entre governo e cidadão. Assim como o cidadão tem que confiar na efetividade das normas constitucionais também deve ter confiança na administração pública eletrônica.

Para o governo eletrônico, o valor “solidariedade” implica o dever do Estado derrubar as barreiras do analfabetismo tecnológico e promover o acesso à *Internet* a todos para tornar possível o exercício da cidadania em rede, como também o compromisso com a constituição de uma sociedade justa e igualitária para permitir que os povos possam se beneficiar igualmente dos desenvolvimentos tecnológicos, porque isso é importante para se construir uma sociedade da informação solidária, pois não se pode admitir uma sociedade que não permita o acesso às novas tecnologias.

Em relação à “continuidade”, ainda que não se admita rupturas no sistema jurídico, isso não significa que o sistema jurídico deve ser rígido em relação aos valores e princípios constitucionais. Assim se mantém os princípios do ordenamento jurídico ao mesmo tempo que se permite sua continuidade, com possibilidade de abertura do sistema para o desvelamento de alguns princípios em direitos fundamentais do cidadão, como é o caso do direito fundamental à boa administração eletrônica.

A “integração” pode se relacionar com o fenômeno da globalização e para o governo eletrônico significa intercâmbio de informações e cooperação entre as diversas administrações públicas nacionais e estrangeiras, como promoção da inclusão digital, pois todos devem ter condições para se conectar à rede para se integrarem à democracia eletrônica, o que implica reconhecer o acesso à *Internet* e à informação pública como também novos direitos fundamentais do cidadão.

Aponta-se para o “consenso” como um dos princípios para se implementar a democracia eletrônica. O mesmo se pode dizer em relação à “participação”, pois se exige uma participação mais ativa e responsável de todos os agentes que atuam nesse processo, o que poderá ocorrer por meio do uso das novas tecnologias.

Por fim, a “universalidade” significa, para o neoconstitucionalismo, que devem existir direitos universais e comuns a todas as constituições e, para o governo eletrônico, pode-se considerar o princípio da moralidade administrativa (o direito à boa administração) como integrante do núcleo comum dos “direitos fundamentais universais”, a partir do reconhecimento desse princípio e direito como algo essencial para a vida em sociedade, pois a Administração Pública e sua estrutura burocrática é um “mal necessário” que precisa de controle e fiscalização por parte dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Revista de Direito Administrativo**. n. 240. abr./jun. 2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BELLO, S. Las Administraciones públicas españolas em la sociedad de la información: balance actual y perspectivas futuras. In: Galindo, F. (Coord.). **Gobierno, derecho y tecnología**: las actividades de los poderes públicos. Thomson Civitas, Universidad de Zaragoza, 2006. p. 519.
- DINIZ, V. A Crise do Governo Eletrônico ou a Prevalência dos Monólogos Simultâneos. In: **Revista Informática Pública**. Ano 11, n. 1º junho 2009. Belo Horizonte: PRODABEL, 2009. p. 15-22.
- DROMI, J. R. La reforma constitucional: el constitucionalismo del “por venir”. In: **El derecho publico de finales de siglo**: una perspectiva iberoamericana. Madrid: Fundación BBV, 1997.
- FILGUEIRAS JÚNIOR, M. V. El deber de la Administración Pública de utilizar internet para alcanzar la transparencia. In: **41ª Jornadas Argentinas de Informática (41 JAIIO). Simposio Argentino de Informática y Derecho**. Buenos Aires: SADIO, 2012. p. 253-268.
- FREITAS, J. **Discricionarieidade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FUEYO, M. C. V. Libertades públicas y nuevas tecnologías. In: Galindo, F. (Coord.). **Gobierno, derecho y tecnología**: las actividades de los poderes públicos. Thomson Civitas, Universidad de Zaragoza, 2006. p. 323.

GONÇALVES, A. B. A nova hermenêutica ante o neoconstitucionalismo. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 19.v. 77. out./dez. 2011. São Paulo: RT, 2011. p. 11-39.

LASALA, P. Métricas para la Administración Electrónica. In: Galindo, F. (Coord.). **Gobierno, derecho y tecnología**: las actividades de los poderes públicos. Thomson Civitas, Universidad de Zaragoza, 2006. p. 140.

LEITH, P. Comunicaciones electrónicas gubernamentales: una cuestión de confianza. Galindo, F. (Coord.). **Gobierno, derecho y tecnología**: las actividades de los poderes públicos. Thomson Civitas, Universidad de Zaragoza, 2006. p. 54.

MARTÍNEZ, F. R. A modalidade administrativa como direito fundamental: moralidade condicionante da legalidade. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 18. n. 71. abr.-jun./2010. São Paulo: RT, 2010.

PALADINO, C. F. A relação entre direito e moral: uma análise a partir do princípio da moralidade. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**. Ano 2009.1. n. 18. Salvador: Fundação Faculdade de Direito da Bahia, 2009. p. 161.

PETRAUSKAS, R. Los principios y la implementación de la democracia electrónica. In: Galindo, F. (Coord.). **Gobierno, derecho y tecnología**: las actividades de los poderes públicos. Thomson Civitas, Universidad de Zaragoza, 2006. p. 85-113.

PIANA, R. S. Democracia y tecnologías: la necesidad de politizar la Sociedad de la Información. In: Galindo, F. (Coord.). **Gobierno, derecho y tecnología**: las actividades de los poderes públicos. Thomson Civitas, Universidad de Zaragoza, 2006. p. 117.

RAMOS JÚNIOR, H. S. Eficiencia administrativa y gobierno electrónico en Brasil: el control de la Administración Pública por el ciudadano. In: **36º Jornadas Argentinas de Informática (36 JAIIO). Simposio Argentino de Informática y Derecho**. Buenos Aires: SADIO, 2007.

RAMOS JÚNIOR, H. S.; PIFFER, M. M. Democracia eletrônica no Brasil: princípios e perspectivas do uso das TICs pelo cidadão para participação no governo. In: **V Conferência**

Sul-Americana de Ciência e Tecnologia Aplicada ao Governo Eletrônico. Florianópolis: Ijuris, 2009. p. 451.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005.

A RELEVÂNCIA DA ATUAÇÃO MINISTERIAL NO INQUÉRITO POLICIAL E GESTOR DAS POLÍTICAS CRIMINAIS

Marcelo José dos Santos

*Estagiário de Pós-Graduação do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Escola do Ministério Público*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Garantias e intervenção penal. 1.1 Ciência processual e garantias. 1.1.1 Ciência no processo de criminalização. 2 A atuação do Ministério Público no inquérito policial. 2.1 O valor probatório do inquérito. 2.1.1 O Ministério Público como *dominus litis* e gestor criminal. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente artigo ocupa-se da análise do Ministério Público como gestor das políticas criminais, observando-se um possível conflito entre as garantias constitucionais e a intervenção penal. Analisa-se a ciência processual penal e suas garantias, levando-se em conta ciências como a criminologia. A atuação ministerial na fase de criminalização se apresenta de forma significativa na formação do delito, uma vez que o conjunto probatório dessa fase deve estar apto à plena convicção do Promotor de Justiça para a respectiva denúncia e para a promoção de arquivamento,

pois, na condição de *dominus litis*, o Órgão Ministerial, além de propulsor da perquirição criminal, é o principal combatente à criminalidade e da preservação das garantias estabelecidas. O objetivo está em constituir a consciência da importância da fase investigativa como instrumento de política criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Inquérito policial. Gestão criminal. Sistema Criminal. Garantias.

ABSTRACT

This article deals with the analysis of the prosecution as manager of the criminal polices, observing a possible conflict between the constitutional guarantees and penal intervention. Analyzes the science of criminal procedure and their guarantees, taking into account sciences such as criminology. The acting from Ministry at the stage crimination appears significantly in the formation of the offense, once, the set of evidence of this phase should be able to full conviction of the Attorney General for their denounces, as well, for the promotion of filing because the condition "*dominus litis*", the department Ministry, is to find evidence of crime and and also de must import main is to fighter against crime and the preservation of guarantees established. The goal is to provide awareness of the importance of investigative phase as an instrument of criminal policy.

KEYWORDS: Public Ministry. Police investigation. Management criminal. Criminal System. Warranties.

INTRODUÇÃO

A atuação do Ministério Público ao enfrentar a problemática da criminalidade tem se deparado com o descrédito social, por conta de sua crescente deslegitimidade, e diversas outras questões impostas tanto pela sociedade como pelo próprio desenvolvimento científico de outros

ramos ligados ao direito.

As incoerências na produção normativa somadas às ineficiências na atuação das instituições ligadas ao sistema criminal implicam a sua autodestruição, no seu descrédito, em sua deslegitimação, resultando na falência das garantias fundamentais, individuais e, principalmente, sociais, razão pela qual se pretende demonstrar a importância da atuação do Ministério Público no inquérito policial, visando à busca da promoção da justiça.

No primeiro momento, observou-se a ciência processual e as garantias dos indivíduos, expondo-se que, embora o Estado possua o direito de punir, possui, também, a responsabilidade de assegurar as garantias legais, evidenciando-se a importância de outras ciências ligadas ao sistema criminal, buscando fortalecer as respectivas garantias asseguradas nas normas legais.

Em seguida, ressaltam-se algumas questões relevantes sob a ótica da criminologia, as quais se mostram de grande relevância para a atuação ministerial e para a formação de políticas públicas e da gestão criminal, como a ciência do processo de criminalização e o processo de criação das normas criminais, como também a aplicação das normas já constituídas.

No segundo momento, verificaram-se os aspectos legais do Ministério Público assegurados pela atual Constituição, em especial a titularidade da ação penal pública e, entre outros, o princípio da obrigatoriedade.

Nesse contexto, enfatiza-se a atuação da instituição no processo de criminalização dos indivíduos, ou seja, na fase investigativa, na importância da plena convicção do Promotor de Justiça na formação do delito, o que deve ocorrer sempre com base nos princípios que norteiam a justiça criminal.

Dessa forma, com relação à busca da verdade, a plena convicção dos fatos deve estar para o Promotor na fase de investigação do mesmo modo que para o juiz no fim da instrução judicial probatória, tomando-se a cautela devida para não se firmarem teses em bases desconhecidas, de fato não instruídas, sem fundamentos.

Logo, a punição de alguém somente ocorrerá quando houver a certeza de infringência de uma regra existente. Assim, comprovada a violação dessa regra, tornar-se-á aplicável a sanção correspondente ou,

caso comprovada a inexistência do crime ou da responsabilidade do indiciado, a sua absolvição.

Ao fim, analisou-se o Ministério Público na condição de *dominus litis* como o principal combatente da criminalidade, razão pela qual se deve intensificar a aplicação dos princípios garantidores do reconhecimento da justiça, tanto na condenação como na absolvição, e, também, sua atuação perante as demais instituições envolvidas no sistema criminal, adotando-se uma postura de principal gestor dessas políticas.

1 GARANTIAS E INTERVENÇÃO PENAL

1.1 CIÊNCIA PROCESSUAL E GARANTIAS

Por muito tempo, a arbitrariedade dos detentores dos poderes imperou na formação das sociedades em diversos momentos históricos, resultando em perseguições e mortes cruéis.

Tais modos adotados em tempos remotos culminaram com revoltas de naturezas distintas e, assim, encontrou-se na reflexão uma forma salutar de manifestação de contrariedade.

A reflexão levou muitos pensadores à pena de morte, no entanto, ao longo do tempo, ter a vida ceifada em razão do pensamento não os intimidou e, assim, as ciências foram ocupando seus espaços e demonstrando sua relevância no desenvolvimento humano e social.

Tais reflexões culminaram no desenvolvimento da ciência jurídica, entretanto, a evolução dessa ciência nem sempre conseguiu demonstrar sua efetividade e a sua aplicação também sempre gerou muitas críticas

Cesare Beccaria¹, por exemplo, disse, em seu tempo, que “não é verdade que as ciências tenham sido sempre prejudiciais à humanidade e, quando foram, tratava-se de mal inevitável para os homens”, não deixando de registrar sua insatisfação com o modelo criminal de sua época, a saber:

Em face das luzes esparsas com profusão sobre a nação, cala-se a caluniosa ignorância e treme a autoridade, desar-

1 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. Trad. J. Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 111.

mada de razões, permanecendo imutável a vigorosa força das leis, pois não há homem esclarecido que não goste de pactos públicos, claros e úteis da segurança comum, ao comparar a parcela da inútil liberdade que sacrificou com a soma de todas as liberdades sacrificadas pelos outros homens, os quais, sem leis, poderiam tornar-se conspiradores contra ele.

Em tempos mais recentes, Miguel Reale² trouxe, em seus estudos, que a ciência jurídica “estuda o fenômeno jurídico tal como ele se concretiza no espaço e no tempo”, além da seguinte ideia:

A Ciência do Direito é sempre ciência de um Direito positivo, isto é, positivado no espaço e no tempo, como experiência efetiva, passada ou atual. Assim é que o Direito dos gregos antigos pode ser objeto de ciência, tanto como o da Grécia de nossos dias. Não há, em suma, Ciência do Direito em abstrato, isto é, sem referência direta a um campo de experiência social. Isto significa, todavia, que, ao estudarmos as leis vigentes e eficazes no Brasil ou na Itália, não devemos estar fundados em princípios gerais comuns, produto de uma experiência histórica que tem as mesmas raízes, as do Direito Romano.

O pensamento de Miguel Reale, quando diz que o direito é positivado no espaço e no tempo, como experiência efetiva, passada ou atual, é muito pertinente, uma vez que é das barbáries que se faz surgirem as garantias.

Desse modo, de forma diversa da do passado, nos tempos de hoje, todo aquele que tiver contra si qualquer conduta penal imputada, encontrará suas garantias asseguradas na ciência penal, processual penal e constitucional, assim como os demais cidadãos possuem a garantia de ver responsabilizados aqueles que infringirem uma conduta vedada pela lei.

Tais ciências se mostram importantes no desenvolvimento social à medida que o Estado assume a responsabilidade de solucionar os conflitos sociais, avocando a responsabilidade de estabelecer a justiça.

Para tanto, faz-se necessário que um indivíduo, ao ser acusado por infringir determinada conduta considerada criminosa, deva passar por um processo de análise, verificando-se as circunstâncias que envolvam a existência de um crime, para, ao fim, concluir sobre a responsabilidade do suspeito do ato criminoso.

2 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 17.

Nesse processo de análise, o acusado de um crime deve ser visto como um sujeito de direitos e possuidor de diversas garantias, que devem ser obrigatoriamente obedecidas, para que não ocorra injustiça tanto para o indiciado como para a sociedade.

A doutrina de Antonio Alberto Machado³, no tocante à ciência processual penal, mostra que esse é o instrumento pelo qual o acusado terá suas garantias asseguradas e, também, que tal norma não constitui um fim em si mesmo.

Ainda na primeira metade do século XX, questionados pelo “processualismo” ou formalismo excessivo que caracterizava o saber/fazer processual no alvorecer dessa ciência, os processualistas descobriram que o processo era também um veículo por meio do qual se poderia afirmar os valores constitucionais, tais como o contraditório, a ampla defesa, a liberdade, a igualdade, a justiça, a dignidade da pessoa etc. Com essa descoberta, a teoria processual ingressa na fase do chamado “processo constitucional” e experimenta uma inevitável ideologização de seu campo científico, já que os valores constitucionais, afirmados por meio do processo e inscritos nas Cartas Políticas, nada mais são do que valores políticos, portanto, ideológicos. Na atualidade, a ciência processual se encontra na fase da “instrumentalidade do processo”, uma vez que o sistema processual passou a ser considerado um meio ou um instrumento para a realização do direito e dos valores constitucionais, deixando, portanto, de se constituir num fim em si mesmo [...].

A lei processual penal, portanto, não deve ser tratada como mero procedimento com o fim de concretizar a consequente sanção prevista nas normas penais, mas, sim, como um instrumento jurídico capaz de demonstrar os fatos por meio do seu conjunto probatório, com intuito de formar a plena convicção dos acontecimentos.

A ciência processual deve estar em harmonia com as garantias do suspeito, assim como ela está para a efetiva tutela dos bens jurídicos amparados pela norma penal.

Nesse sentido é o que se colhe dos estudos de Guilherme de Souza Nucci⁴:

O culto à segurança desdobra-se em tutela da paz pública,

3 MACHADO. Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 5.

4 NUCCI. Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 70.

vedando-se formação de quadrilhas ou bandos, bem como o porte de arma de fogo, sem autorização legal. A propriedade possui inúmeros desdobros, alcançando vários tipos penais, que proibem furto, o roubo, a apropriação indébita, o estelionato e etc. O direito ao livre exercício de qualquer trabalho faz parte da sociedade democrática, demandando punição a quem busque, ilegalmente, reprimir e coibir essa opção individual.

A fim de trazer amparo tanto para o suspeito como para aquele que tiver seu bem jurídico lesionado, é que os princípios garantidores devem ser mais que respeitados, mas aplicados sempre em todo o decorrer da persecução criminal.

A aplicação dos princípios garantidores aos indiciados por crimes é o principal passo no alcance da promoção da justiça, uma vez que tanto a condenação quanto a absolvição devem ser justas. É, como diria Montesquieu, para quem “a injustiça feita a um é uma ameaça feita a todos”.

Jamais haverá injustiças ou excesso de poder no reconhecimento de um fato criminoso, sempre que houver respeito às garantias estabelecidas. Nesse contexto, não haverá que falar em distinção entre tipo “sistemático” e tipo “garantia”, como asseverou Zaffaroni⁵, em sua respeitada obra, a saber:

O princípio de legalidade penal exige que o exercício do poder punitivo do sistema penal aconteça dentro dos limites previamente estabelecidos para a punibilidade (com especial ênfase nos limites da tipicidade, a ponto de se tentar uma distinção entre “tipo sistemático” e tipo “garantia”. O princípio de legalidade processual (ou legalidade da ação processual) exige que os órgãos do sistema penal exerçam seu poder para tentar criminalizar todos os autores de ações típica, antijurídicas e culpáveis. Isto significa não apenas que o sistema penal somente exercia seu poder na medida estrita da planificação legal, como também que o sistema penal sempre, em todos os casos, deveria exercer esse poder.

A justiça criminal jamais poderá se afastar dos princípios garantidores assegurados nos textos normativos, pois essas normas e princípios não se confundem, eles se complementam.

Logo, a gestão criminal deve assegurar os direitos de todos os cidadãos, devendo perquirir soluções na prevenção da ocorrência de

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vania Romano Pedrosa, Almir Lope da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 20.

crimes, no modo de atuação após a ocorrência do fato e principalmente nos critérios utilizados na fase de criminalização dos indivíduos, ou seja, na investigação dos fatos.

A fim de elucidar o princípio da legalidade, vale trazer a excelente explicação de Luiz Luisi ⁶:

O princípio da legalidade, segundo a doutrina mais contemporânea, se desdobra em três postulados. Um quanto as fontes das normas penais incriminadoras. Outro concernente a enunciação dessas normas. E um terceiro relativo a validade das disposições penais no tempo. O primeiro dos postulados é o da reserva legal. O segundo é o da determinação taxativa. E o último é o da irretroatividade.

Pregando esta teoria a construção do estado como se tivesse origem em um contrato social, faz do Estado um mero instrumento de garantia dos chamados direitos do homem. A missão do Estado praticamente se limita a proteção efetiva desses direitos. Nascido com a preocupação de reagir ao absolutismo monárquico, o iluminismo preconiza a limitação do poder do Estado, garantindo ao cidadão uma faixa de ação. Ou seja: somente não é lícito aquilo que a lei proíbe. Dentre esses direitos se insere o da Reserva Legal, ou seja: somente a lei, e anteriormente ao fato, pode estabelecer que este constitui delito, e a pena a ele aplicável.

Do princípio da Reserva, outrossim, decorre - em se tratando de normas incriminadoras - a proibição do direito costumeiro e da analogia como fonte do direito penal. Possível, é, no entanto, tanto a aplicação de normas costumeiras e de analogia, quando "in bonam parte", ou seja, em benefício do réu.

Registre-se, ainda, que o postulado da Reserva Legal, além de arginar o poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao direito penal uma função de garantia, posto que tornando certos o delito e a pena, asseguram ao cidadão que só por aqueles fatos previamente definidos como delituosos, e naquelas penas previamente fixadas pode ser processado e condenado.

Como diria Beccaria, é preciso fazer com que as luzes acompanhem a liberdade e, para tanto, faz-se necessário o estudo científico das ciências que envolvem todo o contexto criminal, como muito bem esclarece o Desembargador catarinense Andrade⁷.

6 LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Rio Grande do Sul: Sérgio A. Fabris, 2003.

7 ANDRADE. Ledio Rosa de. **Atuação do ministério público e teorias penais**. Disponível em: <http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/Artigo_Cientifico.pdf> Acesso em: 27 out. 2012.

Não se pode afastar a ideologia da teoria do conhecimento, posto que qualquer atuar humano, seja físico ou intelectual, sempre envolve valores, a visão de mundo de cada sujeito. Por isto, a epistemologia jurídica, e, por conseguinte, a referente ao Direito Penal, não é uma atividade neutralizada axiologicamente. Admitir valor, ou subjetividade, na ciência, em particular nas ciências sociais, não significa desqualificá-la. É um fato humano.

Por mais que a intervenção do sistema criminal possa se tornar um mal, presente no convívio social, sua efetividade é de suma importância para o desenvolvimento social, desde que sejam aplicados durante a persecução criminal os princípios que asseguram as garantias aos suspeitos, como aos bens protegidos pelo ordenamento jurídico.

1.1.1 Ciência no processo de criminalização

A persecução penal ocorre em duas etapas, primeiro, a de criminalização, fase pré-processual, e, em seguida, de incriminação, fase processual.

O processo de criminalização é o momento em que ocorrerá a investigação criminal, tendo como um de seus instrumentos o inquérito policial. Desse modo, o procedimento investigativo e as provas formadas em seu âmbito possuem um valor probatório determinante no processo de criminalização do sujeito.

Registra-se, de início, que a criminologia é uma ciência muito importante nesses processos, pois busca explicar a criminalidade e encontrar soluções, uma vez que ela indaga o que a pessoa fez e por que o faz. A seu respeito, colhe-se a seguinte definição na obra de Nilo Batista⁸:

É a atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e de desvio destas normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma e conteúdo e seus efeitos.

É oportuno também trazer um breve histórico sobre criminologia que se encontra na lição de Nucci⁹:

8 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 27.

9 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 69.

A criminologia envolve a antropologia criminal (estudo da constituição física e psíquica do delinquente), inaugurada por Cesare Lombroso com a obra *O homem delinquente*, bem como a psicologia criminal (estudo do psiquismo do agente da infração penal) e a sociologia criminal (estudo das sociais da criminalidade). Roberto Lyra inclui, ainda, no seu contexto a política criminal, definindo-a como a “ciência que estuda: a) as causas e as concausas da criminalidade e da periculosidade preparatória da criminalidade; b) as manifestações e os efeitos da criminalidade e da periculosidade preparatória da criminalidade; c) a política a opor, assistencialmente, à etiologia da criminalidade e da periculosidade preparatória da criminalidade, suas manifestações e seus efeitos”. E arremata, afirmando que, enquanto a criminologia “considera verticalmente, a criminalidade (conceito criminológico)”, o direito penal “considera, horizontalmente, o crime (conceito jurídico)”.

Dessa forma é que a criminologia se mostra como uma das principais ciências ligadas ao direito, no que se refere à busca do desenvolvimento e à aplicação da norma penal e processual penal.

Uma das questões que a ciência da criminologia expõe, que é importante para o presente estudo, encontra-se nas teorias de deslegitimação das políticas criminais, que, desde sempre, acompanham o sistema criminal e, nesse sentido, é o que se verifica na ideia de Zaffaroni¹⁰, a saber:

[...] a deslegitimação do sistema penal é resultante da evidência dos próprios fatos. No entanto, se há alguns anos, pretendia-se legitimar o exercício de poder no sistema penal em nome de nebulosas e futuras adaptações do mesmo à legalidade (que se produziria em função de um hipotético desenvolvimento, entendido no sentido spenceriano), a atual deslegitimação desenvolvida pela teoria sociológica central e pela criminologia da reação social fechou a antiga via legitimante ao destruir a ilusão na qual se assentava [...].

Em síntese, as contribuições teóricas deslegitimantes mais significativas para a desqualificação do discurso jurídico penal em nossa área foram a criminologia da reação social em suas vertentes intervencionistas, fenomenológicas, marxistas dos autores que trabalham teoricamente a partir do reconhecimento da eficácia deslegitimante dos anteriores, as de Foucault quanto à microfísica do poder e, mais recentemente, as contribuições da criminologia da economia dependente.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 68-69.

Jock Young¹¹ explica sucintamente que, com o avanço do modelo capitalista, aumentou o desinteresse pelos ideais imaginados no período iluminista, que entre os ideais racionais da época e o desejo de progresso da modernidade prevaleceu o capital.

A crise da criminologia é a crise da modernidade. Os pilares gêmeos de razão e progresso do projeto modernistas, a aplicação da lei no controle e arbitragem dos assuntos humanos e a intervenção do governo para construir uma ordem social justa vacilam sob o peso de suas próprias contradições e ineficiências. O iluminismo do século XVIII e a revolução científica do século XIX nos legaram os dois paradigmas mais importantes da criminologia, classicismo e positivismo, e é o questionamento dessas duas doutrinas que tem gerado o intenso debate característico do final do século XX. O espectro da dúvida cobriu, uma após a outra, as velhas certezas sobre a natureza óbvia do crime, o papel central do sistema de justiça criminal em seu controle, e a possibilidade de realizar, pela intervenção do governo, um contrato social abrangente de todos os cidadãos. O processo abrangente, é claro, todas as áreas das políticas sociais, ainda que tenha sido sentido de maneira mais aguda no seio da criminologia, pois o crime e as ansiedades que o circundam são, como sempre, a rosa-dos-ventos a mudar em nossa sociedade.

As duas correntes intelectuais que sinalizaram o suposto “fim da história” são o neoliberalismo, a filosofia do mercado da Nova Direita e o pós modernismo, uma ressuscitando o passado *laissez-faire* como chave para criar políticas governamentais efetivas, a outra baseando suas afirmações num futuro pós-industrial em que todas as certezas do iluminismo se tornaram inaplicáveis. O colapso do “socialismo” de Estado no leste e as dúvidas crescentes em relação aos programas imaginados pelas social-democracias salientaram a fragilidade das metanarrativas de progresso através do planejamento governamental. Politicamente, a resposta foi a tentativa das administrações emergentes da Nova Direita de substituir a metanarrativa pelo mercado. Intelectualmente, foi o crescimento do pós-modernismo, que, de modo semelhante, rejeitou a validade das metanarrativas como marco para o desenvolvimento social, político e cultural. Tanto a filosofia de mercado da Nova Direita como o pós-modernismo têm tido efeitos profundos sobre a criminologia.

O avanço do capitalismo sinalizou efeitos também no que concerne à exclusão daqueles indivíduos que não possuem condições de manter um bom padrão de vida.

11 YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*, Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 58.

A transição da modernidade à modernidade recente pode ser vista como um movimento que se dá de uma sociedade inclusiva para uma sociedade excludente. Isto é, de uma sociedade cuja tônica estava na assimilação e na incorporação para uma que separa e exclui. [...] envolveu processos de desintegração tanto na esfera da comunidade (aumento do individualismo) como naquela do trabalho (transformação do mercado do trabalho). Ambos os processos resultam de forças de mercado e sua transformação pelos atores humanos envolvidos¹².

As diversas experiências sociais, no decorrer dos tempos, até então aplicadas no sistema jurídico criminal, não têm logrado êxito na comprovação de sua eficácia, sob a ótica predominante entre os cidadãos de que tal sistema possui como finalidade repreender a criminalidade.

A lição de Baratta explica que a motivação do comportamento criminoso não difere do comportamento conforme a lei, sob a ótica de que o problema se encontra na definição da norma penal, e continua:

A distinção entre os dois tipos de comportamento depende menos de uma atitude interior intrinsecamente boa ou má, social ou antissocial, valorável positiva ou negativamente pelos indivíduos, do que da definição legal que, em um dado momento distingue, em determinada sociedade, o comportamento criminoso do comportamento lícito. Por debaixo do problema da legitimidade do sistema de valores recebidos pelo sistema penal como critério de orientação para o comportamento socialmente adequado e, portanto, de discriminação entre conformidade e desvio, aparece como determinante o problema da definição do delito, com as implicações políticos-sociais que revela, quando este problema não seja tomado por dado, mas venha tematizado como centro de uma teoria da criminalidade¹³.

Nesse passo, outra relevante questão é a teoria da reação social, conforme preconiza a obra de Alessandro Baratta, ao expor a seguinte ideia:

Esta direção da pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as

12 YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revam, 2002. p. 23.

13 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revam, 2011. p. 85.

aplicam), e que, por isso, o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinquente”. Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.¹⁴

A compreensão do sistema jurídico criminal não se encontra somente no texto repressivo da norma mas principalmente na sua ideologia formadora, no seu desenvolvimento histórico, na sua finalidade e na eficiência do modelo utilizado.

Em que pese a existência de divergências aos diversos modelos de sistema criminal no decorrer dos tempos, é necessária uma norma regulamentadora das condutas humanas, como um meio de tutelar os diversos bens jurídicos que só encontram amparo por meio da norma penal.

Devem-se levar em consideração, ainda, os estudos de Baratta, ao mencionar a reflexão de Romagnosi, em um parágrafo famoso, ao dizer que, “se depois do primeiro delito existisse uma certeza moral de que não ocorreria nenhum outro, a sociedade não teria direito algum de puni-lo [o delinquente]”¹⁵.

Razão pela qual é importante frisar a importância das garantias e do princípio da legalidade, como se denota na mais atual doutrina do pensamento garantista de Luigi Ferrajoli¹⁶, a saber:

Mais exatamente, entendido como fonte jurídica de legitimação, o princípio da legalidade representa um postulado jurídico do juspositivismo no qual se baseia a função garantista do direito contra o arbítrio. Pode-se até afirmar, com paradoxo aparente, que a ideia da legalidade como fonte exclusiva e exaustiva do direito positivo nasce propriamente como uma instância jusnaturalista de

14 BARATTA. Alessandro, *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revam, 2011. p. 86.

15 BARATTA. Alessandro, *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revam, 2011. p. 35.

16 FERRAJOLI. Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 802.

racionalidade e de justiça. Em dois sentidos, que depois correspondem aos dois modelos de legalidade (lata ou estrita) e de legitimação (formal e substancial) nos quais o princípio foi aqui articulado: de um lado, no sentido de que a (mera) legalidade, como fonte (formal) de vigor das normas jurídicas, é uma garantia de certeza e também de liberdade contra os poderes de outro modo desregulados; por outro, no sentido de que a (estrita) legalidade, como fonte (substancial) de validade das mesmas normas, representa uma técnica de positivação e de estabilização dos direitos fundamentais dos cidadãos, idônea a tornar funcional a sua tutela e a satisfazer o “artifício” estatal de outro modo “absoluto”.

A aplicação da norma penal deve ser precedida de detida análise das ciências que apresentam elementos identificadores dos efeitos psicológicos, sociais e jurídicos de uma decisão judicial.

De fato, como dito anteriormente por Zaffaroni, a legalidade não pode se sobrepor à legitimidade, uma vez que tal afirmação se encontra na interpretação da norma e dos fatos, com base, não somente na lei, mas, principalmente, nos princípios, criando-se, assim, um caminho expressivo para o desenvolvimento da justiça.

Não obstante, sempre haverá teses buscando reprimir a aplicação da norma penal, como a do próprio Zaffaroni:

A quebra de racionalidade do discurso jurídico penal arrasta consigo, como sombra inseparável, a pretendida legitimidade do exercício de poder dos órgãos de nossos sistemas penais. Atualmente, é incontestável que a racionalidade do discurso jurídico penal tradicional e a consequente legitimidade do sistema penal tornaram-se “utópicas” e “atemporais”: não se realizarão em lugar algum e em tempo algum.¹⁷

Entretanto, deve-se levar em conta, também, a seguinte situação:

Há uma tendência entre os críticos sociais, particularmente os da esquerda do espectro político, de celebrar a detecção e o anúncio de distopias. Cada novo desenvolvimento é visto como um arrocho no torniquete do controle, e sinal precursor de algum totalitarismo novo e tecnologicamente sofisticado. Num passado não muito distante, estas observações eram vistas como prova de um resvalo inevitável da direção da barbárie social. Não tenho dúvidas de que tais mudanças sejam necessárias, mas os distópicos dão a impressão de terem desistido da transformação do futu-

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 19.

ro, e de que tudo que lhes restou foi um reflexo pálido e melancólico do presente.

Portanto, o Órgão Ministerial, ao diagnosticar as patologias da sociedade, deve visar a soluções de interesse público, não deixando se aproximar a racionalização das normas deslegitimadas, levando-se em consideração as demais ciências que norteiam a dogmática penal e processual penal, desde o processo de criminalização até os direitos garantidos na fase de execução penal, visto que, tal comportamento é o mínimo que se espera da atuação dos responsáveis pelas instituições que se encontram na gerência das políticas criminais.

Ademais, os gestores criminais, em especial o Órgão Ministerial, devem fazer uso dos meios jurídicos existentes quando a tipificação de uma conduta não se mostrar a opção mais acertada, podendo assim agir em todos os graus de jurisdição, pois, além de possuir capacidade postulatória para tanto, é o órgão legitimado para o efetivo exercício da promoção da justiça.

2 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO INQUÉRITO POLICIAL

2.1 O VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO

Como visto, o processo de criminalização, o qual ocorre na fase de investigação criminal, é extremamente importante para o alcance da justiça, tendo em vista que as convicções que envolvem um fato criminoso se iniciam antes de uma ação judicial, pois, se assim não fosse, de forma alguma existiria o processo de investigação.

A convicção da ocorrência e do reconhecimento da responsabilidade pelos fatos criminosos não se restringe somente ao momento do edito final, mas principalmente na formação do delito, como bem registra Nucci¹⁸, em sua doutrina:

Observa-se, portanto, que a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, elementos do crime, gravitam em torno do bem jurídico; em razão dele são tecidos tipos penais incriminadores, formando a ilicitude penal; conforme o

18 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 71.

grau de lesão provocado ao bem jurídico, ingressa-se na avaliação da culpabilidade, tanto na parte concernente à formação do delito, como também no âmbito da aplicação da pena, afinal, bens jurídicos fundamentais demandam penas mais severas.

A formação da certeza em um fato criminoso não ocorre somente no momento em que o magistrado fixar a condenação do condenado mas também nos momentos prévios de análise da conduta em apreço, sob pena de deixar a responsabilidade de condenação ou absolvição somente para o magistrado, o que pode tornar a atuação do Ministério Público inexpressiva, o que é um contrassenso sem explicação, pois a titularidade, exceto nos casos de ação penal privada, de demandar no juízo penal, nos crimes de ação pública, é do Órgão Ministerial .

A titularidade do Ministério Público nasce a partir da previsão do art. 129, I, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), a qual dispõe que, entre as funções institucionais do Ministério Público, encontra-se a de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

O art. 24 do Código de Processo Penal, primeira parte, diz que, nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, bem como no art. 100 do Código Penal, ao dizer que a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

Portanto, compete ao Ministério Público, na condição de *dominus litis*, formar a *opinio delicti* e decidir quem denunciar em caso de ação penal pública. Assim, a titularidade da ação penal pública, seja condicionada ou incondicionada, concedida ao Órgão Ministerial não se trata de mera faculdade, mas de um dever.

Tal dever se verifica, também, na previsão legal no Código de Processo Penal, em seu art. 42, quando estabelece que o Ministério Público não poderá desistir da ação penal e, sendo assim, o mencionado artigo nos remete à análise do princípio da obrigatoriedade, colhendo-se da doutrina de Nucci¹⁹ a seguinte ideia a respeito do tema:

O princípio da obrigatoriedade da ação penal, na realidade, representa um subprincípio, ou uma regra constitucional, advinda da legalidade. Praticada a infração penal, nasce

19 NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 102.

para o Estado o direito de punir. Conforme preceito legal impõe-se a instauração da investigação policial, como regra, de ofício (art. 5º, I, CPP). Realizada as diligências indispensáveis, formado o inquérito policial, destinam-se os autos à avaliação do Ministério Público, que terá apenas as seguintes hipóteses legais de procedimento: a) oferecer denúncia; b) requerer novas diligências para sanar falhas ou lacunas; c) requerer a extinção da punibilidade do indiciado; d) requerer o arquivamento.

De toda forma, a legalidade impõe a obrigatoriedade da ação penal. havendo elementos suficientes, comprovando a materialidade e a autoria de crime de ação pública incondicionada, deve o Ministério Público atuar. Não se está no campo da discricionariedade, como ocorreria caso o princípio da oportunidade estivesse vigorando. Note-se, inclusive, que o pedido de arquivamento do inquérito ou outras peças de informações deve ser fundamentado, bem como lastreado em insuficiência probatória no tocante à materialidade ou à autoria.

Nesse contexto, é que se ressalta a importância do inquérito policial e da relevância da atuação do Promotor de Justiça nesta fase do processo incriminatório, e vale trazer o voto do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello²⁰:

Todos sabemos que o inquérito policial, enquanto instrumento de investigações penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado, ordinariamente, a subsidiar a atuação persecutória do próprio Ministério Público, que é, nas hipóteses de ilícitos penais perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária. Trata-se, desse modo, o inquérito policial, de valiosa peça informativa, cujos elementos instrutórios, precipuamente destinados ao órgão da acusação pública, visam a possibilitar a instauração da "*persecutio criminis in iudicio*" pelo Ministério Público.

Logo, a afirmação da certeza das provas produzidas no inquérito policial deve estar para o promotor, para oferecer a denúncia ou promover o arquivamento, do mesmo modo que deve estar para o juiz quando da condenação ou absolvição, sob pena de se cometer uma grande injustiça, como bem expõe Eugênio Pacelli de Oliveira²¹:

Nessa linha de considerações, o risco de condenação de um inocente há de merecer muitos e maiores cuidados que o risco da absolvição de um culpado. Não porque os

20 HC. 87.610. Rel. Min. Celso de Mello.

21 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 34.

danos levados ao réu pela pena sejam maiores que aqueles causados à vítima no crime, mas porque toda e qualquer reconstrução da realidade (a prova processual) submetem-se à precariedade das regras do conhecimento humano.

Pois bem, para não incorrer na injustiça de absolver um culpado ou condenar um inocente e levando-se em consideração que a certeza da formação do delito deve estar para o promotor assim como para o juiz de que a plena convicção dos fatos é o que determina reconhecimento, ou não, de um fato criminoso, é que se deve trazer algumas considerações sobre a busca da verdade dos fatos.

A verdade dos fatos, em todas as situações, logicamente, estará entre a certeza e a dúvida, mas discernir estas duas circunstâncias é uma tarefa árdua, à qual os operadores do direito são submetidos diariamente em suas rotinas.

Observa-se, nos estudos de Nicola Framarino Dei Malatesta²², o seguinte:

A dúvida é um estado complexo. Existe dúvida. Em geral, sempre que uma asserção se apresenta com motivos afirmativos e negativos; ora, pode dar-se a prevalência dos motivos negativos sobre os afirmativos e os negativos e tem-se o crível no sentido específico. Pode haver, finalmente, prevalência dos motivos afirmativos e negativos e tem-se o provável. Mas o improvável não é, propriamente, senão o contrário do provável; o que é provável pelo lado dos motivos maiores é improvável pelo dos motivos menores e por isso, a dúvida, não se reduz propriamente às duas únicas subespécies simples do crível e do provável.

No meio jurídico, a identificação da verdade ganhou um princípio denominado de princípio da verdade real, apresentando-se seu significado na explicação de Antonio Alberto Machado²³, a saber:

O princípio da verdade real significa que o processo-crime deve buscar sempre a verdade substantiva dos fatos e não pode se satisfazer simplesmente com a verdade formal, ou com presunções de verdade, como acontece às vezes no processo civil em caso de ausência de contestação e onde estão em jogos direitos disponíveis. É que os bens e direitos discutidos no processo penal, argumenta-se, têm uma enorme relevância para a sociedade e para os indivíduos, muito maior do que aqueles que normalmente são disputados na

22 MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2004. p. 23.

23 MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 76.

relação processual civil, os quais, exceção feita às sanções coletivas, afetam exclusivamente os interesses particulares.

Luigi Ferrajoli²⁴, por sua vez, afirma que o juízo penal é um saber/poder, ou seja, uma combinação entre conhecimento e decisão, e continua:

A definição da noção de “verdade real” ou “processual” e a análise das condições nas quais uma tese jurisdicional é (ou não é) “verificável” e “verificada” constituem, pois, o primeiro capítulo de uma teoria analítica do direito e do processo penal e, também, os principais parâmetros de um sistema penal garantista. Sem uma adequada teoria da verdade, da verificabilidade e da verificação processual, toda a construção do direito penal do iluminismo, que aqui chamei de “cognitiva” ou “garantista”, termina apoiada na areia, resulta desqualificada, enquanto puramente ideológicas as funções civis e políticas a ela associadas. Hoje, parece sem dúvida inadequado e não confiável o realismo gnosiológico vulgar, que esteve na base da concepção do iluminismo, do juiz como a “boca da lei”. O descrédito científico que acompanha esta concepção tem gerado, todavia, na cultura jurídica, na falta de alternativas epistemológicas adequadas, uma difusa desconfiança em face do mesmo conceito de “verdade” no processo, alimentando atitudes cépticas e tentações decisionistas. A prevenção anticognitivista de grande parte da ciência e da filosofia do direito foi acrescida, ademais, de outros dois fatores: antes de tudo, dos inegáveis aspectos discricionários e valorativos exibidos na prática judicial, mas em grande parte devidos à carência ou à debilidade de fatos das garantias nos sistemas penais positivos; em segundo lugar, da ideia, que como veremos é produto de um juízo metafísico, de que a falta de critérios objetivos seguros para afirmar que uma tese judicial é verdadeira torna inservível ou até mesmo desorientando o próprio conceito de verdade processual.

De nada adianta um sistema cheio de garantias se a verdade não for perquirida, se não houver um comprometimento com a busca no que se refere ao conhecimento dos fatos. A insegurança, mencionada por Ferrajoli, ao se defender uma tese no juízo penal, na maioria das vezes, é devido à falta de apreço pela desatenta formação das provas na fase investigativa.

Assim, cabe ao Ministério Público realizar um trabalho eficaz na fase de investigação, atuando, de forma intensa, não somente buscando identificar os fatos por meio das solicitações de diligências mas também

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 49-50.

fazendo com que a autoridade policial, do mesmo modo, atue com inteligência e eficiência na busca da verdade dos fatos.

A atuação ministerial deve se atentar a cada momento processual, buscando evitar a convivência com eventuais falhas seja do sistema judiciário e/ou do próprio Estado.

Vale ressaltar que a busca da verdade dos fatos não implica o desenfreado pedido de diligências à autoridade policial com pedidos desatentos e desnecessários, que só faz aumentar a demanda criminal.

Registra-se que, se o aparato policial local não se encontra em condições de realizar suas tarefas com brevidade e eficiência, o Ministério Público pode atuar no sentido de aprimorar o trabalho policial, auxiliando-os, seja com palestras, reuniões, enfim, da forma que lhe convir, até mesmo, formalmente, por meio de recomendações, mediante o controle externo da atividade policial.

Se não bastasse, a instituição possui capacidade postulatória para buscar amparo nos casos em que houver ausências do Estado, pois faz parte das funções da instituição defender o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, como bem prevê o *caput* do art. 127 da CRFB.

Dessa forma, sendo o Ministério Público o titular da ação, cabe ao Promotor de Justiça uma profunda análise não somente das provas, que serão fundamentais para a formação do delito, mas também dos aspectos levantados anteriormente no que se refere aos efeitos sociais e jurídicos da aplicação da norma penal e, principalmente, das garantias que norteiam o âmbito penal e processual penal.

2.1.1 O Ministério Público como *dominus litis* e gestor criminal

Observa-se, no *caput* do art. 5º da CRFB, que uma das garantias previstas a todos os brasileiros e residentes no País é a inviolabilidade do direito à segurança, o que implica um papel fundamental ao Órgão Ministerial na condução da persecução criminal, pois, na condição de *dominus litis*, o Ministério Público se encontra em uma posição determinante no que se refere às políticas criminais, tendo em vista ser o propulsor de todo o processo de perseguição criminal.

No mais, tem ainda a disposição do art. 127 da CRFB que também demonstra sua importância, ao dispor que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A respeito dos referidos direitos, vale trazer os ensinamentos do Manual de Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público²⁵:

Tais direitos, que têm a ver com civilidade, não são simples recomendações que possam ser ignoradas ou flexibilizadas sem consequências: sua inobservância implica em ilegalidade. É inadmissível que, sob o pretexto de evitar ou reprimir delitos, as forças policiais não os observem. A repressão à criminalidade e a persecução penal, imprescindíveis à vida em sociedade somente serão legítimas se realizadas com estrita observância a estes direitos.

O estudo da Lei vigente demonstra que o Ministério Público é o grande responsável no combate à criminalidade, como também verifica o Desembargador catarinense Andrade²⁶:

[...] a titularidade exclusiva da ação penal pública, como, ainda, dando-lhe poder sobre o aparato policial, devendo promover seu controle externo e, ainda, determinar a abertura de inquéritos policiais. Também, está sob sua responsabilidade a fiscalização do sistema prisional ou de qualquer outro em que haja menor ou idoso. Além disso, pode responsabilizar criminalmente os maus gestores do dinheiro público. Afora destas e outras funções específicas, previstas no art. 129, I, VII e VIII, da Constituição Federal, compete-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Isto está previsto no artigo 127 da Carta Magna. Não bastasse a Lei Maior, o Ministério Público tem suas funções ratificadas e reforçadas pela Lei Orgânica do Ministério Público (Federal e as Estaduais), pelo Código Penal e Código de Processo Penal, e, por fim, pela Constituição de cada unidade da Federação.

A fim de esclarecer o entendimento sobre política criminal, mostra-se importante apresentar os estudos de Nucci²⁷, a saber:

25 Manual de Controle Externo da Atividade Policial. Disponível em: <<http://intranet.mp.sc.gov.br/intranet/contendo/ManualNacionaldoCONTROLEEXTERNOdaATIVIDADEPOLICIAL.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2012.

26 ANDRADE. Ledio Rosa de. **Atuação do ministério público e teorias penais**. Disponível em: <http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/Artigo_Cientifico.pdf>. Acesso em 30 maio 2012.

27 NUCCI. Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 68.

Variando do conceito de ciência, para uns, há apenas uma técnica ou um método de observação e análise crítica do Direito Penal, para outros, parece-nos que política criminal é uma maneira de raciocinar e estudar o Direito Penal, fazendo-o de modo crítico, voltado ao direito posto, expondo seus defeitos, sugerindo reformas e aperfeiçoamentos, bem como com vistas à criação de novos institutos jurídicos que possam satisfazer as finalidades primordiais de controle social desse ramo do ordenamento.

A política criminal se dá tanto antes da criação da norma penal como também por ocasião de sua aplicação. Ensina Heleno Fragoso que o nome de política criminal foi dado a importante movimento doutrinário, devido a Franz Von Liszt, que teve influência como “tendência técnica, em face da luta de escola penais, que havia no princípio deste século (referindo-se ao século XX) na Itália e na Alemanha. Essa corrente doutrinária apresentava soluções legislativas que acolhiam as exigências de mais eficiente repressão à criminalidade, mantendo as linhas básicas do Direito Penal Clássico”. E continua o autor afirmando que o termo passou a ser utilizado pela ONU para denominar o critério orientador da legislação, bem como os projetos e programas tendentes a mais ampla prevenção do crime e controle da criminalidade.

O alcance da segurança social não se concretiza somente com a atuação na repressão dos criminosos, mas principalmente com um trabalho organizado de prevenção. O combate à criminalidade se faz com políticas públicas eficazes, com investigações bem produzidas, atuação ministerial perspicaz e de análises responsáveis pelo poder judiciário.

O envolvimento das pessoas responsáveis em cada um desses seguimentos é impreterível e se encontra no controle externo da atividade policial, um importante instrumento para a formação de um ciclo que deverá ter como objetivo um resultado satisfatório à sociedade.

Cabe trazer os estudos de Rogério Greco²⁸, que diz:

Enfim, a participação da Polícia Militar é indispensável para que seja feita justiça no caso concreto. Por isso, seu relacionamento com o Ministério Público deve ser o melhor possível. Na verdade, a Polícia, o Ministério Público e a Magistratura buscam um objetivo comum que é a pacificação social. O Ministério Público não deve tratar a Instituição Policial como sua inimiga, e tampouco a Instituição Policial deve enxergar o Ministério Público, simplesmente, como um órgão que sente prazer em oferecer denúncia contra policiais.

28 GRECO, Rogério. **Atividade Policial**. Niterói: Impetus, 2011. p. 78-79.

O controle externo da atividade policial, conferido ao Ministério Público, é um importante meio para efetivar o combate à criminalidade e proporcionar a segurança social. Não serve somente para intervir como fiscalizador das atividades dos órgãos de segurança, mas principalmente como um instrumento capaz de unir os responsáveis pelo sistema de segurança e desenvolver mecanismos que propiciem uma efetiva atuação do poder público.

Assim é o que preconiza o respectivo manual de controle externo da atividade policial do Ministério Público²⁹:

A atividade policial é, por excelência, a face mais visível do poder do Estado, pois mostra a força e coercitividade decorrente de sua supremacia, podendo afetar significativamente os direitos essenciais do cidadão: a vida, a liberdade e os bens. Daí porque, num Estado Democrático de Direito, referida atuação deve sempre, mais que qualquer outra, pautar-se pelo respeito aos direitos e garantias. A atuação institucional nessa seara, portanto, vai além da fiscalização das atividades tendentes à persecução penal, cabendo ao Ministério Público reprimir eventuais abusos, mediante instrumentos de responsabilização pessoal (penal, cível e administrativa) e também zelar para que as instituições controladas disponham de todos os meios materiais para o bom desempenho de suas atividades, inclusive, quando necessário, acionando judicialmente o próprio Estado. A função controladora estende-se a todos os órgãos constitucionalmente incumbidos de atividades policiais e de segurança pública, abrangendo as polícias civis, militares, legislativas, federal, rodoviária, ferroviária, corpos de bombeiros e guardas municipais.

O Órgão do Ministério Público deve atuar também como um parceiro, buscando integrar o sistema de segurança, e tal atuação deve ocorrer com base nas garantias estabelecidas nas normas penais, processuais penais e, principalmente, constitucionais, como muito bem expõe o Desembargador catarinense Andrade³⁰:

Se os princípios constitucionais não são respeitados, os princípios básicos do Direito Penal são desmentidos. O princípio da legalidade convive com um Estado que escolhe os crimes de acordo com valores políticos e reprime a criminalidade de maneira seletiva. A sociedade, a rigor, é composta de criminosos, mas, tão-só, pequena parte é

29 Manual de Controle Externo da Atividade Policial. Disponível em: <<http://intranet.mp.sc.gov.br/intranet/conteudo/ManualNacionaldoCONTROLEEXTERNOdaATIVIDADEPOLICIAL.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2012.

30 ANDRADE, Ledio Rosa de. **Atuação do ministério público e teorias penais**. Disponível em: <http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/Artigo_Cientifico.pdf>. Acesso em: 30 maio 2012.

criminalizada. Por conseguinte, o princípio do bem e do mal é uma falácia. O princípio da culpabilidade há que se defrontar com tipos legais totalmente políticos, que não encontram qualquer atitude interna reprovável. A pena não consegue prevenir a criminalidade, pois esta, para ser combatida, depende mais de justiça social do que de repressão e prisão. O Direito Penal não é igual para todos, isto tanto na legislação, como na atuação do Ministério Público, ou nas decisões judiciais. Há uma atuação seletiva. Nem sempre os valores escolhidos para tipificar delito representam o interesse social. A escolha é política e direcionada à repressão de determinados estamentos da sociedade.

A observação do Desembargador catarinense é extremamente pertinente, pois a inobservância de princípios basilares só poderá acarretar desigualdades na aplicação da norma, razão pela qual as tutelas penais devem ser analisadas com maior rigor, tendo em vista que, além de amparar direitos que nenhum outro ramo ampara, lida com a liberdade dos envolvidos.

Atuar rigorosamente nas demais instituições envolvidas no sistema criminal é essencial para fazer valer suas prerrogativas inseridas na atual Constituição e para a promoção de políticas públicas eficientes para os cidadãos de cada região.

No mais, ao Ministério Público incumbe colocar em prática o sistema penal, outra razão pela qual a Instituição deve intervir nas demais instituições que estão diretamente ligadas ao sistema criminal.

É necessário, pois, que o Ministério Público brasileiro se fortaleça, a fim de fazer valer a função controladora que a Constituição lhe confiou, com o objetivo incondicional de assegurar aos cidadãos um sistema criminal eficiente e atento aos direitos fundamentais.

Não se trata de preocupação com a legitimação do poder, com intuito de receber algum tipo de mérito, mas de combater a criminalidade visando ao desenvolvimento do sistema criminal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão do sistema jurídico criminal não se encontra somente no texto repressivo da norma, mas principalmente na sua ide-

ologia formadora, no seu desenvolvimento histórico, na sua finalidade e na eficiência do modelo utilizado.

O sistema jurídico criminal busca atuar como acautelador da harmonia social, buscando reprimir os focos destrutivos, segregando os malfeitores, porém, por mais desenvolvido que possa ser o sistema jurídico, ainda não se encontrou um meio eficaz que proporcione segurança integral aos cidadãos.

A atenção às garantias processuais e penais e a aplicação de teorias minimalistas, além de todo o empenho do poder judiciário, não é suficiente para promover uma justiça social que traga absoluta paz no que se refere à criminalidade.

Por isso, é necessário, ainda, atentar-se ao nascedouro das definições legais, observando-se quais os comportamentos estão sendo objeto da repressão estatal, possuindo o Ministério Público meios para atuar também nesse momento, com ações de inconstitucionalidade e outros meios judiciais e extrajudiciais que lhe cabem.

Não obstante a análise do conjunto probatório formado nos autos do inquérito merece total atenção em seu período de tramitação, pois, além de impor aos envolvidos as obrigações legais por responder uma ação penal, possui extrema importância no que se refere às políticas criminais.

A promoção da justiça é assegurar as garantias tanto dos envolvidos como das vítimas que tiverem seus direitos violados, tendo a consciência de que o inquérito policial é um instrumento de política criminal, razão pela qual, a fase de investigação merece total atenção do Órgão Ministerial, o qual não pode permitir a desvalorização da fase investigativa.

Verificou-se a importância de outras ciências na aplicação diária da norma, as quais promovem um efetivo sistema de garantias, constatando-se, ainda, que há de se ter cautela com teorias extravagantes e tomando-se o devido cuidado ao analisar as patologias sociais, sendo necessário considerar que a finalidade de qualquer evolução jurídica deve se dar em prol da sociedade.

A norma penal não pode ser encarada como o principal instrumento no combate ao crime, desse modo, estar-se-ia abolindo princípios

basilares da norma penal, como os princípios da *ultima ratio*, intervenção mínima, igualdade, culpabilidade e da lesividade.

A norma penal, tão somente, jamais irá trazer a solução para combater a criminalidade e reprimi-la com a força policial, também não resolverá o problema. A simples segregação daquele que desrespeitar a norma penal é tão simplesmente excluí-lo da sociedade.

A atuação do Estado assegurando as garantias estabelecidas deve ocorrer em todas as fases, não somente na perseguição criminal mas também na fase de execução da pena.

Como disse Zafaroni, se tivéssemos a certeza de que uma vez punido o delinquente não voltaria a punir, teríamos a certeza de que a segregação de fato cumpre o seu caráter ressocializador.

É necessário buscar outras áreas de conhecimento como a medicina, a psicologia, a psiquiatria, a sociologia etc., para a evolução do sistema criminal, não se pode pensar que a norma jurídica é um fim em si mesmo.

Para evitar o caos, é necessário trabalhar o social, é necessário trabalhar com as gerações futuras, com as crianças e os adolescentes, mostrando a realidade do uso de drogas e da criminalidade.

A melhor sociedade é aquela que possui a melhor instrução, portanto o primeiro passo é investir o dinheiro público na educação, em projetos sociais, em estruturas e programas decentes que propiciem o tratamento de pessoas que cometem crimes, e o Ministério Público deve fazer seu papel, também, combatendo arduamente os administradores públicos que cometem atos ímprobos em suas gestões e impedem a correta aplicação do dinheiro público.

Por fim, conclui-se que a postura do Ministério Público diante do problema da criminalidade não se deve restringir ao princípio da obrigatoriedade previsto no art. 42 do Código Penal, seu papel vai além do oferecimento da denúncia, sua atuação deve ocorrer como a principal instituição no que se refere à gestão das políticas criminais.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Ledio Rosa de. **Atuação do ministério público e teorias penais**. Disponível em: http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/Artigo_Cientifico.pdf.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GRECO, Rogério. **Atividade Policial**. Niterói: Impetus, 2011.
- LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Rio Grande do Sul: Sérgio A. Fabris, 2003.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2004.
- Manual de Controle Externo da Atividade Policial. Disponível em: <http://intranet.mp.sc.gov.br/intranet/conteudo/ManualNacionaldoCONTROLE-EXTERNODAATIVIDADEPOLICIAL.pdf>.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

PENAL

CRIME, MEDIAÇÃO OU CASTIGO

Henrique Rosa Zieseimer

*Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina
Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)*

SUMÁRIO

Introdução. 1 O Direito Penal como Manifestação do Estado Democrático de Direito. 2 Crime e Paixão. 2.1 Ferramentas. 3 Crime e Punição. 3.1 Casuísmo. 3.2 A Política Jurídica Criminal. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

Sendo o Direito Penal uma das formas de manifestação do Estado democrático de Direito brasileiro, sua exteriorização também deve estar subsumida aos contornos constitucionais, em especial o inserto no artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1998. Dadas as várias experiências legislativas em matéria criminal, tem-se que a diversidade simultânea de ideias, dentro de um único sistema judicial, sejam penalizadoras e despenalizadoras e acabam por trazer insegurança no cenário criminal, sem oferecer uma resposta adequada à sociedade.

Nesse espectro, o papel da política jurídica é fundamental na mo-

| | | | | | |
|---------|---------------|------|-------|--------------|----------------|
| Atuação | Florianópolis | V. 9 | n. 21 | p. 157 - 170 | jul./dez. 2012 |
|---------|---------------|------|-------|--------------|----------------|

dulação desta manifestação democrática, objetivando contornar arestas e contribuir para que o Direito Penal também atenda aos objetivos estatais propostos pela Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Direito Penal. Política Jurídica. Objetivos.

ABSTRACT

As a criminal law of the forms of manifestation of the democratic state of law in Brazil, its expression should also be subsumed into the contours of the Constitution, especially Article 3 of the insert, I of the Constitution of 1998. Given the various experiments in criminal law, is that the simultaneous diversity of ideas within a single judicial system, are penalized and decriminalized, end up bringing insecurity crime scene without offering an adequate response to the society. In this spectrum, the role of legal policy is crucial in modulating expression of democratic, aiming around corners and contribute to the criminal law also meet the objectives proposed by the State Constitution.

KEYWORDS: Constitution. Criminal Law. Legal Policy. Objectives.

INTRODUÇÃO

Tem o presente artigo a finalidade de trazer à baila um tema tormentoso, mas que cada vez mais vem ganhando corpo na doutrina jurídica. Trata-se da possibilidade do controle do Direito Penal, em seu procedimento de formação e nas formas de sua aplicação, por meio do exercício de política jurídica, desde seu nascedouro, com o procedimento legislativo, até a ultimação de sua satisfação material, por meio das sanções legais.

Por um lado, pode-se argumentar que a rigidez do Direito Penal traz segurança jurídica às situações por ele abrangidas, o que não deixa de ser uma premissa admitida como verdadeira, dado o modelo cons-

titucional vigente. Entretanto, não menos certo é que a inflexibilidade e intolerância do Direito Penal acabam por cometer também injustiças, assim entendidas como um desequilíbrio, no mundo real, das relações atingidas pelo Direito Penal naquele momento.

É a ideia que se pretende tratar, ou seja, a inserção de mecanismos políticos jurídicos, como controle das leis penais, a fim de se resgatar, no caso concreto, o buscado equilíbrio.

1 O DIREITO PENAL COMO MANIFESTAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A fim de regular a sociedade por meio de leis, assim compreendida como manifestações formais do povo, produzidas por representantes eleitos por meio do exercício do sufrágio, entre as inúmeras competências legislativas da União insertas na Constituição Federal vigente está a de legislar sobre Direito Penal (art. 22, inciso I)¹. A título de direito e garantia fundamental, também reza a Carta Magna, em seu art. 5º, XXXIX, que “ não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ao tratar a Constituição sobre pena, conduta criminosa e competência para tanto, fica claro que o Estado puxou para si o monopólio de dizer quais são as condutas puníveis e quais os castigos que vai aplicar em razão de seus cometimentos. Não há mais espaço para vingança privada e, a fim de não causar injustiça com nenhum cidadão, a avaliação e aplicação de tudo isso ainda está permeada pelo princípio da igualdade, no qual todos são iguais perante a lei, no caso, penal.

É que, apesar de soar antipática esta tarefa, chamou o Estado para si a responsabilidade, em tempos outrora distribuída de forma bem diferente, muito menos igual e muito mais casuísta. Nas palavras de Michel Foucault “[...] O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade [...]”².

No atual estágio de evolução política e social da sociedade brasileira, tem-se como razoável admitir-se que ainda não se está preparado para viver sem o direito penal.

1 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 2 set. 2011.

2 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 87.

Norberto Bobbio explica que³:

[...] O Estado, ou qualquer outra sociedade organizada onde existe uma esfera pública, não importa se total ou parcial, é caracterizado por relações de subordinação entre governantes e governados, ou melhor, entre detentores do poder de comando e destinatários do dever de obediência, que são relações entre desiguais; [...].

Constitui-se o Direito Penal, de acordo com a temática do presente artigo, em manifestação do estado democrático de direito, em uma de suas formas para regular a vida em sociedade.

2 CRIME E PAIXÃO

Numa federação em que a diversidade étnica, cultural e ideológica é bastante visível, os representantes legislativos eleitos pelo povo por meio do voto, em todos os Estados, acabam por refletir, na forma e na matéria de seu produto, as mais variadas manifestações identificadas no Brasil. Na produção do direito, não poderia deixar de ser diferente. Já, no Direito Penal o desafio, por força da própria Constituição, deve-se atentar também para a formação de uma sociedade livre, justa e solidária, como aduz a Constituição Federal vigente, em seu artigo terceiro, inciso I⁴.

Com efeito, não são esses os exemplos que nos vêm dando a produção do Direito Penal, podendo o estudioso da área, em muitos momentos, identificar vícios ou máculas na gestação da norma penal, entretanto, passíveis de correção e aperfeiçoamento.

Nossa sociedade passa por uma crise de legitimidade do sistema penal na sua totalidade, pois boa parte da recente produção legislativa apresentada ao povo parece não estar preocupada com os valores, princípios e fundamentos estabelecidos por nossa Carta Cidadã, mas, sim, dar uma rápida resposta à sociedade em situações de grande comoção e estresse social, em que os meios de comunicação e a sociedade exigem de maneira veemente que o Estado, especialmente pelo Poder Legisla-

3 BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990. p. 15-16.

4 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 2 set. 2011.

tivo, resolva determinada mazela de forma rápida, como exemplo de eficiência e justiça.

E, nesses casos, para se livrar do problema posto ou até apresentar uma solução imediata, criam-se os culpados e lança-se mão do conhecido Direito Penal de emergência, que são as normas penais flagrantemente produzidas para atender a interesses pontuais, disfarçados de democráticos, mas que acabam por banalizar e fragilizar o sistema penal, sob o falso argumento de produzir segurança social.

Em simples palavras, em determinados casos, quando provocado e pressionado, o Legislativo nacional cria uma figura criminosa e sua respectiva punição e transfere o problema para outras instituições, notadamente o Poder Judiciário e o Ministério Público. Essas ocorrências, no Brasil, são relativamente comuns, citando-se, a título de exemplo, o art. 319 – A do Código Penal⁵, que cuida de espécie de prevaricação, nitidamente direcionada à situação já regulada por outros ramos do Direito, e de eficácia criminal duvidosa.

Dentro desse singelo exemplo e na temática do presente artigo, defende-se que, para a produção do Direito Penal, faz-se necessário, além de ampla discussão sobre as condutas que se pretende criminalizar, sobre bens jurídicos que se pretende penalmente tutelar e penas que se pretende aplicar, uma maior interação de outros ramos do conhecimento humano na gestação penal, além de doses de estatística social sobre o caso concreto.

Um verdadeiro exercício de política jurídica no processo legislativo, ampliando a discussão dos temas criminais e explicando à ciência jurídica que, mesmo em um dos pontos de seu vasto objeto, o Direito (penal) não é a solução nem pode regular tudo, tampouco é a solução para as mazelas sociais.

Nessa seara, com propriedade, Eros Roberto Grau⁶ defende que

[...] Diremos, então, que um direito posto é legítimo quando permite o pleno desenvolvimento das forças materiais produtivas, em determinada sociedade; ilegítimo, quando constitui entrave ao pleno desenvolvimento dessas forças, ocasião em que se instala uma época de revolução social.

5 Art. 319-A. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo: [Incluído pela Lei n. 11.466, de 2007](#). Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

6 GRAU, Eros Roberto Grau. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 89.

Assim, ao considerar o constante uso que se tem feito do Direito Penal pelo Poder Legislativo, é possível concluir que suas manifestações, na esfera penal, não têm contribuído da forma esperada e estabelecida pelo art. 3º, I, da Carta Magna.

Levando-se em conta a busca do bem comum e a ideia da impessoalidade, hoje trasladada a princípio constitucional, pode-se tentar trazer maior carga valorativa na produção do Direito Penal, a fim de que, quando estiver pronta, a norma penal possa ser utilizada para fazer justiça, e não o contrário. Que a norma penal sirva ao Estado democrático, e não a casos pontuais, e que possa ser aplicada de maneira equânime a todos os casos. Vale dizer, não se devem criar condutas criminosas tendo em mente uma ou outra camada social - ou segmento - ou para atender a alguma pressão social ou midiática, mas, sim, porque é preciso regular criminalmente determinada conduta, uma vez que as relações sociais assim exigem.

Os fatos, os conhecimentos e os impulsos que estão por trás da deflagração de um processo legislativo penal podem servir de amparo à futura boa aplicação, ainda que resulte em punição. Tema sempre atual e tormentoso é a questão do aborto, sobre a qual, apesar de tímida, a sociedade tem avançado, mas é assistida passivamente pelo legislador.

Não basta a apresentação de um projeto de lei formal, mas a tramitação nas comissões legislativas e o debate em plenário, com a sanção presidencial para que se traga luz a uma lei penal. Nos dias de hoje, a sociedade deve ser chamada a intervir diretamente no processo legislativo, a fim de que exerça sua forma legítima de controle sobre os ingredientes do produto final. Defende-se um estudo sobre a efetiva necessidade deste ou daquele crime, a participação de outros ramos do conhecimento humano, constituindo-se num verdadeiro exercício de política jurídica prévia, para modelar o produto final. Aliás, Georg Rusche e Otto Kirchheimer⁷ asseveram que:

[...] O sistema penal de uma dada sociedade não é um fenômeno isolado sujeito apenas às suas leis especiais. É parte de todo o sistema social, e compartilha suas aspirações e seus defeitos. [...] A passagem de uma política de reformas pode, então, transcender o mero humanitarismo para tornar-se uma atividade social verdadeiramente construtiva.

7 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução, rev. téc. e nota introdutória Gizlene Neder. Coleção Pensamento Criminológico. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 282.

Tal tarefa não pode ficar apenas a cargo de operadores e estudiosos do Direito, pois as consequências de uma fase pré, mal debatida, podem trazer sérias consequências no sistema.

2.1 AS FERRAMENTAS

Entre os objetivos da República Federativa do Brasil, aquele que interessa ao tema é o já antes mencionado, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Dentro de um Estado democrático de direito, a par das linhas traçadas pela Constituição vigente, tais objetivos podem ser alcançados por meio de lei, delineada como expressão formal e material emanada do Poder Legislativo competente e com legitimidade.

E as leis, instrumentos que tem como destinatário final a sociedade e como operadores, via de regra, o Poder Judiciário, e as instituições essenciais à prestação jurisdicional do Estado estão, na maioria das vezes, longe de se identificar com as diversas singularidades e também diversidades gerais desta mesma sociedade.

Não é temeroso afirmar que a produção legislativa em matéria penal, no Estado brasileiro, muitas vezes foge aos anseios sociais e vem pactuar situações pontuais dentro do Direito Penal de emergência. Mesmo as recentes reformas processuais, por exemplo, elaboradas por comissões de experientes juristas, muitas vezes com fictícias e estéreis consultas populares (onde a esmagadora maioria da população destinatária do produto final nem sequer tem prévia explicação, conhecimento ou informação do que se trata), depois de encaminhadas ao Congresso Nacional como anteprojeto de lei, parecem se distanciar das extremas realidades vividas no Brasil.

Nesse viés, seria necessário que o Poder Legislativo Federal, sobretudo em matéria criminal, aproximasse-se do povo por meio do exercício legítimo de sufrágio, a fim de deflagrar, por exemplo, mais referendos e plebiscitos e de que o poder, que emana do povo, possa se traduzir em legítima matéria prima - pensamento popular-, para que os obreiros - parlamentares - possam modelar o produto final, qual seja, a norma penal.

Assiste-se, nesse contexto, a um verdadeiro exercício de política

jurídica interativa, cujo objetivo é a produção de uma norma que atenda ao máximo os fins previstos na Constituição, um verdadeiro controle prévio legitimado pelo povo. E é papel dos poderes constituídos explicarem a matéria à sociedade, com os devidos esclarecimentos, objetivos perseguidos e possíveis consequências de sua escolha, tudo dentro da impessoalidade necessária.

A par dos estudos realizados e das inúmeras teorias que envolvem o Direito Penal, nosso atual estágio de evolução social seguramente não nos permite abrir mão do Direito Penal, todavia, a norma penal produzida dentro deste espectro, acredita-se, poderá ser utilizada com muito mais transparência e melhor aplicada dentro da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (dentro de sua função).

A sociedade, apesar de ser laboratório de suas próprias experiências, deve minimizar o uso de substâncias explosivas sem prévio e simultâneo controle.

A recente experiência do referendo sobre a questão do “desarmamento” chamou para a sociedade a responsabilidade de responder sobre o tema que é constantemente debatido. O cidadão disse “SIM” ao comércio de armas de fogo dentro da lei, essa prevê diversas condutas criminosas que envolvem a questão respondida. E assim poderia surtir efeito com questões relativas ao aborto, e criminalização de condutas em favor de minorias ou, melhor dizendo, grupos identificados, que sempre estão em pauta no Congresso Nacional. Tais questões podem ser mais bem respondidas e, por via de consequência, melhor utilizadas *a posteriori*, se a norma penal fosse ampla e previamente debatida no seio da sociedade, e não por bancadas partidárias ou de grupos, entidades e representações formadas que atuam no Legislativo.

3 CRIME E PUNIÇÃO

Em um país onde a prestação jurisdicional é tão questionada, sobretudo em matéria penal, defende-se que a aplicação da política jurídica não se esgota na fase legislativa, mas deve ir além, no processo e na aplicação da Lei Penal, desde o início da fase investigativa, processual, até a satisfação, positiva (condenação) ou negativa (absolvição) do Direito Penal material. O direito não se constrói somente pela lei, o

direito posto, mas pode-se também construí-lo com a sedimentação dos casos apreciados pelo Estado. É importante esclarecer que a prestação jurisdicional deve ser compreendida dentro da atuação de todas as instituições responsáveis, e não só dentro do Poder Judiciário.

E, nesse espectro, é certa a ponderação de Lenio Luiz Streck⁸, ao afirmar que “[...] de um lado temos uma sociedade carente da realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos de forma mais ampla possível [...]”.

Com uma norma penal produzida dentro do que foi ponderado acima, acredita-se haver maior segurança aos operadores jurídicos no trato das questões individualizadas, com maior força interpretativa e principiológica. Acredita-se também que o exercício da política jurídica, ao contrário do que alguns podem imaginar, não traz insegurança, por tornar a aplicação do direito mais maleável. As formas de controle dos atos das instituições envolvidas são variadas, além do inafastável controle judicial, previsto de forma expressa no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁹.

3.1 CASUÍSMO

Para os mais ortodoxos, a rigidez da norma penal e de sua aplicação traz segurança jurídica, à medida que todos estão (ou deveriam estar), desde que em condições objetivas e subjetivas semelhantes, sujeitos às mesmas consequências em caso de descumprimentos dos preceitos criminais positivados. Pode-se até ter como válida tal premissa, todavia, a norma penal não consegue alcançar os mais variados estágios de maturidade da sociedade brasileira. E é justamente neste ponto que a política jurídica pode adentrar, pois o direito positivo, mesmo em tema penal, não consegue resolver, nem dentro da esfera criminal, as situações para si colocadas. Aliás, por tudo o que é colocado sobre o Direito Penal pelo senso comum nos meios de comunicação, a sociedade espera que o Direito Penal cumpra uma missão que nunca foi sua.

Ao mesmo tempo em que o positivismo penal pode trazer segu-

8 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 35.

9 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 2 set. 2011.

rança, pode trazer também profundas injustiças. Não se defende aqui o fim da tipificação de crimes ou a diminuição do princípio da legalidade penal. Essas ferramentas podem ser consideradas como regras positivas, e o exercício da política jurídica, no campo penal, como regras moduladoras do caso a caso, pois o crime é por definição um fato, e a política jurídica deve ser aplicada dentro deste ou daquele fato, justamente na busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como dito alhures.

3.2 A POLÍTICA JURÍDICA CRIMINAL

Nos últimos vinte anos, o avanço (e não a produção) do legislador brasileiro, nesta esfera, é mínimo, praticamente imperceptível. Já o Poder Judiciário tem sido mais ousado neste tema, entretanto, sem trazer resultados significativos a ponto de reformular a interpretação do Direito Penal, genericamente em sua aplicação. Vale dizer, tem sido menos tímido e muito pontual. Sua utilização tem sido chamada, na doutrina, de política criminal, ou seja, a mitigação da norma penal.

O direito positivo não pode, na totalidade dos casos, servir de amparo à solução dos conflitos. Como bem asseverou Eros Roberto Grau¹⁰,

Quanto ao positivismo [...] sua fragilidade e inconsistência desnudam-se, observa anda Menezes Cordeiro (1989/XX-XXIII), ao cogitarmos de quatro aspectos. Em primeiro lugar, um positivismo jurídico não pode admitir a presença de lacunas [...] Em segundo lugar, o positivismo encontra dificuldades insuperáveis para explicar os chamados "conceitos indeterminados" [...] Em terceiro lugar, o positivismo é também inoperante diante dos conflitos entre princípios [...] Em quarto lugar, o positivismo não tem como tratar da questão da legitimidade do direito. (p. 31) [...] basta referimos o direito pressuposto para que sejam desnudadas as insuficiências metodológicas do positivismo.

Destarte, o professor Osvaldo Ferreira de Melo¹¹, ao suprir a lacuna explicada por Eros Grau, traz o papel da política jurídica, que pode ser aplicada no âmbito criminal:

[...] A tarefa da Política Jurídica não seria de natureza

10 GRAU, Eros Roberto Grau. **O direito posto e o direito pressuposto**, p. 32.

11 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1998. p. 14.

descritiva, mas sim configurada num discurso prescritivo, comprometido com as necessidades e interesses sociais. Não obstante estará sempre interessada nos conhecimentos que lhe possam fornecer a Ciência Jurídica, a Filosofia do Direito e a Sociologia Jurídica, na busca dos aportes teóricos necessários à compreensão do fenômeno jurídico e do fenômeno social, na forma mais ampla que for possível [...].

A produção e o nascimento do Direito Penal, portanto, deve estar subsumido aos valores e anseios sociais, dentro de um sistema cíclico, no qual as ações, manifestações e reações se voltam umas para as outras a todo o tempo. Ainda no pensamento de Ferreira de Melo¹², ao abordar a política jurídica, tem-se que:

[...] No campo da práxis, a Política Jurídica se interessa pela norma desde a sua forma embrionária no útero social. Os valores, fundamentos e conseqüências sociais da norma são suas principais preocupações. Para ela, dentro dessa dimensão prática e imediata, importante é alcançar a norma que responda tão bem quanto possível às necessidades gerais, garantindo o bem estar social pelo justo, pelo verdadeiro e pelo útil, sem descuidar da necessária segurança jurídica e sem por em risco o Estado de Direito [...].

Não se trata de interpretação e aplicação simples, pois ao passo que as normas penais devem também buscar o equilíbrio (no campo penal), estas servem de garantia aos cidadãos como verdadeiros limites ao poder estatal, uma vez que sua inserção jurídica e social se submete à legalidade e anterioridade constitucional.

Mais uma vez, com precisão, o autor expõe o tema¹³:

[...] No Estado Moderno costumava-se priorizar, retoricamente, como um dos fins do Direito, a segurança jurídica, mas essa é moeda de duas faces. Numa está gravada a preocupação com os fins políticos [...] o outro lado da moeda estampa a necessidade de os indivíduos contarem com a certeza de que seus direitos 'garantidos' pela ordem jurídica, sejam efetivos.

Dentro do ensinamento do professor Ferreira de Melo, a fim de conferir segurança às relações jurídicas penais, deve-se, cuidadosamente, fecundar as situações intoleráveis, para posteriormente suscitar sua reprovabilidade e, posteriormente, torná-las negativamente obrigatórias, por força de lei, seguido de uma reprimenda proporcional ao ato praticado.

12 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*, p. 19-20.

13 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*, p. 38.

A carga de valores e princípios que levaram o povo – detentor do poder – a escolher por esta ou aquela conduta e esta ou aquela punição merece ficar mais evidente, a ponto de, ao máximo, permitir a entrada da política jurídica sem quebrar a segurança necessária à aplicação da lei e também sem descuidar das peculiaridades que o caso propõe.

O Direito Penal não pode estar alheio aos demais sistemas e tutelas constitucionais, sobrevivendo num mundo à parte. Com efeito, a política jurídica pode assumir papel relevante em todas as etapas de existência e aplicação da norma penal, sem se divorciar da almejada segurança.

Um caso sempre atual e polêmico de uso de política jurídica, em matéria criminal, é a questão do marco cronológico objetivo colocado pelo legislador penal, para que uma relação sexual passe do sexo consentido ao estupro.

Por essas breves linhas, entende-se que a resposta ao caso não pode passar ao largo da estampa de valores e princípios insertos no caso submetido à apreciação do Estado Juiz, dando-lhe, entretanto, instrumentos para trabalhar em uma margem de segurança, que permita uma tutela jurisdicional, na busca dos objetivos da República Federativa do Brasil previstos na Constituição, interação esta na qual reside o equilíbrio entre a política jurídica e a segurança das relações jurídicas penais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não passa despercebida a intensa gama de experiências legislativas pela qual nosso Estado atravessa, ora com políticas despenalizadas, como é o caso da Lei Federal n. 9.099/1995¹⁴, que busca a conciliação e a aplicação de penas não privativas de liberdade, ora com políticas criminais mais duras, como tratado pela Lei Federal n. 11.340/2006¹⁵, que tem por escopo reprimir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher.

De todo esse arcabouço legislativo, que acaba por confundir o sistema penal, tem-se que o Estado brasileiro ainda não definiu qual

14 BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 2 set. 2011.

15 BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 2 set. 2011.

estilo de política criminal deseja adotar, pois, de forma simultânea, experimenta diferentes modelos, com discursos completamente antagônicos, tudo escorado sob o manto da democracia.

As grandes divergências vigentes culminam, na prática, por desconfigurar a função de uma prestação jurisdicional eficaz, trazendo insegurança ao sistema judicial e à sociedade.

Nesse ponto, o exercício da política jurídica possui papel fundamental, desde o nascedouro da norma penal até sua aplicação, emprestando flexibilidade neste trabalho, tendo em vista o objetivo de construir, também por meio do necessário uso do Direito Penal, uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 2 set. 2011.

BRASIL. **Código Penal (Decreto-lei n. 2.848/1940)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2010.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 2 set. 2011.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 2 set. 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GRAU, Eros Roberto Grau. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1998.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução, rev. téc. e nota introdutória Gizlene Neder. Coleção Pensamento Criminológico. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

