



Procedência: Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Interessado: Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Número: 15.519

Data: 16 de novembro de 2015

Ementa:

DIREITO PENAL. PARTE GERAL. PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. ARTS. 43, I, E 45, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. ART. 12 DA LEI 9.605, DE 1998. APLICAÇÃO DOS VALORES PROVENIENTES DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA DA COMARCA DE MARIANA NO SOCORRO ÀS FAMÍLIAS AFETADAS PELO ROMPIMENTO DAS BARRAGENS DE FUNDÃO E SANTARÉM, NO DISTRITO DE BENTO RODRIGUES. POSSIBILIDADE, OBSERVADAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS E AS RESSALVAS DESTES PARECER, ENTRE AS QUAIS O REPASSE POR MEIO DE ENTIDADE PÚBLICA OU PRIVADA DE FIM/DESTINAÇÃO SOCIAL.

Relatório

O Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Desembargador Pedro Carlos Bitencourt Marcondes, encaminhou a esta Advocacia Geral do Estado pedido de parecer “acerca da utilização dos valores provenientes da aplicação da pena de prestação pecuniária da Comarca de Mariana para famílias afetadas pelo rompimento das Barragens de Fundão e Santarém, no Distrito de Bento Rodrigues.”

Do expediente consta apenas o Ofício nº 378/GAPRE/2015, contendo a consulta.

Após a análise do caso, opino.



Parecer

Antes de adentrar no tema específico da consulta, algumas considerações se fazem necessárias, para fundamentar ressalvas a seguir e em razão dos possíveis desdobramentos jurídicos do lamentável desastre ocorrido no Distrito de Bento Rodrigues.

A Constituição Federal, em seu art. 225, §§ 2º e 3º, assim dispõe acerca da responsabilidade decorrente de condutas lesivas ao meio ambiente:

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º 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.

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, com alterações posteriores, prevê em seu art. 14, § 1º, que, sem prejuízo das demais penalidades fixadas pela legislação dos entes federados (sendo a competência comum a todos eles, conforme o art. 23, VI, da Carta da República), e das penalidades administrativas fixadas nos incisos I a IV do seu próprio art. 14, *responde o poluidor pela indenização ou reparação dos danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade*, de forma objetiva. Eis o texto da Lei:

§ 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.

...

§ 5º - A execução das garantias exigidas do poluidor não impede a aplicação das obrigações de indenização e reparação de danos previstas no § 1º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006)

Sobre o tema já se pronunciou o próprio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, à luz da teoria do risco integral:

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ROMPIMENTO DE BARRAGEM - MINERAÇÃO RIO POMBA CATAGUASES - DANO AMBIENTAL - TEORIA DO RISCO INTEGRAL - MINORAÇÃO DO VALOR ARBITRADO - IMPOSSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO- MULTA- CARÁTER PROTTELATÓRIO- NÃO CONFIGURAÇÃO- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.



- Para o dano ambiental se aplica a teoria do risco integral, logo, é objetiva a responsabilidade e não se admite a incidência das excludentes de força maior, caso fortuito e fato de terceiro; - A indenização por dano moral deve ser fixada em valor suficiente para reparar o dano, como se extrai do art. 944, caput, do Código Civil; - Não sendo evidenciado o propósito protelatório dos embargos, afasta-se a multa prevista no art. 538, p. Único do CPC; - Recurso parcialmente provido. (TJMG - AC 10439070714993001 MG, Relator: Amorim Siqueira, Data de Julgamento: 03/12/2013, Câmaras Cíveis / 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/12/2013)

O Superior Tribunal de Justiça também ratifica a aplicação da teoria do risco integral em situações tais, como se infere, v. g., do RESP 1374342:

RESP 201201796436
RESP - RECURSO ESPECIAL – 1374342
RECORRENTE:MINERACAO RIO POMBA CATAGUASES LTDA
RECORRIDO :VIRGINIA ANTONIA NOGUEIRA E OUTROS
Relator(a) LUIS FELIPE SALOMÃO
Órgão julgador: QUARTA TURMA
Fonte DJE DATA:25/09/2013
Ementa CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ROMPIMENTO DE BARRAGEM. "MAR DE LAMA" QUE INVADIU AS RESIDÊNCIAS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. DANO MORAL IN RE IPSA. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO AO ART. 397 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

...
3. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, nos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo daí o caráter objetivo da responsabilidade, com expressa previsão constitucional (art. 225, § 3º, da CF) e legal (art.14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981), sendo, por conseguinte, descabida a alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advinda de uma ação ou omissão do responsável. ...

Além disto, outro passo pioneiro em nosso Direito, no plano da proteção ao meio ambiente, foi dado com a edição da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, admitindo a responsabilidade penal de pessoas jurídicas por danos ambientais, *ex vi*:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

...



Art. 12. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social, de importância, fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator.

O art. 8º, IV, da Lei nº 9.605, de 1998, estipulou a pena de prestação pecuniária por crime ambiental. Como se verá a seguir, esta redação foi posteriormente espelhada na Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, que alterou o Código Penal, incluindo a pena prestação pecuniária em seu art. 43, e, conseqüentemente, estendendo-a aos demais crimes tipificados no ordenamento jurídico.

No que se refere à responsabilidade criminal *da pessoa jurídica*, a Lei nº 9.605, de 1998, ainda dispõe, *tratando das penas restritivas de direito a elas aplicáveis no art. 22 infra*:

Art. 21. *As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:*

- I - multa;
- II - restritivas de direitos;
- III - *prestação de serviços à comunidade.*

Art. 22. *As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:*

- I - suspensão parcial ou total de atividades;
- II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;
- III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

...

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

- I - custeio de programas e de projetos ambientais;
- II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;
- III - manutenção de espaços públicos;
- IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Estas observações preliminares consideram, em tese, que a responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas envolvidas ***poderá também direcionar-se na recomposição do patrimônio das famílias afetadas pelo grave acidente, não apenas com fundamento na lei civil, mas também no plano penal.***





Além disto, a pena pecuniária tem fundamento específico na Lei nº 9.605, de 1998, quanto aos crimes ambientais. A mesma lei fixa penas direcionadas à pessoa jurídica, ***entre as quais a prestação de serviços à comunidade***. De toda forma, o dever de reparar os danos a terceiros está contido na Lei nº 6.938, de 1981, que a jurisprudência reputa recepcionada pela Carta de 1988.

Ressalta-se que não externamos neste parecer juízo de valor, mas hipotético, sendo certo que os desdobramentos do fato exigem a instauração de processos judiciais e administrativos diversos, mesmo quando cabíveis, nos termos da lei, medidas de urgência (que já estão sendo tomadas, como amplamente divulgado pelo Poder Público e pela imprensa). O que se quer desde já esclarecer é a existência, em nosso ordenamento jurídico, de normas diversas prevendo a responsabilização direta e imediata *dos causadores dos danos*. Consequentemente, despesas realizadas pelo erário para este mesmo fim poderão ser objeto de posterior ação regressiva.

A par das hipóteses de responsabilização civil, criminal e administrativa dos envolvidos no fato, cuja persecução cabe ao Poder Público, na forma da lei e segundo a fixação normativa de competências, a Constituição Federal estruturou *Estado Social e Democrático de Direito*, que entre seus fundamentos (art. 1º) tem a cidadania e a dignidade da pessoa humana; e entre seus objetivos fundamentais (art. 3º, I e IV) a construção de uma sociedade livre, justa e *solidária*, e a promoção do bem de todos. O constituinte também estabeleceu entre os direitos fundamentais sociais a *assistência aos desamparados* (art. 6º).

Joaquim José Gomes CANOTILHO inclui em seu “catálogo-tópico” dos princípios da interpretação constitucional o princípio da máxima efetividade, cujo conteúdo se expressa no sentido de que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. (Direito constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 227.) O constitucionalista português também esclarece que hoje tal princípio é invocado especialmente no âmbito dos direitos fundamentais, de forma que “no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficiência aos direitos fundamentais”. (Idem)

Em face da premissa do notável constitucionalista de Portugal, recorda-se ainda que o art. 144 da Constituição Federal prevê que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, destinando-se à preservação da ordem e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.



Neste viés buscamos estruturar os fundamentos imediatos para a medida cogitada pela Autoridade Consulente, qual seja, a utilização dos valores provenientes da aplicação da pena de prestação pecuniária da Comarca de Marina para famílias afetadas pelo rompimento de Barragens no Distrito de Bento Rodrigues.

Referida pena tem fundamento constitucional no art. 5º, XLV e XLVI, da Constituição de 1988. No plano infraconstitucional, além da previsão no artigos 8º, IV, da Lei nº 9.605, de 1998, consta dos artigos 43 e 45 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:
I - prestação pecuniária;

...

Conversão das penas restritivas de direitos

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º - *A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.*

§ 2º - No caso do parágrafo anterior, *se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. ...*

Salvo melhor juízo, à luz dos dispositivos apontados, a pena de prestação pecuniária que se pretende converter em favor das famílias vitimadas pelo rompimento de Barragens no Distrito de Bento Rodrigues tanto poderá ser aquela prevista na Lei nº 9.605, de 1998, quando a do art. 43 do Código Penal. Se fundamentada neste último Diploma, em tese, o § 2º admite ainda a prestação de outra natureza que não pecuniária.

No atendimento às vítimas do desastre poderá ser aplicada, nos termos da Lei Penal, também a pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, com fundamento no art. 46 do Código Penal (observado o art. 149 da Lei de Execuções Penais). Entretanto, a pena de multa, tratada no art. 49 do mesmo Diploma, quando aplicada, *não poderá ter tal destinação, por se tratar de verba vinculada pelo legislador, sendo revertida ao Fundo Penitenciário.* Em Minas Gerais, a destinação dos recursos do Fundo é estabelecida na Lei Estadual nº 11.402, de 14 de janeiro de 1994, *ex vi*:



Art. 1º – Fica criado o Fundo Penitenciário Estadual - FPE —, que tem por objetivo possibilitar a obtenção e a administração de recursos financeiros *destinados ao sistema penitenciário do Estado e à construção, à manutenção, à reforma e à ampliação de unidades destinadas ao cumprimento de medida socioeducativa de internação.*

A pena de prestação pecuniária foi objeto de estudo específico do representante do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Professor Rogério Felipeto.¹ O autor ressalta sua adoção no contexto de humanização do Direito Penal, mediante a fixação de penas alternativas à privação da liberdade, para casos assim admitidos pelo legislador. No que se refere à sua efetividade, reporta-se à obra de Michel de Foucault, para quem “a pena vai diminuindo sua atuação no corpo do apenado”. Aponta, ainda, que a pena de prestação pecuniária “encerra a um só tempo alternativa à pena de prisão e resgate da figura da vítima, personagem por tempos olvidado na relação delituosa.

Sobre os possíveis beneficiários da pena de prestação pecuniária, escreveu Rogério Felipeto:

Diversamente da multa reparatória, a prestação pecuniária pode ser destinada à vítima ou a seus dependentes. Essa última expressão substituiu sucessores, prevista para a multa reparatória, e por isso se concebeu possível situação prejudicial à política reparatória da vítima, que não nos parece ter realmente se configurado. A opção legislativa não traz prejuízo à pretensão reparatória. Na verdade, até explícita e facilita a pronta interpretação de quem são os legitimados à indenização. É que quando se fala em dependentes, vem logo a idéia da existência de uma relação de dependência econômica, de modo a se compreender na expressão, não só os sucessores *mortis causa*, mas também aqueles unidos pelo vínculo matrimonial ou da união estável.

Não procede a crítica de que há possível retrocesso em relação à multa reparatória, porque só terá direito à reparação, o sucessor que for dependente da vítima falecida. É que tal limite sempre existiu, porquanto o art. 1.537 do Código Civil restringe o direito à indenização por homicídio àqueles que tinham direito a alimentos do falecido. Assim, é mais próprio o vocábulo dependentes que sucessores, reconhecendo -se, no entanto, que o Legislador manteve a orientação restritiva já existente em matéria de reparação do dano, em prejuízo dos modernos anseios reparatórios. Portanto, ao contrário do parece, a multa reparatória é que se mostra de alcance mais restrito do que a prestação pecuniária.

¹ Cf. <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/4606-4599-1-PB.htm>



Literalmente, Lei 9.714/98 colocou em situação de igualdade a vítima, dependentes e as entidades de fins sociais, deixando ao arbítrio judicial a destinação da prestação pecuniária. Tendo como norte os princípios de resguardo da vítima, bem como a ordem adotada pelo Legislador, deve o juiz buscar primeiro a prestação pecuniária destinada à vítima. Se acaso for impossível satisfazer a pretensão reparatória da vítima, porque esta faleceu, deve estabelecer a prestação pecuniária em favor dos dependentes, que se habilitarão na fase de execução. Mas, *se de plano obtém-se a inexistência de dependentes, ou o delito não possui vítima identificável, pode o juiz optar em estabelecer a pena em favor daquelas instituições sociais.* Tal modalidade de pena restritiva de direitos também poderá ser objeto de proposta do promotor de justiça, quando da formulação de proposta de aplicação de pena restritiva de direitos a que alude o art. 76 da Lei 9.099/95.

Cumprido fixar, então, até por força do que dispõe o art. 93, IX da Constituição Federal, que existe uma ordem a ser perseguida quando da instituição do beneficiário da medida, sendo que para que a prestação pecuniária reverta em prol de outra pessoa que não a própria vítima, urge que se fundamente essa providência.

É princípio da hermenêutica não caber ao intérprete inserir exceção aonde o legislador assim não o fez. Por este prisma, à luz da redação do § 1º do art. 45 do Código Penal, subsistiria discricionariedade ao Juízo para a indicação dos destinatários dos recursos provenientes da pena de prestação pecuniária. A interpretação ratifica-se pela parte final do mesmo dispositivo, ao prever que o montante pago pelo apenado será deduzido de eventual condenação em ação civil de reparação de danos, *“se coincidentes os beneficiários”*. Esta última ressalva não consta do texto do art. 12 da Lei nº 9.605, de 1998.

Constatada e apontada, em tese, a existência de mais de uma interpretação para a norma, no que se refere ao destinatário da pena de prestação pecuniária, compreende-se que a aplicação do Direito, motivadamente, cabe ao próprio Poder Judiciário. No caso, de acordo com os termos da consulta, possivelmente ao Juízo da Comarca de Mariana.

De toda forma, ressalva-se ainda que o legislador não admite o repasse de recursos a pessoas físicas que não as vítimas ou a seus dependentes. Por este prisma, *não se vislumbra a possibilidade da entrega de recursos diretamente às famílias afetadas pelo desastre.* Tal destinação, conforme a lei, exige o repasse a *entidade pública ou privada com finalidade social.*



Para o Promotor de Justiça do Estado do Paraná e Professor Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, é diretriz de apuração do requisito *destinação social*, conceito jurídico indeterminado, tratar-se de entidade que preste assistência social, atividade estatal regulada no art. 203 da Constituição de 1988, no que se inclui a proteção à família. Ressalta, ainda, que os pressupostos da caracterização de entidades e organizações de assistência social estão contidos na Lei nº 8.742, de 1993, especialmente em seus artigos 3º e 9º.²

Portanto, admitida a utilização de recursos das penas de prestação pecuniária da Comarca de Mariana para amparo às famílias vitimadas pelo desastre ocorrido naquela região, o repasse não poderá ser efetuado diretamente às famílias, mas mediante entidade pública ou privada de assistência. Consequentemente, a esta caberá a demonstração dos requisitos legais e também a prestação de contas ao Juízo, sob as penas da lei.

Conclusão

Diante do exposto e *com as ressalvas e orientações da fundamentação deste parecer*, conclui-se pela possibilidade jurídica da utilização dos valores provenientes da aplicação da pena de prestação pecuniária da Comarca de Mariana no socorro às famílias afetadas pelo rompimento das Barragens do Fundão e de Santarém, no Distrito de Bento Rodrigues.

Entretanto, em conformidade com os dispositivos legais apontados, o repasse deve ser feito a entidade pública ou privada com fim/destinação social que cumpra os requisitos legais de qualificação. Apenas vislumbra-se, em tese, o repasse diretamente às famílias quando se tratar de pena aplicada ao infrator que a elas imediatamente tenha causado danos.

É o nosso parecer, em 9 (nove) laudas. À consideração superior.

Belo Horizonte, 16 de novembro de 2015

Alessandro Branco

ALESSANDRO HENRIQUE SOARES CASTELO BRANCO
PROCURADOR DO ESTADO
OAB/MG 76.715 – MASP 1050973-5

Alessandro Henrique S. C. Branco
Procurador do Estado
MASP 1.050973-5 - OAB/MG 76.715

Bele Horizonte, 16/11/2015
Approv. 7
Bele Horizonte, 16/11/2015
Danilo Antonio de Souza Castro
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
MASP 1.120.50316 - OAB/MG 98.840

De acordo
Onofre Alves Batista Júnior
ADVOGADO GERAL DO ESTADO