

# **Boletim Científico**

Escola Superior do Ministério Público da União

## **República Federativa do Brasil**

### **Ministério Público da União**

Procurador-Geral da República  
RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União  
CARLOS HENRIQUE MARTINS LIMA

Diretor-Geral Adjunto da Escola Superior do Ministério Público da União  
MAURÍCIO CORREIA DE MELLO

### **Câmara Editorial do Boletim Científico**

#### **Ministério Público Federal**

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN (COORDENADORA)  
Procuradora Regional da República

MARCELLO PARANHOS DE OLIVEIRA MILLER  
Procurador da República

#### **Ministério Público do Trabalho**

HELDER SANTOS AMORIM  
Procurador do Trabalho

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO  
Procurador Regional do Trabalho aposentado

#### **Ministério Público Militar**

REJANE BATISTA DE SOUZA BARBOSA  
Procuradora de Justiça Militar

SELMA PEREIRA DE SANTANA  
Promotora de Justiça Militar

#### **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**

MARIA ANAÍDES DO VALE SIQUEIRA SOUB  
Procuradora de Justiça



# **Boletim Científico**

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 14 – Número 45 – julho/dezembro 2015  
Brasília-DF



**Boletim Científico**  
**Escola Superior do Ministério Público da União**

Uma publicação da ESMPU  
SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2ª andar  
70200-640 – Brasília-DF  
Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185  
Home page: <www.escola.mpu.mp.br>  
E-mail: <editoracao@escola.mpu.mp.br>  
Site: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br>

© Copyright 2015. Todos os direitos autorais reservados.

**Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional**

Nelson de Sousa Lima

**Assessoria Técnica**

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

**Assessoria Técnica – Projetos Editoriais**

Carolina Soares dos Santos

**Preparação de originais e revisão de provas**

Davi Silva do Carmo, Sandra Maria Telles, Anna Lucena, Glaydson Dias Mendes,  
Bárbara Carolina Vanderley Boaventura, Bárbara Coelho de Souza

**Assessoria Técnica – Programação Visual**

Natali Andrea Gomez Valenzuela

**Projeto Gráfico**

Ana Manfrinato

**Diagramação**

Sheylise Rhoden

**Impressão**

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268  
CEP 70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112  
E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

**Tiragem: 3.500 exemplares**

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

**Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**

Brasília : ESMPU, ano 14, n. 45, jul./dez., 2015

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

## Editorial

O *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União* (ESMPU) chega à 45ª edição e reafirma seu propósito de oferecer aos profissionais da área jurídica textos relevantes sobre a atuação do Ministério Público, inovações do Direito e assuntos da agenda nacional.

Esta coletânea apresenta artigos escritos por membros e servidores do Ministério Público da União e colaboradores externos à instituição, que analisam, sob uma perspectiva crítica e atual, temas de grande interesse para o mundo jurídico. A valiosa contribuição dos seis autores está distribuída nas três seções que compõem a obra.

A abertura do volume é dedicada à discussão sobre a garantia dos direitos reconhecidos aos povos indígenas e outras comunidades tradicionais, com foco no direito humano ao consentimento livre, prévio e informado.

Na temática voltada ao Ministério Público, estudam-se a legitimidade do MP para ajuizar ação civil pública em causas que envolvam matéria tributária; a natureza jurídica do controle externo da atividade policial; a proposta de nova ferramenta de intervenção ministerial que busca aumentar a produtividade do *Parquet* sem perda de qualidade e sem custo operacional ou financeiro; e as características e atribuições do Ministério Público chileno.

Encerra a obra a seção dedicada ao direito administrativo, que aborda a submissão da Administração Pública ao princípio da eficiência visando à satisfatória consecução de seus fins.

Desejo a todos uma boa leitura!

CARLOS HENRIQUE MARTINS LIMA

Procurador da República

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

**Direito dos Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais**

O direito humano ao consentimento livre, prévio e informado como baluarte do sistema jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais  
*Maria Luiza Grabner*..... 11

**Ministério Público**

Ainda sobre Ministério Público, ação civil pública e tributos: alguns equívocos  
*André Pimentel Filho* ..... 69

Estudos sobre a natureza jurídica do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público  
*Carlos César Silva Sousa Júnior* ..... 107

A hora da razão: uma nova ferramenta de intervenção ministerial  
*Rogério Rodriguez Fernandez Filho* ..... 143

Características e atribuições do Ministério Público chileno. Breve estudo analítico e comparativo com o Ministério Público brasileiro  
*Samuel Arruda* ..... 175

**Direito Administrativo**

A submissão da Administração Pública ao princípio da eficiência visando à satisfatória consecução de seus fins  
*Carla Machado Flesch* ..... 211

## Direito dos Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais

# O direito humano ao consentimento livre, prévio e informado como baluarte do sistema jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais

Maria Luiza Grabner

Procuradora Regional da República. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo.

**Resumo:** Este artigo buscou demonstrar a importância do direito ao consentimento livre, prévio e informado para a efetividade do sistema jurídico de proteção aos conhecimentos e práticas dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais, especialmente no plano internacional dos direitos humanos. Partiu-se da análise das fontes originárias desses direitos na perspectiva do direito ambiental, dos direitos culturais e do direito dos povos indígenas e tribais (ou tradicionais), sobretudo a Convenção sobre Diversidade Biológica, a Convenção n. 169 da OIT, a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Demonstrou-se também que, dentre os direitos atribuídos aos povos indígenas e tradicionais, um deles sobressai, configurando verdadeiro princípio geral e transversal de atuação dos Estados Nacionais em relação a esses grupos: o Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI). Referido direito foi analisado tanto no contexto do acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade quanto no contexto da Convenção n. 169 da OIT e da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da ONU. Procurou-se também demonstrar como esse princípio conforma a base jurídica para construção de diálogos interculturais com esses povos, mesmo levando em conta os limites postos à autodeterminação e a soberania desses grupos, como decorrência natural do sistema de proteção universal dos direitos humanos. Buscou-se ainda identificar tanto os obstáculos à implementação do CLPI quanto os elementos do próprio conceito, com apoio nas disciplinas da bioética e do direito ambiental. A apreciação da evolução do conceito de consentimento livre, prévio e informado nos diferentes contextos permitiu a apreensão de aspectos fundamentais para a sua aplicação, contribuindo para a

delimitação do conteúdo do respectivo direito também em relação aos direitos coletivos dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais, inclusive no respeitante à proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

**Palavras-Chave:** Conhecimento tradicional. Biodiversidade. Consentimento livre, prévio e informado. Povos indígenas. Comunidades tradicionais. Direitos humanos. Direitos culturais. Convenção n. 169 da OIT. Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB). Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (UNESCO).

**Abstract:** This paper aims to outline the juridical status, mainly in the international human rights circuitry, of the protection given to the knowledge and practices of indigenous peoples and other traditional communities with emphasis on traditional knowledge related to biodiversity (or genetic resources) and considering free prior informed consent as the main guarantee for the effectiveness of the legal system. Firstly, it analyzes its primary sources from the perspective of environmental law, cultural rights and the indigenous and tribal peoples rights. In fact, this paper emphasizes the study of documents elaborated during every international treaty implementation process, such as seminars, reports and decisions produced by the Conference of Parties to the Convention on Biological Diversity; requests from the International Labor Organization, specially concerning the Convention n. 169; seminars held by the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues and by the International Indigenous Forum on Biodiversity, among others. Among the rights granted to indigenous and traditional peoples, the paper identifies that one stands out, setting the general principle and genuine cross-performance of National States in relation to these groups: the free prior informed consent. As a result, this right is examined in the context of access to traditional knowledge related to biodiversity and in the ambit of the International Labor Organization Convention n. 169 and the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples of the United Nations. The text intends to demonstrate how this principle forms the legal basis for the construction of an intercultural dialogue with the tribal peoples, taking into account the limits put on their self-determination and sovereignty. The paper also tries to identify every element of the free prior informed consent concept and the barriers to its implementation, with support in the bioethics and environmental law disciplines. The evolution of the concept in different contexts is important to be identified because it leads to the seizure of key issues for its implementation as well as it contributes to the delimitation of the law contents with regards to indigenous and

traditional peoples collective rights, including those concerning with the protection of traditional knowledge related to biodiversity.

**Keywords:** Traditional knowledge. Biodiversity. Free prior informed consent. Indigenous peoples. Traditional communities. Human rights. Cultural rights. International Labor Organization Convention 169. Convention on Biological Diversity. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Unesco Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Consentimento livre, prévio e informado: gênese e dimensões do conceito. 3 A consulta e o consentimento livre, prévio e informado contemplados na Convenção n. 169 da OIT e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. 4 Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI) no contexto do acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. 5 Prós e contras sobre a inserção do direito ao consentimento livre, prévio e informado no sistema de proteção internacional dos direitos humanos. 6 Conclusão.

## 1 Introdução

Neste texto pretende-se analisar mais detidamente o princípio do “consentimento livre, prévio e informado”, reiteradamente invocado nas declarações e tratados internacionais como um direito fundamental e uma garantia de efetividade dos demais direitos reconhecidos aos povos indígenas e outras comunidades tradicionais, no âmbito dos direitos humanos, tanto no plano global e regional quanto no plano local ou nacional.

A eleição deste tema como de capital importância para a análise do sistema jurídico de proteção das comunidades tradicionais e, em especial, de seus “saberes”, os denominados “conhecimentos tradicionais”<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> Os conhecimentos tradicionais integram o patrimônio cultural dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais. Por pertencerem ao universo da “cultura” humana, têm seu estudo atrelado aos métodos das ciências sociais, mais especificamente da antropologia cultural. Sua noção mais genérica, no entanto, foi incorporada aos documentos jurídicos internacionais e seus anais, bem ainda na legislação nacional de regência, documentos estes atributivos de direitos que contemplem os valores culturais correspondentes. Alguns documentos da UNESCO, por exemplo, referem-se a eles como “cul-

decorreu da constatação, até certo ponto evidente, da reiterada referência aos direitos de participação e consulta dos povos indígenas, e também do direito, mais específico, do “consentimento prévio, livre e informado”, tanto para a elaboração de normas jurídicas garantidoras da totalidade dos direitos daqueles povos quanto para a elaboração de políticas públicas, planos e programas voltados à implementação daquela normatização, aí incluído o necessário e indispensável acompanhamento de sua implantação, a cargo dos Estados nacionais, em cumprimento das normas constantes dos documentos internacionais aos quais aderiram.

Quer dizer, a observância do princípio da consulta e do consentimento livre, prévio e informado é, a nosso sentir, a maior garantia existente hoje, no plano jurídico, de realização de um diálogo intercultural entre os povos indígenas e outras comunidades tradicionais com outros segmentos das sociedades nacionais e internacional, e de que depende, em grande parte, a legitimidade e efetividade da proteção jurídica que lhes é conferida pelos Estados.

Para tanto, a existência de instituições democráticas garantidoras de fóruns apropriados para realização desse “encontro” intercultural mostra-se fundamental para a concretização da promessa ínsita ao referido princípio, positivado em normas internacionais de direitos e garantias das minorias étnicas e culturais. De outra parte, tal diálogo se mostrará mais ou menos eficaz dependendo do grau em que forem exercitados, por seus atores, os valores do respeito e da tolerância mútuos, única maneira de se constatar a vigência desse direito fundamental para “além da organização estatal”, ou seja, também como parte efetiva de uma “consciência ética coletiva”.

---

tura tradicional e popular”, “conhecimentos e usos relacionados com a natureza e o universo”, e “sistema de conhecimento das populações indígenas” etc. No entanto, a expressão “conhecimentos tradicionais”, consagrada na doutrina especializada, pode muito bem ser aplicada à descrição constante no art. 8º, letra “j” da Convenção da Biodiversidade quando se refere ao “conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais”. Essa também a opinião de Juliana Santilli, para quem “os conhecimentos das populações tradicionais são produzidos com base em atividades e práticas coletivamente desenvolvidas na floresta” e correspondem à descrição constante do art. 8º, “j”, da Convenção da Diversidade Biológica (SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005. p. 194-195).

No plano internacional global, a importância do direito ao consentimento livre, prévio e informado para a proteção da integralidade dos direitos humanos dos povos indígenas foi expressamente afirmada durante a Sexta Sessão do Fórum Permanente para Questões Indígenas das Nações Unidas<sup>2</sup>, em maio de 2007. Nessa ocasião, entre outras, foi endereçada aos Governos recomendação para que observassem o princípio do consentimento informado na legislação nacional pertinente em relação a potenciais projetos de desenvolvimento ou outras atividades levadas a cabo em terras tradicionais indígenas. Levou-se aí em consideração a convicção de que o direito ao acesso e ao gerenciamento das terras comunais e seus recursos naturais foi e continua sendo essencial para a sobrevivência coletiva desses povos<sup>3</sup>.

Tal posicionamento veio a ser referendado poucos meses depois pela Assembleia Geral das Nações Unidas com a adoção, em setembro de 2007, da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, por meio da qual se reconheceu a importância de os povos indígenas terem o “controle dos acontecimentos que os afetam”, conforme expressamente disposto em seu Preâmbulo. Para que isso ocorra, o cumprimento, pelos Estados nacionais, dos direitos desses grupos à participação, consulta, e consentimento livre, prévio e informado se mostra indispensável.

Levando-se em conta que os conhecimentos tradicionais constituem parte da vida de todos os povos indígenas e de outras comunidades tradicionais, a proteção jurídica da diversidade cultural e dos saberes e práticas tradicionais está, tal como os demais direitos desses povos, também calcada, fundamentalmente, na observância do princípio do consentimento livre, prévio e informado, ganhando expressa

---

2 O Fórum Permanente para Questões Indígenas da ONU é um subcomitê do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, com o encargo principal de dar aconselhamento especializado ao Conselho e ao Sistema das Nações Unidas sobre questões indígenas. Daí a relevância de seus estudos e recomendações.

3 Cf. UNITED Nations forum calls for “free, prior and informed consent” by indigenous peoples for projects on their lands, as two-week session ends. *Economic and Social Council, HR/4926*, 25 May 2007. Department of Public Information – News and Media Division – New York. Permanent Forum on Indigenous Issues, Sixth Session, 16<sup>th</sup> & 17<sup>th</sup> Meetings (AM & PM). Disponível em: <<http://www.un.org/news/press/docs/2007/hr4926.doc.htm>>. Acesso em: 7 jan. 2009.

referência na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (cf. artigo 19 c.c. artigo 31).

Há também hoje um consenso de que a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) exige a observância do princípio do consentimento livre, prévio e informado como elemento fundamental da proteção jurídica conferida aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, nada obstante utilize, em seu texto, outras expressões, tais como “aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento” (artigo 8º, “j”), “consentimento prévio fundamentado” (artigo 15) e “concordância prévia fundamentada” (artigo 19).

Não podemos evidentemente nos esquecer da Convenção n. 169 da OIT<sup>4</sup>, que, pioneiramente, estabeleceu o direito à participação e à consulta livre, prévia e fundamentada como direitos fundamentais dos povos indígenas e “tribais” (v.g. artigo 6º) a serem observados na aplicação de vários de seus dispositivos, deixando de utilizar, todavia, a expressão, “consentimento, livre, prévio e informado”, já consagrada na área médica e de mais recente construção teórica no plano dos direitos coletivos culturais e do direito ambiental, como mais adiante estudaremos.

Aliás, nenhum dos documentos internacionais referentes aos direitos culturais e do meio ambiente<sup>5</sup> incumbe-se de conceituar o

4 A Convenção n. 169 da OIT é, presentemente, o mais importante documento de política internacional, vinculante, que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais. Tal convênio não define o que sejam “povos indígenas e tribais”. Prefere, ao invés, descrever em seu artigo 1º as características de cada grupo, que podem, grosso modo, ser chamadas de “tradicionais” no sentido que lhes empresta a doutrina especializada. O Brasil ratificou o Convênio em 25 de julho de 2002 e o Congresso Nacional aprovou o seu texto por meio do Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho 2002. Por fim, foi a Convenção n. 169 promulgada no Brasil por meio do Decreto presidencial n. 5.051, de 19 de abril de 2004.

5 A saber: Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992), Convenção n. 169 da OIT sobre Populações Indígenas e Tribais (1989), Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (2001), Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005), Convenção para a salvaguarda do Patrimônio Cultural Intangível (2003), Agenda 21 (1992), Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvol-

que seja “consentimento livre, prévio e fundamentado”, de modo que buscaremos, sobretudo, nas discussões encetadas nas respectivas “conferências das partes” e também na doutrina especializada, inclusive sobre bioética, as características fundamentais do conceito, de modo a permitir a identificação do conteúdo do correspondente direito<sup>6</sup>.

De outra parte, a caracterização do direito ao consentimento livre, prévio e informado como um direito humano, embora não ofereça maior óbice sob um enfoque positivista, em face da expressa previsão em convenções internacionais integrantes do sistema universal de direitos humanos, será também analisada à luz da corrente doutrinária que faz uma distinção entre “direitos” e “garantias”, com o exame das eventuais consequências jurídicas para a efetividade desses direitos.

vimento (1992), Declaração do Milênio das Nações Unidas (2000), Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA-1969) e Projeto de Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas (OEA, texto consolidado até 18.4.2008).

6 No Brasil, muito embora a Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, que atualmente regula a matéria, não traga o conceito de “consentimento livre, prévio e informado”, várias resoluções do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético-CGEN, do Ministério do Meio Ambiente, estabelecem diretrizes para a obtenção da “anuência prévia” a que se refere o art. 11, inciso IV, letras *a* e *b* da MP, a saber: 05/2003, 06/2003, 09/2003 e 12/2004. Relembre-se que o projeto de lei sobre a matéria, que ficou por longo tempo em debate na sociedade brasileira, em seu art. 7º, inciso XXI, trazia a noção de “consentimento prévio fundamentado” como o “consentimento esclarecido e formal, previamente dado por comunidade indígena, quilombola ou tradicional, representada segundo seus usos, costumes e tradições” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Despacho da Ministra. Consulta Pública. Projeto de Lei. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/consulta\\_publica/consulta\\_biolologica.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/consulta_biolologica.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2008). Tal projeto, entretanto, não vingou e atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei – PL 7735-2014, que pretende substituir, em grande parte, as normas hoje vigentes sobre o tema no Brasil e que regulamentam a Convenção da Diversidade Biológica, de 1992, já devidamente ratificada pelo Brasil, bem como o Protocolo de Nagoya, ainda não ratificado pelo Brasil. Referido projeto de lei traz o conceito de “consentimento prévio” no seu art. 2º, inciso VI, como o “consentimento formal, previamente concedido por povo indígena ou comunidade tradicional segundo os seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários”. O art. 9º, § 1º, do PL também faz referência aos modos de comprovação desse consentimento prévio informado. (Projeto de Lei disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrar\\_integra.jsessionid=9776ECD7AE25FE39CC5722FCDCBE5CB8.proposicoesWeb1?coordeor=1262635&filename=PL+7735/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrar_integra.jsessionid=9776ECD7AE25FE39CC5722FCDCBE5CB8.proposicoesWeb1?coordeor=1262635&filename=PL+7735/2014)>. Acesso em: 1º set. 2014.

Por fim, interessante trazer à baila o posicionamento dos povos indígenas e comunidades tradicionais em relação aos limites da proteção jurídica sustentada pelo princípio do consentimento livre, prévio e informado, decorrentes de sua inserção no sistema internacional dos direitos humanos, sobretudo no que toca com o maior anseio desses povos, qual seja, o direito à autodeterminação “sem limites”, ou seja, “para decidir seus próprios assuntos, com total liberdade, para promover o seu desenvolvimento econômico, político, social, cultural, educativo e jurídico”<sup>7</sup>. A partir disso surgem questões interessantes relacionadas com o caráter universal dos direitos humanos e com o grau de reconhecimento do pluralismo jurídico e democrático pelos Estados nacionais que serão abordadas de maneira sintética, apenas no que for pertinente ao nosso estudo sobre a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais.

Relembre-se que o direito dos povos indígenas e de outras comunidades tradicionais ao denominado “consentimento livre, prévio e informado” encontra-se amalgamado a toda e qualquer forma de proteção dos direitos desses grupos, inclusive no tocante aos conhecimentos tradicionais. Bem por isso, não desprezando outras formas e modos de levar a cabo a proteção jurídica dos direitos intrínsecos dos povos indígenas e de outras comunidades tradicionais, sustentamos neste estudo que o respeito ao princípio do consentimento livre, prévio e informado tem aí um papel preponderante e, como não poderia deixar de ser, também em relação à proteção jurídica dos conhecimentos e práticas tradicionais, especialmente quanto àqueles saberes associados à biodiversidade que dispõem de um regramento específico, no âmbito nacional inclusive<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Esse anseio foi manifestado por Juan León, presidente do GT responsável, dentro da Organização dos Estados Americanos-OEA, pela elaboração de um Projeto de Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas. In: TEMPO. Laboratório de Estudo do Tempo Presente. Disponível em: <[www.tempopresente.org](http://www.tempopresente.org)>. Acesso em: 3 set. 2008, “2005/12-OEA discute Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas”.

<sup>8</sup> Confirmam-se a Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, as resoluções do CGEN-Conselho de Gestão de Patrimônio Genético que a regulamentam e o Projeto de Lei n. 7.735/2014, ora em trâmite pelo Congresso Nacional em regime de urgência, e que pretende substituir, em grande parte, as normas hoje vigentes sobre o tema no Brasil, as quais se encontram plasmadas na MP n. 2.186-16/2001 antecitada. Nesse sentido, o PL n. 7.735/2014 tem a finalidade de alterar as normas legais que regulamentam a Convenção da Diversidade Biológica, de 1992, já devidamente ratificada pelo

Para tanto, o esclarecimento do conceito de consentimento livre, prévio e informado, CLPI, com a identificação de seus elementos-chave que permitam a criação de *standards* de operacionalização, é fundamental para a satisfação dos direitos humanos, coletivos, dos povos indígenas e comunidades tradicionais.

Enfrentar esse tema, revelando sua origem histórica, seus propósitos e sua estrutura conceitual e normativa, é a tarefa, complexa, a que nos propomos nos próximos tópicos, ainda que de forma sintética.

## 2 Consentimento livre, prévio e informado: gênese e dimensões do conceito

O conceito de “consentimento livre, prévio e informado” teve origem na área médica<sup>9</sup>, e o seu principal objetivo foi o de estabelecer um diálogo entre médico e paciente, de modo a permitir que os pacientes obtivessem todas as informações necessárias à tomada de decisão sobre assuntos essenciais relacionados com a sua saúde<sup>10</sup>.

Brasil, bem como o Protocolo de Nagoya, ainda não ratificado pelo Brasil. A despeito de a matéria versada no PL n. 7.735/2014 envolver diretamente os direitos dos povos e comunidades tradicionais, verifica-se que, até o presente momento, não foi viabilizada e instrumentalizada, por meio de consulta prévia e adequada, a participação dessas comunidades tradicionais no processo de elaboração desse novo marco jurídico nacional. Patente a violação do direito de consulta prévia e adequada dos povos indígenas e comunidades tradicionais, o Ministério Público Federal, por meio de seu Grupo de Trabalho sobre Conhecimentos Tradicionais, vinculado à 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, expediu Nota Técnica em 13.8.2014 que aponta esta e outras impropriedades do referido PL, endereçada ao Congresso Nacional. A propósito desse tema ver: <[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/6a-camara-do-mpf-defende-consulta-a-povos-tradicionais-na-regulamentacao-do-acesso-ao-patrimonio-genetico](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/6a-camara-do-mpf-defende-consulta-a-povos-tradicionais-na-regulamentacao-do-acesso-ao-patrimonio-genetico)>. Acesso em: 1º set. 2014.

<sup>9</sup> Cf. PERRAULT, Anne. Facilitating prior informed consent in the context of genetic resources and traditional knowledge. *Sustainable Development Law & Policy* –“SDCP”, Washington, DC. v. 4, n. 2, p. 21-26, Summer 2004. Disponível em: <[http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp\\_issue2.pdf?rd=1](http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1)>. Acesso em: 8 jan. 2009.

<sup>10</sup> Segundo o professor de Bioética da Universidade Estadual Paulista William Saad Hossne, “Na literatura estrangeira, com relativa frequência, utiliza-se expressões *termo de consen-*

No âmbito das pesquisas com seres humanos, o tema do “consentimento” se encontra estreitamente vinculado ao referencial bioético de “autonomia”<sup>11</sup>, um dos elementos centrais do conceito de liberdade<sup>12</sup>.

---

*timento informado* ou *pós-informação*. Dos três documentos internacionais mais relevantes, verifica-se que o Código de Nuremberg utiliza a expressão *consentimento voluntário*, ao passo que a Declaração de Helsinque (Associação Médica Mundial) e as Diretrizes Internacionais (Organização Mundial de Saúde) empregam a terminologia *consentimento informado*. A Declaração de Helsinque estipula que ele deve ser dado livremente. No Brasil, a Resolução n. 196/96-CNS/MS dá grande ênfase ao termo de consentimento, dedicando-lhe todo o capítulo IV” (CONSENTIMENTO: livre e esclarecido (Editorial). *Cadernos de Ética em Pesquisa*, CONEP - Comissão Nacional de Ética em Pesquisa/Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, Brasília, ano 5, n. 10, p. 3, jul. 2002. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/comissao/conep/publicacoes\\_cep.html](http://conselho.saude.gov.br/comissao/conep/publicacoes_cep.html)>. Acesso em: 17 ago. 2008. Também a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, de 19.10.2005, em seu artigo 6º, ao tratar do consentimento, utiliza a expressão “prévio consentimento livre e informado”. Aliás, a mesma declaração traz para o campo da bioética a “proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade” (artigo 17), fazendo expressa referência ao respeito pelo “saber tradicional”. UNESCO.ORG. Disponível em: <[http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=31058&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)>. Acesso em: 11 jan. 2009.

- 11 O professor de Bioética José Roque Junges, em artigo intitulado “Ética e Consentimento Informado”, esclarece que “o direito ao consentimento informado quer proteger e promover a autonomia. O ato de consentimento deve ser genuinamente voluntário e basear-se na revelação adequada das informações. Neste sentido engloba elementos de informação e elementos de consentimento”. O autor relembra, com fundamento na clássica obra de R. R. Faden e T. L. Beauchamp (*A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press, 1986, p. 238), que “as ações são autônomas quando cumprem três condições: intencionalidade, conhecimento adequado e ausência de controle externo”. A estas acrescenta-se uma quarta condição, pouco levada em consideração, que é o elemento cultural. Assim, o consentimento informado também dependeria “do *ethos* cultural que contextualiza a intencionalidade (competência para a decisão) e o conhecimento (competência para processar informações) e, principalmente, situa a possibilidade da existência de controle subliminar, quando o sistema de valores da pessoa envolvida não é levado em consideração” (JUNGES, José Roque. *Ética e consentimento informado*. *Cadernos de Ética em Pesquisa*, CONEP - Comissão Nacional de Ética em Pesquisa/Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, Brasília, ano 3, n. 4, p. 22-25, abr. 2000. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/comissao/conep/publicacoes\\_cep.html](http://conselho.saude.gov.br/comissao/conep/publicacoes_cep.html)>. Acesso em: 17 ago. 2008).
- 12 O artigo “A questão do consentimento”, do professor de Filosofia Luis Carlos Silva de Souza, traz interessante abordagem sobre a autonomia e sua relação com o consentimento e os direitos humanos. Tal questão é aí entendida “como o conjunto de implicações éticas advindas da adesão consciente de indivíduos que se submetem a pesquisas médicas”. O autor pergunta: “qual a relação entre ‘consentimento’ e ‘direitos humanos’?”

No Brasil essa matéria encontra-se regulada pela Resolução n. 196, de 10 de outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde do Ministério da Saúde, que estabeleceu as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos<sup>13</sup>. Tal resolução, verdadeiro marco nacional pelo respaldo que deu à aplicação de conceitos éticos inerentes à experimentação com seres humanos, está fundamentada nos principais documentos internacionais<sup>14</sup> sobre o assunto e veio atualizar as diretrizes anteriores de 1988, o que se deu após um amplo debate com a sociedade civil organizada, comunidade científica, sujeitos da pesquisa e Estado<sup>15</sup>.

---

Para ele, “uma concepção adequada de consentimento deve respeitar o valor objetivo da pessoa humana, segundo um princípio de autonomia e liberdade que transcenda o contrato intersubjetivo médico-paciente. Isto supõe, certamente, direitos fundamentais que estão acima do consentimento. Se quisermos salvaguardar limites para a pesquisa com seres humanos, devemos também argumentar a favor de limites para o consentimento. Isto não significa, é claro, a negação absoluta do consentimento informado ou da autonomia dos indivíduos. Trata-se apenas de negar uma certa concepção de consentimento que se considera ilimitada enquanto critério ético e condição suficiente para pesquisas médicas” (SOUZA, Luís Carlos Silva de. A questão do consentimento. *Cadernos de Ética em Pesquisa*, CONEP - Comissão Nacional de Ética em Pesquisa/Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, Brasília, ano 5, n. 10, p. 28-30, jul. 2002).

- 13 Conforme consta de seu preâmbulo, a Resolução n. 196/96 “incorpora, sob a ótica do indivíduo e das coletividades os quatro referenciais básicos da bioética: autonomia, não maleficência, beneficência e justiça, entre outros, e visa assegurar os direitos e deveres que dizem respeito à comunidade científica, aos sujeitos da pesquisa e ao Estado” (Legislação constante da página de Bioética do site da UFRGS, “Bioética e pesquisa em seres humanos”, “Consentimento informado”, “Pesquisa em Populações indígenas”, “Resolução 196/96”. BIOÉTICA. UFRGS. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/textos.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2009).
- 14 Conforme consta de seu preâmbulo, o Código de Nuremberg (1947), a Declaração dos Direitos do Homem (1948), a Declaração de Helsinque (1964 e suas versões posteriores de 1975, 1983 e 1989), o Acordo Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (ONU, 1966, aprovado pelo Congresso Nacional Brasileiro em 1992), as Propostas de Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos (CIOMS/OMS 1982 e 1993) e as Diretrizes Internacionais para Revisão Ética de Estudos Epidemiológicos (CIOMS, 1991). Cumpre as disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Legislação brasileira correlata (BIOÉTICA. UFRGS. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/textos.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2009).
- 15 Cf. ÉTICA em pesquisa. (Editorial). *Cadernos de Ética em Pesquisa*, CONEP - Comissão Nacional de Ética em Pesquisa/Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, Bra-

Referida resolução conferiu grande importância ao termo de consentimento, adotando uma terminologia condizente com os imperativos éticos que lhe são inerentes, a saber: Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE)<sup>16</sup>.

Ao comentar a Resolução n. 196 do CNS/MS e a relevância que nela é atribuída ao termo de consentimento, William Saad Hossne<sup>17</sup> esclarece:

Partiu-se da premissa de que o sujeito da pesquisa deve ser suficientemente esclarecido e não apenas informado quanto a todos os detalhes do projeto de pesquisa que possam envolvê-lo, e, por isso, ele é livre não apenas para suspender o seu consentimento. Ele é livre para também não concedê-lo (sem nenhum óbice ou prejuízo de qualquer natureza), bem como ter assegurado o direito de atuar livre de qualquer tipo de coação, coerção, sedução, constrangimento. Daí insistir-se na expressão Livre. De acordo com a ótica da Resolução 196/96, o TCLE, longe de se configurar como documento de isenção de respon-

---

sília, ano 1, n. 1, p. 3, jul. 1998. Disponível em: <[http://conselho.saúde.gov.br/comissao/conep/publicações\\_cep.html](http://conselho.saúde.gov.br/comissao/conep/publicações_cep.html)>. Acesso em: 17 ago. 2008.

16 A Resolução 196/96 do CNS/MS traz a definição de consentimento livre e esclarecido no Capítulo II, item 11: “Consentimento livre e esclarecido – anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa”. O capítulo IV da Resolução n. 196/96 trata integralmente do consentimento livre e esclarecido, sendo que, no item 3, letra “e” desse capítulo, a Resolução n. 196/96 dispõe que “Nos casos em que haja qualquer restrição à liberdade ou ao esclarecimento necessários para o adequado consentimento, deve-se ainda observar: [...] e) em comunidades culturalmente diferenciadas, inclusive indígenas, deve-se contar com a anuência antecipada da comunidade através de seus próprios líderes, não se dispensando, porém, esforços no sentido de obtenção do consentimento individual”. O capítulo II, item 15, traz ainda um outro importante conceito, o de “vulnerabilidade”: “Refere-se a estado de pessoas ou grupos, que por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido” (BIOÉTICA. UFRGS. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioética/textos.htm>).

17 Cf. CONSENTIMENTO: livre e esclarecido (Editorial). *Cadernos de Ética em Pesquisa*, cit., p. 3.

sabilidades, está eminentemente voltado à proteção da dignidade do ser humano, seja ele o sujeito da pesquisa, seja ele o pesquisador. Por isso a exigência de que o termo seja redigido em linguagem acessível ao sujeito da pesquisa. Forçoso é reconhecer, infelizmente, que chegam à CONEP versões de TCLE em linguagem altamente técnica (às vezes até mesmo inacessível a pesquisadores não especialistas na área) e que assumem mais características de bula de isenção de responsabilidades, do que outra coisa... A sistemática prevista na Resolução 196/96 para a obtenção do TCLE cria condições para efetiva e salutar relação entre pesquisador e sujeito da pesquisa, reduzindo a assimetria de tal relação – é um momento e um espaço em que o sujeito da pesquisa pode ter a oportunidade de ser ouvido e respeitado como ser humano.

Registre-se, desde já, que tanto a função dialógica pretendida na área médica, para esse verdadeiro “processo” de obtenção do consentimento livre, prévio e informado, quanto os desafios a serem enfrentados na sua consecução também estão presentes por ocasião de sua aplicação no âmbito do direito ambiental e dos direitos culturais dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais, como mais adiante neste trabalho será evidenciado. Bem por isso, o descortino das origens desse conceito poderá, certamente, lançar luzes e permitir o aprimoramento do procedimento de obtenção do consentimento livre prévio e informado também garantido àqueles grupos minoritários pelos vários tratados internacionais, em âmbito global e regional, bem ainda pela legislação nacional.

Invocamos, a propósito, a lição do jurista Dalmo de Abreu Dallari, para quem o desenvolvimento da Bioética nos últimos anos tem se dado como a “expressão de novas preocupações relacionadas com a vida e seu significado ético”. Relembra, ainda, o ilustre professor:

No ano de 1993, ao ser implantado o Comitê Internacional de Bioética, por iniciativa da UNESCO, foi assinalado que ele tinha sido criado em decorrência das preocupações éticas suscitadas pelos progressos científicos e tecnológicos relacionados com a vida, sobretudo no âmbito da genética. Entretanto, a consideração da vida humana em si mesmo e das relações dos seres humanos com outros seres vivos e com a natureza circundante tem ampliado rapidamente a extensão e a diversidade da abrangência da Bioética, à medida que cada

reflexão ou discussão revela a necessidade de consideração de novos aspectos, como também, segundo a feliz expressão de Miguel Reale, a necessidade de “repensar o pensado”. Vem a propósito lembrar a identificação da Bioética feita por Clotet: “Com o termo Bioética tenta-se focalizar a reflexão ética no fenômeno da vida. Consta-se que existem formas diversas de vida e modos diferentes de consideração dos aspectos éticos com elas relacionados. Multiplicam-se as áreas diferenciadas da Bioética e os modos de serem abordadas. A ética ambiental, os deveres para com os animais, a ética do desenvolvimento e a ética da vida humana relacionada com o uso adequado e o abuso das diversas biotecnologias aplicadas à medicina são exemplos dessa diversidade”. Essa enorme amplitude é reveladora da consciência de que a procura de avanços científicos e tecnológicos, bem como os seus efeitos, esperados ou não, colocam problemas éticos e exigem reflexão para a defesa do ser humano, de sua vida e de sua dignidade<sup>18</sup>.

Com essas importantes considerações e dando sequência à análise da evolução do conceito no plano internacional, uma segunda etapa do desenvolvimento e da aplicação do “consentimento livre, prévio e informado” pode ser vislumbrada por meio de sua utilização para garantir a soberania estatal nas relações entre os Estados, iniciando-se desde 1987 pelo controle do movimento de materiais potencialmente nocivos em seus territórios a partir dos países exportadores. Atualmente, tanto em relação ao transporte de produtos perigosos e tóxicos e também de organismos geneticamente manipulados quanto em relação ao acesso sobre os recursos genéticos, os Estados costumam ter direito a alguma forma de livre consentimento prévio e informado<sup>19</sup>.

18 Cf. DALLARI, Dalmo. Bioética e direitos humanos. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 231-241.

19 Cf. PERRAULT, Anne. Facilitating prior informed consent in the context of genetic resources and traditional knowledge. *Sustainable Development Law & Policy – “SDCP”*, Washington, DC. v. 4, n. 2, p. 21-26, Summer 2004. Disponível em: <[http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp\\_issue2.pdf?rd=1](http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1)>. Acesso em: 8 jan. 2009.

Interessante, neste ponto, trazer a lume a concepção de Melanie Nakagawa<sup>20</sup> sobre o tema. Para essa autora o “prior informed consent” ou PIC, como é conhecido na sigla em inglês, é considerado por muitos especialistas como resultado e extensão do direito norte-americano, especialmente da Lei de Controle de Substâncias Tóxicas (Toxic Substances Control Act – TSCA), de 1976, e da Lei de Recuperação e Conservação dos Recursos (Resource Conservation Recovery Act – RCRA). Para a autora, “os TSCA e RCRA são exemplos claros de como a anterioridade (“prior”), enquanto aspecto do PIC, é usada na prática, no entanto a questão permanece no sentido de como as partes são ‘informadas’ e do que constitui o ‘consentimento’”.

Entretanto, embora enraizado no direito norte-americano, o PIC, segundo aquela autora, é uma “ideia em desenvolvimento” que incorpora um número crescente de acordos multilaterais sobre o meio ambiente, entre os quais destacamos, no que concerne aos propósitos deste trabalho, a Convenção sobre Diversidade Biológica, que concebe um regime de acesso e repartição de benefícios a partir dos Governos nacionais e das comunidades locais<sup>21</sup>.

20 Cf. NAKAGAWA, Melanie. Overview of prior informed consent from an international perspective. *Sustainable Development Law & Policy – “SDCP”*, Washington, DC., v. 4, n. 2, p. 4-8, Summer 2004. Disponível em: <[http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp\\_issue2.pdf?rd=1](http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1)>. Acesso em: 8 jan. 2009.

21 Melanie Nakagawa, em seu artigo já citado (“Overview of prior informed consent from an international perspective”), além da CDB, lembra os seguintes acordos multilaterais que empregam o PIC: a) decisões da OECD (Organization for Economic Co-Operation and Development) que decidem acerca do movimento do comércio de resíduos perigosos destinados à reciclagem dentro da área da OECD; b) o Protocolo de Cartagena que aborda o comércio de organismos vivos modificados, incluindo as culturas (O PIC é aplicado pela primeira vez às importações destes organismos por outro país); c) a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (POPs); d) a Convenção de Rotterdam que exige dos exportadores de pesticidas ou produtos químicos restritos ou proibidos a obtenção do consentimento prévio informado dos importadores antes da comercialização. A Convenção promove o seguro de importação de produtos químicos por meio de diferentes formas de assistência e mediante a garantia de que os exportadores cumpram os requisitos para a gestão segura de importação e exportação de substâncias perigosas; e) a Convenção de Basel, com 159 signatários, que entrou em vigor há mais de uma década. A Convenção de Basel disciplina um regime de consentimento prévio informado

Aliás, segundo a advogada do Centro Internacional de Direito Ambiental, Anne Perrault, as discussões mais recentes relativas ao livre consentimento prévio e informado têm-se centrado, em grande parte, nos direitos dos povos indígenas e de outras comunidades locais em diversos contextos, incluindo a exploração madeireira, mineração, reassentamento, construção de barragens, bem como acesso aos recursos genéticos, este último sobretudo no âmbito da Convenção sobre Diversidade Biológica, como já referimos<sup>22</sup>.

Portanto, essa a etapa de evolução na qual presentemente nos encontramos em relação ao delineamento do conceito de consentimento livre, prévio e informado, de notável importância para todos os titulares do direito correspondente, mas, especialmente, para os povos indígenas e outras comunidades tradicionais, uma vez que, a nosso ver, de sua correta interpretação e aplicação depende o respeito integral dos direitos culturais desses grupos à manutenção de sua diversidade cultural e capacidade de livre determinação<sup>23</sup>.

---

para o movimento transfronteiriço de resíduos perigosos, estabelece os materiais que são considerados perigosos e, ainda, especifica os critérios para a gestão ecologicamente correta. Essa Convenção, segundo a autora, absorveu o que o Direito Norte-Americano fizera alguns anos antes, quando da implementação da disciplina do consentimento prévio informado (PIC) na Lei de Recuperação e Conservação dos Recursos (*Resource Conservation Recovery Act – RCRA*).

22 Cf. PERRAULT, Anne. op. cit.

23 Esse também o entendimento de Anne Perrault, no artigo já citado, para quem “estas comunidades enxergam o PIC como fundamental para a garantia dos seus direitos e proteção de seus interesses vitais quando as atividades elencadas possam afetar os seus interesses. Interpretações oficiais de diversos instrumentos internacionais, incluindo a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e a Organização Internacional do Trabalho, Convenção n. 169, relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, indicam que o livre consentimento prévio informado dos povos indígenas é fundamental para a realização de seus direitos no âmbito de convenções, incluindo os direitos à cultura, à autodeterminação e propriedade. Além disso, destaca-se, nas últimas décadas, o livre consentimento prévio informado tem sido promovido por meio de diretrizes voluntárias, códigos sociais e ambientais, contratos e referendos políticos.” (PERRAULT, Anne. op. cit. – tradução livre).

### 3 A consulta e o consentimento livre, prévio e informado contemplados na Convenção n. 169 da OIT e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Como antes mencionado, os direitos de participação, de consulta e de consentimento livre, prévio e informado são considerados verdadeiros princípios fundamentais da Convenção n. 169 da OIT<sup>24</sup>. Neles se encontra o cerne, a nosso ver, do diálogo intercultural proposto por este documento internacional para a proteção dos direitos dos povos indígenas e tribais, sendo que já tivemos a oportunidade de analisar, tanto no plano teórico quanto no plano prático, seus méritos e limitações, sobretudo no tocante à aplicação de tais princípios no Brasil<sup>25</sup>.

Compartilhamos aqui o entendimento segundo o qual a “consulta” e o “Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI)” podem ser considerados espécies do “processo participativo” (mas não se confundem com a mera participação)<sup>26</sup> e que, no âmbito da Convenção n. 169 da OIT, são utilizados indistintamente ou mesmo como designações de fases de um mesmo processo<sup>27</sup>, cujo momento culminante é a obtenção

---

24 Cf. “O que é e o que não é o direito de consulta livre prévia e informada”, in. op. cit. “Em nível jurisprudencial, o mencionado direito de consulta prévia, também chamado de Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI) tem sido reconhecido e aplicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito regional. No âmbito nacional, tem sido frequentemente aplicado pela Corte Constitucional da Colômbia e a Corte Suprema da Bolívia”. O mesmo artigo traz interessante observação no sentido de que “já existe uma experiência internacional, sobretudo na América do Sul que permite identificar um conjunto de práticas que *não* se prestam à aplicação e o exercício do direito de consulta livre, prévia e informada prevista nos artigos 6º, 7º e 15” [g.n.] (CONSULTA livre, prévia e informada na Convenção n. 169 da OIT. Especial produzido pelo ISA-Instituto Socioambiental em parceria com a Rainforest Foundation Norway (RFN). Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa)>. Acesso em: 1º set. 2014).

25 Cf. dissertação de mestrado da autora, intitulada “Conhecimentos tradicionais: proteção jurídica e diálogo intercultural”, já citada.

26 Cf. artigo “O que é e o que não é o direito de consulta livre...”, op. cit.

27 Esse não é o entendimento mais consentâneo com as origens do conceito do Consentimento Livre Prévio e Informado (CLPI), que tem especificidades que a “consulta” em

do consentimento propriamente dito, de forma livre, prévia e informada. O regramento básico desses dois direitos encontra-se no artigo 6º, item 1, letra “a”, e item 2, da Convenção n. 169.

Por sua vez, o termo “participação”, encontrado em vários dispositivos da Convenção, é utilizado para designar o meio pelo qual os povos interessados podem influir na formulação, aplicação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional capazes de lhes afetar diretamente, de modo a garantir a eleição das próprias prioridades e, assim, o exercício de um controle mínimo sobre seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. O regramento básico desse direito encontra-se posto no artigo 6º, item 1, letras “b” e “c”, e no artigo 7º, item 1, todos da Convenção n. 169.

Importante desde logo referir que, tal como no âmbito do direito ambiental, mais especificamente da Convenção sobre a Diversidade Biológica - CDB, que examinaremos no tópico seguinte, a aplicação desses direitos é complexa, havendo grande dificuldade de estabelecer o seu conteúdo diante da variedade de situações que se colocam envolvendo diferentes Estados e grupos indígenas e outros grupos tradicionais<sup>28</sup>.

---

si não apresenta. Por exemplo, a questão da negativa do consentimento é prevista no regime do CLPI adotado na Convenção sobre a Diversidade Biológica - CDB, como se verá no Item 4 deste trabalho. Entende-se que os líderes comunitários podem revogar inclusive o consentimento por razões legítimas e de boa-fé.

28 Cf. o artigo “O que é e o que não é o direito de consentimento livre, prévio e informado”, in. op. cit. Resumidamente temos que, segundo a metodologia da própria OIT, não podem ser consideradas compatíveis com os princípios do CLPI as seguintes situações: 1) A consulta prévia não se reduz a mera informação, “a informação pertinente, clara, oportuna e imparcial deve subsidiar a adoção de qualquer decisão produzida no processo de consulta, mas isso por si só não é o suficiente para caracterizá-lo. A consulta não é um evento, é um processo de decisão e, nessa medida, a informação tem um caráter instrumental no seu desenvolvimento”; 2) O direito de consulta prévia não pode ser compreendido como um evento, uma reunião ou um encontro. Seu reconhecimento e aplicação implicam, necessariamente, a existência de um processo mutuamente acordado, com tempo suficiente e recursos próprios para sua execução. O processo de consulta deve ser anterior à adoção de uma decisão pública e deve ser levada em conta na motivação a opinião dos diretamente afetados; 3) A consulta pública não equivale literalmente à participação. A OIT tem sido cuidadosa em diferenciar o conceito genérico de participação da ideia concreta da consulta prévia. “Não é adequado pensar

De qualquer sorte, examinando os preceitos mencionados, no tocante aos direitos de consulta e consentimento livre, prévio e informado, podemos apontar, de maneira esquemática, os seguintes elementos estruturais, a saber: “quem” deve consultar e “quem” deve ser consultado (ou consentir); “quando” essa consulta (ou consentimento) deve acontecer; e “como” devem ser realizados tais procedimentos de consulta e consentimento livre, prévio e informado.

Os “interessados” na realização desses direitos, evidentemente, são os povos indígenas e tribais que vierem a ser afetados “diretamente” por determinadas “medidas administrativas ou legislativas”. Menciona, ainda, o texto da Convenção que, ao aplicar as disposições nela contidas, os “Governos” deverão consultar os “povos interessados”, por meio de suas “instituições representativas” e mediante “procedimentos apropriados” (cf. letra “a”, item 1, do artigo 6º).

O item 2 do mesmo artigo 6º, por sua vez, acrescenta mais um requisito de “modo”, ou seja, as consultas a serem realizadas com fundamento na Convenção n. 169 deverão ser efetuadas de “boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias”. A par desses elementos estruturais, o mesmo dispositivo traz uma limitação aos direitos de consulta e de consentimento livre, prévio e informado, ao dispor que, na sua realização, deverão ter como objetivo alcançar-se um “acordo” ou conseguir o “consentimento” acerca das medidas propostas. Significa dizer que, no âmbito da Convenção n. 169 da OIT, não dispõem os “povos interessados” da possibilidade de se oporem, radicalmente,

---

que a existência de espaços permanentes de participação para representantes dos povos indígenas e tribais em colegiados como conselhos e comitês de representação cidadã, satisfaça o cumprimento da obrigação de consulta prévia sobre qualquer decisão adotada em ditos colegiados”; 4) O Estado não pode delegar a execução do processo de consulta prévia a particulares. “O Poder Legislativo ou Executivo, conforme seja o caso, é o único interlocutor legítimo dos povos interessados num processo de consulta prévia” onde estão em jogo “uma discussão de prioridades políticas” e não uma “negociação de bens privados”; 5) A consulta não é direito de veto, mas isso não significa ausência de poder vinculante (CONSULTA livre, prévia e informada na Convenção n. 169 da OIT. Especial produzido pelo ISA – Instituto Socioambiental – em parceria com a RFN – Rainforest Foundation Norway. Junho de 2008. Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa)>. Acesso em: 1º set. 2014).

ou dizer “não” às medidas legislativas e administrativas que lhe são propostas pelos Estados nacionais.

Importa ainda anotar que, além dos artigos já mencionados, os direitos de consulta e consentimento livre, prévio e informado são ainda mencionados em outros dispositivos da Convenção, mas referidos a situações específicas, como é o caso do art. 16, que exige o consentimento livre, prévio e informado dos povos interessados em caso da necessidade de seu traslado das terras que ocupam, bem ainda o art. 15, que exige a consulta aos povos interessados no caso de prospecção ou exploração dos recursos existentes em suas terras.

De maneira geral, os direitos de consulta e consentimento livre, prévio e informado podem ser exercidos sempre que se apresentem projetos, planos, programas e políticas, bem ainda propostas de medidas legislativas que possam atingir diretamente os povos interessados, como por exemplo: emendas à CF; legislação agrária e ambiental; programas e serviços de educação e saúde; planos e programas de desenvolvimento nacional e regional; projetos de desenvolvimento; programas de reassentamento; programas de formação profissional especial; planejamento e administração de serviços de saúde e educação; criação de normas e instituições de educação especial; medidas de preservação e revitalização das línguas indígenas, entre outros tantos.

De outra parte, relembramos que a Convenção n. 169, pela própria natureza do organismo do qual emana – a Organização Internacional do Trabalho, com sua estrutura tripartite, vocacionada para a negociação e a busca de consensos –, proporciona aos povos interessados e aos Estados onde moram antes uma plataforma para a ação e para o diálogo. Aliás, tal objetivo maior está expresso no artigo 6º, item 2, já referido, em que fica claro que a consulta ali prevista destina-se a alcançar um acordo ou a obter o consentimento livre e fundamentado. A Convenção n. 169, portanto, não possibilita o direito de veto por parte dos povos indígenas e tribais. Por outro lado, o artigo 4º, item 2, do seu texto estabelece que não se poderá adotar medidas especiais em relação aos povos interessados que sejam contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados. Portanto, aos Estados também não é dado o direito de imposição unilateral das medidas que

possa entender cabíveis em determinado caso. A busca de uma solução consensual se impõe em qualquer hipótese<sup>29</sup>.

No mais, os processos de consulta e de consentimento livre, prévio e informado devem efetuar-se de boa-fé, com respeito ao princípio da representatividade e mediante procedimentos adequados, como referido expressamente no texto da Convenção. Consulta de boa-fé é aquela que respeita os direitos, os interesses, os valores, as necessidades, as dificuldades da parte consultada. Deve adaptar-se às especificidades de cada grupo e às circunstâncias de cada caso. Praticamente, pode-se dizer que o “procedimento apropriado” a que tantas vezes se refere a Convenção n. 169, sem contudo definir a expressão, apenas terá seus contornos delineados diante do caso concreto, pautado principalmente pelo princípio ético da boa-fé.

Quanto à representatividade, apresenta-se como uma das questões mais complexas a se enfrentar na formulação da consulta e do consentimento livre, prévio e informado, principalmente em se tratando de povos indígenas e tribais, titulares de direitos coletivos e com sistemas tradicionais de representação, que variam de grupo para grupo. Como a representatividade é um elemento essencial da consulta e do CLPI, da correta identificação dos titulares dos direitos em jogo depende a legitimidade dos respectivos processos levados a cabo pelas partes interessadas.

Em relação a este tema, é preciso considerar que a própria Convenção n. 169 em vários de seus artigos garante aos povos indígenas e tribais o respeito à sua identidade social e cultural, aos seus costumes e tradições e às suas instituições. No entanto, nada impede que, a par das instituições tradicionais, sejam adotadas por esses grupos outras estruturas contemporâneas, tais como associações, eleição de dirigentes, conselhos, etc. O importante é que tais instân-

<sup>29</sup> Segundo o artigo “O que é e o que não é o direito de consulta livre, prévia e informada”, in op.cit. “O art. 4º, n. 2 da Convenção 169 deixa assente a necessidade de se estabelecer consensos entre as iniciativas dos Estados e os interesses dos povos, outorgando natureza vinculante ao conteúdo das consultas sobre medidas especiais” (CONSULTA livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT, cit).

cias representativas detenham poder de decisão, segundo o costume e tradição desses povos.

Para o antropólogo Beto Ricardo<sup>30</sup>, que abordou a questão em artigo intitulado “Quem fala em nome dos índios”, a pergunta aparentemente tão simples é de difícil resposta. Segundo Ricardo,

Especialmente após a promulgação da nova Constituição Federal em 1988, cresceu em várias regiões do país a formalização de organizações indígenas, com diretorias eleitas em assembleias, estatutos registrados em cartório e contas bancárias próprias. Trata-se, a rigor, da incorporação, por alguns povos indígenas, de mecanismos de representação política por delegação, para poder lidar com o mundo institucional, público e privado, da sociedade nacional e internacional e tratar de demandas territoriais (demarcação e controle de recursos naturais), assistenciais (saúde, educação, transporte e comunicação) e comerciais (colocação de produtos no mercado).

O autor refere ainda que, àquela altura, no nível local predominavam as instituições políticas tradicionais (tais como Casa dos Homens, Conselho de Velhos etc.), que têm eficácia reguladora sobre as interferências externas, resistindo às imposições de funcionários de agências governamentais que estão sempre à procura de um “chefe” com quem tratar<sup>31</sup>. Identifica, ainda, uma dificuldade de os índios brasileiros construir formas estáveis e permanentes de representação de interesses (diferentemente dos indígenas de outros países latino-americanos, como Bolívia, Equador etc.) devido a sua “base profundamente diversa e dispersa”. No entanto, entende fundamental o reconhecimento e valorização dessas formas indígenas que podem apresentar características “locais”, “faccionais” ou “descentralizadas” de se organizar e representar, em face mesmo dos direitos de consulta, previstos também na CF, citando, inclusive, a importância de que sejam realizadas *in loco*, “garantindo condições adequadas de expressão em língua nativa”, o que “aumenta a proba-

30 RICARDO, Carlos Alberto. Quem fala em nome dos índios? (II) In: \_\_\_\_\_. (Ed.). *Povos indígenas no Brasil: 1991-1995*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1996. p. 90-94.

31 Cf. *ibid.*, p. 91.

bilidade de se saber o que realmente um determinado povo indígena está pensando e querendo”<sup>32</sup>.

Também a questão da “tutela” prevista no Estatuto do Índio, embora se encontre totalmente superada em face do disposto nos artigos 231 e 232 da Constituição Federal e da Convenção n. 169 da OIT, muitas vezes se coloca, internamente, como empecilho para que os povos indígenas possam diretamente, por meio de seus representantes tradicionais, exercer os seus direitos<sup>33</sup>, inclusive no tocante à outorga de consentimento livre, prévio e informado.

Cite-se, a propósito, a elaboração, em 2006, de uma “Solicitação Direta Individual” pela Comissão de Experts e Aplicação de Convênios e Recomendações da OIT (CEACR), anotando o recebimento da primeira memória elaborada pelo Governo brasileiro com a participação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), solicitando uma série de esclarecimentos e fazendo recomendações sobre o cumprimento dos dispositivos da Convenção. Entre elas, percebe-se uma especial preocupação com a manutenção, na legislação infraconstitucional, da tutela legal da União sobre os povos indígenas, encare-

32 A questão da “estabilidade” nas relações com os indígenas brasileiros foi abordada da seguinte maneira pelo antropólogo Eduardo Viveiros de Castro em entrevista ao *Jornal do Estado de São Paulo*, de 20.4.2008: “[...] para os indígenas, cada ser é um centro de perspectivas no universo. Se eles fizessem ciência, certamente seria muito diferente da nossa, que de tão inquestionável nos direciona a Deus, ao absoluto, a algo que não podemos refutar, só temos de obedecer. Os índios não acreditam na ideia de crer, são indiferentes a ela, por isso nos parecem tão pouco confiáveis (risos). No sermão do Espírito Santo, padre Antonio Vieira diz que seria mais fácil evangelizar um chinês ou um indiano do que o selvagem brasileiro. Os primeiros seriam como estátuas de mármore, que dão trabalho para fazer, mas a forma não muda. O índio brasileiro, em compensação, seria como a estátua de murta. Quando você pensa ela está pronta, lá vem um galho novo revirando a forma.” (“Aliás: a semana revista”. P. J4-J5. Entrevista concedida a Flávio Pinheiro e Laura Greenhalgh).

33 A propósito, em 20.9.2007, foi exarada uma decisão monocrática nos autos do processo n. 2007.03.00.088518-0 (AI), em trâmite perante o TRF da 3ª REg. No bojo dessa decisão, foi indeferido o pedido para que determinada comunidade indígena integrasse o feito originário por entender o Desembargador Federal relator do recurso que “tal comunidade não tem personalidade jurídica, devendo seus interesses ser representados coletivamente por quem pode, em seu nome figurar em juízo. E, nisto, a presença do Ministério Público Federal, como não bastasse a do INCRA e a da União, completa a relação processual”.

cendo aquela Comissão que a novel legislação em matéria indígena, ainda em fase de consolidação, leve em conta tais incompatibilidades, proporcionando aos povos indígenas a necessária assistência e proteção tanto da FUNAI quanto do Ministério Público Federal, de forma alternativa ao modelo da tutela prevista no Estatuto do Índio (item 11 da solicitação da CEACR)<sup>34</sup>.

Ainda em relação ao procedimento de consulta previsto no artigo 6º da Convenção, no mesmo documento a Comissão de *Experts* houve por bem solicitar informações sobre a maneira como tem sido realizada no Brasil, se respeitados os seus requisitos fundamentais (prévia, através das instituições representativas dos povos indígenas e mediante procedimentos apropriados). Em relação à consulta prevista no artigo 15 da Convenção n. 169, a Comissão de *Experts* reconheceu a complexidade da matéria e manifestou preocupação com eventual prejuízo aos interesses dos povos indígenas por ocasião da autorização de medidas de prospecção mineral e de outros recursos existentes em terras indígenas.

Nada obstante as solicitações e recomendações feitas pela OIT em 2006, em 2012 foi divulgado novo Relatório da Comissão de Especialistas em Aplicação de Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT), confirmando a não realização de oitivas aos indígenas impactados pela implantação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, corroborando, nesse passo, a posição do Ministério Público Federal e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que interpelaram o Governo brasileiro pelos mesmos motivos. Nas Recomendações finais, a Comissão de Especialistas pede ao Governo brasileiro que: 1) tome as medidas necessárias para levar a cabo as consultas com os povos indígenas afetados pela implantação da UHE Belo Monte, no Pará, em conformidade com os artigos 6º e 15 da Convenção n. 169 da OIT;

34 Cf. Relatório do grupo de experts/CEACR, 2006. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales - un Manual*. Disponible en “Ratificación”. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/egalite/itpp/convention/index.htm>>. Acesso em: 20 out. 2008.

2) em consulta com os povos indígenas, tome medidas para determinar se as prioridades dos ditos povos foram respeitadas e se seus interesses serão prejudicados e em que medida, a fim de adotar as ações de mitigação e indenização apropriadas; 3) informe a Justiça Federal do Pará sobre os resultados do procedimento<sup>35</sup>.

Do exposto pode-se aquilatar o grau de importância que se confere, dentro da OIT, aos direitos de consulta e consentimento livres, prévios e informados estampados na Convenção n. 169, configurando, a nosso ver verdadeiros direitos fundamentais dos povos indígenas e tribais. Apenas adiantamos que o elemento nuclear do princípio da dignidade humana que confere a nota da fundamentalidade a tais direitos reside, justamente, em bens e valores referidos à autonomia e à autodeterminação desses povos. Razão pela qual não concordamos com quem lhes atribui caráter meramente instrumental ou procedimental ou, ainda, de meio ou ferramenta de defesa do conjunto de outros direitos “materiais” dos povos indígenas<sup>36</sup>. Estas denominadas “garantias” fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem aos seus titulares a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. Além do que, permitir aos povos interessados expressarem-se na esfera pública e participarem na esfera política, por si mesmo, confere-lhes dignidade e proporciona-lhes visibilidade perante os demais membros da sociedade nacional.

35 A íntegra da Nota Técnica da CEACR da OIT está disponível em <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oitinformes/informes169/1596-ceacr-brasil-2012.html>>. Acesso em: 1º set. 2014. Neste contexto, importante referir o advento da Portaria Interministerial n. 35 de 27.1.2012, que instituiu Grupo de Trabalho Interministerial para apresentar proposta de regulamentação da Convenção n. 169 da OIT no tocante ao direito de consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas e tribais a que se refere. Interessante anotar que, além dos representantes dos povos indígenas, também os representantes dos povos quilombolas e de outras comunidades tradicionais foram convidados a integrar o GTI em questão. De qualquer modo, no nosso entender, tal regulamentação, ainda não concluída, não impede a aplicação, desde já, das normas da Convenção n. 169, visto serem autoaplicáveis, como todas as demais que integram o bloco dos direitos humanos.

36 É o caso de certa passagem do artigo “O que é e o que não é o direito de consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT”, op. cit.

Passaremos agora a examinar, ainda que sucintamente, o tratamento conferido pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas aos direitos de participação, consulta e consentimento livre, prévio e informado objeto desse nosso estudo. Entre alguns aspectos e inovações trazidos pela Declaração das Nações Unidas, pode-se referir justamente o elevado *status* conferido, sobretudo, ao direito de consentimento livre, prévio e informado das populações indígenas. Tal posicionamento tem importantes consequências decorrentes do regime jurídico dos direitos humanos no âmbito do Direito Internacional, em face da cláusula de “proibição de retrocesso”, pela qual fica vedado aos Estados diminuir ou amesquinhar a proteção já conferida aos direitos humanos. Traduz-se, pois, em importante garantia de satisfação desses direitos pelos povos indígenas<sup>37</sup>.

Tal direito, ao lado de outros também complexos e polêmicos, tais como o direito à livre-determinação, à autonomia sobre as terras, territórios e recursos naturais e direitos coletivos dos povos indígenas, foram os que mais ensejaram discussões durante o processo de negociação do texto da Declaração, cujo processo de elaboração, aliás, contou com uma ampla participação de representantes indígenas<sup>38</sup>.

Os direitos de consentimento livre, prévio e informado, de participação e de consulta dos Povos Indígenas vêm referidos nas seguintes hipóteses previstas na Declaração: a) artigo 10: no caso de remoção desses grupos de seus territórios; b) artigo 11, item 2: direito de restituição – quando subtraídos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais sem o devido consentimento de seus titulares; c) artigo 18: participação nas decisões que lhes afetem, por meio de seus representantes e em conformidade com seus próprios procedimentos e instituições;

37 Cf. RAMOS, A. C. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 243-246.

38 Cf. KAINGÁNG, Azelene. Histórico da declaração. In: UM OLHAR indígena sobre a Declaração das Nações Unidas. Publicação do projeto “Protagonismo dos Povos Indígenas brasileiros por meio dos instrumentos internacionais de promoção e proteção dos Direitos Humanos”. Organizações Parceiras: APOINME, COIAB, CIR e Warã Instituto Indígena brasileiro. 2. ed., mar. 2008. p. 15. Disponível em: <<http://www.coiab.com.br/publicacao.php>>.

d) artigo 19: os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, mediante suas instituições representativas para obter seu consentimento prévio, livre e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem; e) artigo 28: direito à reparação – pelas terras, territórios e os recursos que tradicionalmente tenham possuído, ocupado ou utilizado de outra forma e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado; f) artigo 29: proibição de armazenamento ou eliminação de materiais perigosos em terras indígenas, sem o seu consentimento livre, prévio e informado; g) artigo 30: os Estados celebrarão consultas eficazes com os povos indígenas interessados, para os procedimentos apropriados e em particular por meio de suas instituições representativas, antes de utilizar suas terras ou territórios para atividades militares; h) artigo 32: celebração de consultas pelo Estado e cooperação de boa-fé com os povos indígenas interessados, a fim de obter o seu consentimento livre e informado, antes de aprovar qualquer projeto que afete as suas terras ou territórios e outros recursos, especialmente recursos minerais, hídricos ou de outro tipo; i) artigo 38: celebração de consultas pelo Estado e cooperação com os povos indígenas para a adoção de medidas apropriadas, inclusive legislativas, para alcançar os fins da Declaração; e j) artigo 41: garante a participação dos povos indígenas, no âmbito dos organismos do sistema das Nações Unidas, em relação aos assuntos que os afetem.

Esse o rol de dispositivos que tratam dos direitos de participação, consulta e consentimento livre, prévio e informado e que reforça e avança em relação ao rol de direitos de mesma natureza reconhecidos na Convenção n. 169 da OIT. Relembre-se, por oportuno, a evolução do conceito de consentimento livre, prévio e informado, abordada no item 2 supra, forjado inicialmente no campo da bioética e, subsequentemente, no âmbito do direito ambiental. Assim, no campo da proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos, de que trata a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), tem-se entendido que apenas por meio desse direito (CLPI), com contornos específicos, é possível proteger-se o patrimônio cultural indígena. Neste contexto, adiantamos que o consentimento livre, prévio e fundamentado pressupõe: a) disponibilidade da informação;

b) necessário e pertinente tempo para discussão; c) a participação dos atores envolvidos; d) reconhecimento das entidades representativas próprias dos povos indígenas; e e) a possibilidade do exercício do direito de moratória ou veto.

É justamente na possibilidade de veto, ou possibilidade de dizer “não”, que se encontra a grande diferença em relação aos direitos de consulta e consentimento informado proclamados na Convenção n. 169 da OIT, como antes examinamos.

Apenas a título de curiosidade, anotamos que o Projeto de Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização dos Estados Americanos (OEA), no texto consolidado e atualizado até 15 de maio de 2008<sup>39</sup>, também adotava o conceito de Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI) em vários de seus dispositivos, aparentemente, seguindo os passos da sua congênere do sistema universal de proteção dos direitos humanos. No texto mais recente, atualizado até 20 de abril de 2012<sup>40</sup>, também há expressa referência ao consentimento livre, prévio e informado, conceito este que, ao lado de outros de capital importância para os povos indígenas, parece ser objeto de intensas negociações.

Portanto, novamente, apresenta-se o direito de consentimento livre, prévio e informado como um princípio que confere, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, a “tônica do sistema normativo” de proteção dos direitos dos povos indígenas, “verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas,

<sup>39</sup> Cf. REGISTRO del estado actual del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. Consejo Permanente de La Organización de los Estados Americanos – Comisión de Asuntos Jurídicos Y Políticos- Undécima Reunión de Negociaciones para La Búsqueda de Consensos (Estados Unidos, Washington D.C. – del 14 al 18 de abril de 2008). Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/esp/GT-DADIN-doc-334-08\\_rev1.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/GT-DADIN-doc-334-08_rev1.pdf)>. Acesso em: 3 set. 2008.

<sup>40</sup> Cf. Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: “COMPENDIO de Propuestas” e o “REGISTRO del estado actual del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas”. <<http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/Indigenas%20documentos.asp#2013>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência”<sup>41</sup>.

#### **4 Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI) no contexto do acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade**

Passaremos agora a descrever a importância do “consentimento livre, prévio e informado” na perspectiva da Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), sobretudo para a realização dos seus três objetivos expressos no artigo I, a saber: 1º “conservação da diversidade biológica”; 2º “a utilização sustentável de seus componentes”; e 3º “a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado”.

O PIC (*prior informed consent*), como é internacionalmente conhecido esse conceito e referido nos documentos pertinentes à CDB, é, sem sombra de dúvida, considerado um importante elemento das disposições da Convenção sobre o acesso aos recursos genéticos e sobre a repartição justa e equitativa dos benefícios, ABS na sigla em inglês (*access and benefit sharing*). Está diretamente vinculado à capacidade tanto dos Governos locais quanto das comunidades tradicionais para gerenciar o acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais a eles associados. De uma boa gestão desse *acesso* depende o cumprimento dos objetivos da CDB e o combate à biopirataria <sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Citação constante da nota de rodapé 41 do livro da PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2007. p. 37.

<sup>42</sup> Cf. PERRAULT, Anne. Facilitating prior informed consent in the context of genetic resources and traditional knowledge. *Sustainable Development Law & Policy* – “SDCP”, Washington, DC. v. 4, n. 2, p. 2, Summer 2004. Disponível em: <[http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp\\_issue2.pdf?rd=1](http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1)>. Acesso em: 8 jan. 2009. Para maior esclarecimento do termo “biopirataria”, incluímos

Ao tratar do “Acesso a Recursos Genéticos” em seu artigo 15, a CDB inicialmente reconhece os direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais, razão pela qual entende que a autoridade competente para autorizar o acesso a tais recursos deve pertencer aos Governos nacionais e estar sujeita à legislação nacional (item 1). O mesmo artigo dispõe, ainda, que depende do “consentimento prévio fundamentado” da parte contratante provedora desses recursos o acesso aos recursos genéticos (item 5). Também no artigo 19 da CDB há expressa referência à necessidade de “concordância prévia fundamentada no que respeita à transferência, manipulação e utilização seguras de todo o organismo vivo modificado pela biotecnologia”.

Nesse contexto e no respeitante aos interesses e direitos dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais (ou “locais”, como os denomina a CDB) sobre seus saberes tradicionais associados aos recursos genéticos, o artigo 8º, letra “j”, atribui a cada parte contratante o dever de, em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas desses grupos e incentivar a sua mais ampla aplicação “com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, bem ainda encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento”. O artigo 10 da CDB, ao tratar da “Utilização sustentável de componentes da diversidade biológica”, determina às partes contratantes que protejam e encorajem a utilização costumeira de recursos biológicos de acordo com práticas culturais tradicionais sustentáveis. Por fim, o artigo 17 trata do intercâmbio de informações, entre estas, o “conhecimento indígena e tradicional como tais e associados às tecnologias”, bem ainda a repatriação de informações.

---

aqui a seguinte definição: “A biopirataria é a atividade que envolve o acesso aos recursos genéticos de um determinado país ou aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos genéticos (ou a ambos) sem o respeito aos princípios da Convenção da Biodiversidade, isto é, sem autorização do país de origem e de suas comunidades locais e a repartição dos benefícios. A Convenção da Biodiversidade estabelece que os benefícios gerados pela utilização dos recursos genéticos coletados nos países megadiversos (ou em qualquer outro país) devem ser compartilhados com estes e com as comunidades locais detentoras de conhecimentos associados a estes” (O nim, o ayahuasca e o cupulate. Capítulo: Diversidade Socioambiental, Verbete: Recursos Genéticos do ALMANAQUE Brasil Socioambiental (2008). São Paulo: Instituto Socioambiental, 2007. p. 255).’

Este o quadro normativo posto pela Convenção da Diversidade Biológica a partir do qual as partes contratantes, nas respectivas Conferências das Partes (COPs), passaram a buscar entendimentos comuns sobre conceitos básicos referentes ao acesso e repartição de benefícios (ABS)<sup>43</sup>. Passamos a seguir a um breve resumo dos principais avanços ocorridos durante as negociações das COPs no tocante ao tema até chegarmos ao mais significativo deles, o Protocolo de Nagoya à CDB<sup>44</sup>, aprovado em 2010, no Japão.

Assim, importante lembrar as Orientações de Bonn aprovadas na Sexta edição da Conferência das Partes (COP6) da CDB, em abril de 2002, e que foram desenvolvidas para auxiliar na aplicação dos dispositivos antes referidos, sobre o acesso e repartição de benefícios e proteção dos conhecimentos tradicionais associados, garantindo que o PIC seja obtido a partir das próprias comunidades e suas práticas tradicionais.

Partindo do princípio de que o consentimento prévio e informado é uma das maneiras de se alcançar uma repartição justa de benefícios decorrentes do acesso aos recursos genéticos, as Diretrizes de Bonn fornecem indicações sobre possíveis elementos do procedimento para implementação do PIC, de maneira voluntária, pelas

---

43 Cf. PERRAULT, Anne (Facilitating prior informed consent in the context of genetic resources and traditional knowledge. *Sustainable Development Law & Policy* –“SDCP”, Washington, DC. v. 4, n. 2, p. 2-3, Summer 2004. Disponível em: <[http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp\\_issue2.pdf?rd=1](http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1)>. Acesso em: 8 jan. 2009), ao tratar do “Livre consentimento prévio informado no contexto do acesso a recursos genéticos”, a aplicação do PIC nesse contexto não se confunde com sua aplicação no âmbito dos resíduos perigosos e/ou tóxicos e dos organismos geneticamente manipulados (OGM). No entanto reconhece que as atividades desenvolvidas para o cumprimento do PIC, naqueles casos, podem servir também à modelagem do procedimento do PIC em relação ao acesso aos recursos genéticos.

44 O Protocolo de Nagoya entrará em vigor internacionalmente em outubro de 2014, após noventa dias do depósito do quinquagésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, o que já ocorreu. O Brasil, embora tenha sido um dos primeiros países a assinar o compromisso de adesão durante a COP (10) no Japão, até o momento não o ratificou, estando a proposta de ratificação em trâmite aguardando a aprovação pelo Congresso Nacional.

partes contratantes. Segundo esse documento (parágrafo 26) são elementos do PIC<sup>45</sup>:

- a) o consentimento das autoridades nacionais e das comunidades indígenas e locais;
- b) mecanismos para a participação dos investidores ou das partes interessadas (*stakeholders*);
- c) prazos e calendários razoáveis;
- d) especificações dos tipos de usos dos recursos;
- e) vinculação direta com termos mutuamente acordados;
- f) procedimentos detalhados para a obtenção do consentimento;
- g) uma descrição do processo geral de acesso

Relembre-se, também, que o Grupo de Trabalho *ad hoc* “das interessões sobre o artigo 8º ‘j’ e disposições conexas”, foi adotado pela Conferência das Partes da CDB no ano de 2000 com o objetivo de fornecer a base de ação para execução do art. 8º, “j”, da CDB, que é o principal dispositivo a tratar da proteção dos conhecimentos tradicionais em seu âmbito. O Programa de Trabalho desenvolvido pelo referido GT para aplicação do artigo 8º, “j”, estabelece como um de seus princípios gerais justamente a observância do consentimento prévio e informado para o acesso aos conhecimentos tradicionais<sup>46</sup>.

Um documento importante produzido por esse grupo de trabalho intitula-se “Diretrizes de Akwé kon” e foi aprovado na sétima edição da Conferência das Partes da CDB, de 2004, destinando-se à

“Condução de Estudos de Impactos Culturais, Ambientais e Sociais relativos ao desenvolvimento de propostas que devem acontecer, ou que sejam suscetíveis de impacto, nos locais sagrados ou terras e águas tradicionalmente ocupadas ou usadas por comunidades indígenas e locais”. O princípio do consentimento prévio e informado é expressamente referido no § 53 dessas “diretrizes” e também traz importantes elementos conceituais do PIC ao estabelecer que

[...] onde o regime jurídico nacional exige anuência prévia de comunidades indígenas e locais, o processo de avaliação deve considerar se tal anuência prévia foi efetivamente obtida. O consentimento prévio informado correspondente a diferentes fases do processo de avaliação do impacto deve considerar os direitos, o conhecimento, inovações e práticas das comunidades indígenas e locais; o uso adequado da linguagem e do processo; a atribuição de tempo suficiente e a prestação de informações exatas, factual e juridicamente corretas. Modificações para o desenvolvimento inicial da proposta exigirão consentimento prévio informado adicional das comunidades indígenas e locais afetadas<sup>47</sup>.

Interessante apontar que, no Seminário de *Experts* da América Latina e Caribe sobre Indicadores para a Proteção dos Conhecimentos Tradicionais realizado em Quito em 2006<sup>48</sup>, reconheceu-se que a natureza coletiva dos direitos indígenas encontra sua base legal no plano internacional, sobretudo na Convenção n. 169 da OIT. No entanto, para a proteção do conhecimento tradicional, entendeu-se não ser suficiente apenas a “consulta”<sup>49</sup> prevista naquela Convenção, havendo a necessidade da aplicação do conceito de “consentimento livre, prévio e informado”, considerando-se que apenas este último é capaz de proteger efetivamente referidos bens e valores integrantes do

45 Cf. PERRAULT, Anne, op. cit. p. 4.

46 Cf. UNITED NATIONS. Contribution of the convention on biological diversity and the principle of prior and informed consent. International Workshop on Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples (New York, 17-19 January 2005). Department of Economic and Social Affairs, Division for Social Policy and Development, Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues, United Nation, PFII/2005/WS.2/3. Disponível em [http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/workshop\\_FPIC\\_CBD.doc](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/workshop_FPIC_CBD.doc). Acesso em: 2 set. 2014.

47 Cf. Directrices Akwé: Kon. Directrices del CDB. Publicado por La Secretaria del Convenio sobre la Diversidade Biologica. Montreal, Canadá. 2005, p. 25. Disponível em: <<http://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-es.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2014.

48 Cf. UNEP/CBD/WG8J/AG/2/INF/4. Inform de la consulta latinoamericana (incluyendo el Caribe, America Central y America del Sur) sobre indicadores. 16 Apr. 2007. Disponível em: <<http://www.cbd.int/doc/meetings/tk/acpow8j-02/information/acpow8j-02-inf-04-es.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2014.

49 Cf. *ibid.*, p. 28.

patrimônio cultural dos povos tradicionais. Refere-se, ademais, aos indicadores capazes de “medir” o cumprimento do CLPI, a saber: a) disponibilidade da informação; b) necessário e pertinente tempo para discussão; c) participação dos atores envolvidos; d) reconhecimento das entidades representativas próprias dos povos indígenas; e) possibilidade do exercício do direito de moratória ou veto.

Outro fórum especializado – Fórum Permanente das Nações Unidas sobre Questões Indígenas<sup>50</sup> –, que trabalha em colaboração com a CDB, considera o consentimento prévio e informado como uma “importante prioridade metodológica”, que deve ser visto como um “processo contínuo, processo esse que envolve comunicação intercultural e alçamento desigual”. Nada obstante, ainda resta pendente em sua agenda uma definição de “consentimento prévio e informado”<sup>51</sup>, conceito este realmente complexo, mas imprescindível, como vimos, para a implementação do artigo 8º, “j”, em nível local, regional e internacional.

Por sua vez, do ponto de vista das populações indígenas e seus defensores<sup>52</sup>, o consentimento prévio e informado no âmbito da CDB deve ser obtido de acordo com suas regras consuetudinárias, suas práticas e procedimentos especiais e/ou instituições específicas. Esta a base a ser considerada para construção de qualquer processo de autorização de acesso aos recursos da biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados, cujo objetivo comum deve ser sempre a proteção dos CTs e a repartição dos benefícios. Em face disso, não existiria um *único* processo de obtenção do consentimento prévio e informado; sua estrutu-

50 O UNPFII é um organismo assessor do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, com o mandato de examinar as questões indígenas relacionadas ao desenvolvimento econômico e social, a cultura, a educação, a saúde, o meio ambiente e os direitos humanos. As deliberações e outros informes de todas as sessões do UNPFII já ocorridas até o momento podem ser acessadas por meio do site <<http://undesadspd.org/indigenouses/Portada/SesionesUNPFII/SextaSesi%C3%B3n.aspx>>.

51 Cf. UNEP/CBD/WG8J/AG/2/INF/4. *Informe de la consulta latinoamericana (incluyendo el Caribe, América Central y América del Sur) sobre indicadores*, cit., p. 22.

52 Cf. UNITED NATIONS. Contribution of the convention on biological diversity and the principle of prior and informed consent, cit., p. 7.

ração se dará sempre caso a caso, dependendo das relações construídas entre as comunidades e os pesquisadores, organismos governamentais, interessados em projetos de desenvolvimento etc.

No entanto, não há como dispensar a elaboração de alguns *standards* que possam servir de guia para o efetivo cumprimento dos direitos e obrigações contemplados no artigo 8º, “j”, da CDB. Nesse passo, os aportes antecitados e, em especial, as Orientações de Bonn, ainda cumprem um importante papel, pois auxiliam os Governos a superar alguns dos obstáculos que limitam a aplicação do PIC, nada obstante a crítica no sentido de que estariam tais diretrizes mais adaptadas para o uso original do consentimento livre, prévio e informado, que se cristalizou sobretudo a partir da legislação americana sobre o transporte de resíduos perigosos e tóxicos, como neste trabalho já examinamos<sup>53</sup>.

No entanto, as Diretrizes de Bonn foram sendo aprimoradas a cada Conferência das Partes da Convenção da Diversidade Biológica, cientes os Estados signatários da importância do tema para o cumprimento dos objetivos maiores da CDB.

Assim é que a Decisão IX/13<sup>54</sup>, “artigo 8, “j”, e disposições conexas”, da 9ª edição da Conferência das Partes da CDB (nota de rodapé) realizada também na cidade de Bonn, em maio de 2008, apresentou em anexo um Projeto de Elementos de um Código de Conduta Ética para promover e assegurar o respeito ao patrimônio cultural e intelectual das comunidades indígenas e locais condizente com a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica. Nesse documento, já havia menção sobre a importância que tem para a promoção e respeito dos conhecimentos tradicionais, a sua valorização, pelas partes, de maneira equânime e complementar aos conhecimentos científicos do ocidente.

Importante ressaltar que o “consentimento prévio, livre e fundamentado”, conforme expressão utilizada nesse documento, é conside-

53 Cf. PERRAULT, Anne, op. cit., p. 7-9.

54 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. COP 9 Decision IX/13, Bonn, 19-30 May 2008, Article 8 (j) and related provisions. Disponível em: <<http://www.cbd.int/decisions/?m=COP-09&id=11656&lg=0>>. Acesso em: 19 jan. 2009.

rado um dos princípios éticos gerais a reger as interações com as comunidades indígenas e locais no âmbito da CDB. Tais princípios gerais são ali considerados como expressões do princípio maior consistente no direito das comunidades indígenas e locais de desfrutarem de sua cultura, do que decorre a capacidade de transmitir essa mesma cultura, se assim desejarem, às gerações futuras. Há também expressa menção à estreita colaboração entre o processo da Convenção da Diversidade Biológica e o Fórum Permanente das Nações Unidas para as Questões Indígenas, de modo a contemplar as especificidades das comunidades indígenas e locais no âmbito de suas decisões.

A finalização das negociações sobre esse tema ocorreu na edição seguinte, COP (10) da CDB, com a aprovação do Código de Ética sobre o Respeito ao Patrimônio Cultural e Intelectual das Comunidades Indígenas e Locais pertinente à Conservação e ao Uso Sustentável da Diversidade Biológica (o denominado código de Conduta Ética *Tkarihwaié:ri*), que veio orientar os Governos na evolução dos modelos de códigos de conduta ética para a investigação, o acesso, o uso, o intercâmbio e a gestão da informação relativa aos conhecimentos tradicionais. Nesse passo, o código veio auxiliar a implementação dos direitos ao consentimento fundamentado prévio e/ou aprovação e participação dos povos e comunidades detentores desses saberes<sup>55</sup>.

Tal Código de Ética, por sua vez, atento à crítica reiterada nas várias Conferências das Partes da CDB quanto à ausência do aprofundamento da necessária compatibilização com os direitos indígenas previstos em outros documentos de direito internacional, expressamente leva em conta os diversos organismos, instrumentos, programas, estra-

55 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *El Código de Conducta Ética Tkarihwaié:ri*. Disponível em: <<http://www.cbd.int/traditional/code.shtml>> Acesso em: 2 set. 2014. Para aprofundamento do tema sugerimos a leitura das “Diretrizes Voluntárias Akwé:Kon”. Segundo a versão em espanhol no *site* da CDB, “uno de los principales logros de la COP 7 fue la adopción decisión VII/16 F), de las Directrices Akwé:Kon, Directrices Akwé Kon, voluntarias para la realización de evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados y en tierras y aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales”. Disponível em: <<http://www.cbd.int/traditional/guidelines.shtml>>. Acesso em: 2 set. 2014.

tégias, normas, informes e processos internacionais pertinentes e a importância de sua harmonização e complementariedade e aplicação efetiva, invocando, entre outros não menos importantes, o Convênio n. 169 sobre Povos indígenas e Tribais (OIT-1989), a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (UNESCO-2005), e a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas (2007), essenciais, como vimos, à proteção jurídica da diversidade cultural e dos saberes e práticas tradicionais de todos esses povos<sup>56</sup>.

Uma outra decisão pertinente ao tema sob exame foi tomada na mesma COP 9 sob o n. IX/12<sup>57</sup> e trata do “Acesso e repartição de benefícios”. Nessa decisão, há também expressa menção às Diretrizes de Bonn, como um ponto de partida para as discussões relacionadas com a elaboração e negociação de um regime internacional sobre acesso e repartição de benefícios que, como já vimos, é um dos principais e mais complexos temas enfrentados pelas Partes no âmbito da Convenção sobre Diversidade Biológica. Do mesmo modo que na Decisão n. IX/13 antes comentada, aqui também foi incluído um documento anexo, contendo um rol de *componentes* principais de um “regime internacional”, para apreciação e discussão das partes. Entre estes, o “consentimento fundamentado prévio” dos titulares dos conhecimentos tradicionais, incluídas as comunidades indígenas e locais, quando ocorra o respectivo acesso. A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas também é invocada em tais decisões, entre outros documentos internacionais de proteção dos direitos humanos e direitos culturais.

Finalmente, e nada obstante os avanços antes mencionados, após seis anos de negociações, em outubro de 2010, foi aprovado documento de importância ímpar para o desenvolvimento do terceiro objetivo da CDB antes referido, durante a realização da

56 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *El Código de Conducta Ética Tkarihwaié:ri*, op.cit.

57 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. COP 9 Decision IX/12, Bonn, 19-30 May 2008, Access and benefit-sharing. Disponível em: <<http://www.cbd.int/decisions/?m=COP-09&id=11655&lg=0>>. Acesso em: 19 jan. 2009.

Décima Conferência das Partes (COP 10), passada no Japão. Trata-se do Protocolo de Nagoya sobre o Acesso aos Recursos Genéticos e Participação Justa e Equitativa nos Benefícios que se Derivam de sua Utilização, conferindo maior certeza e transparência jurídicas tanto para os provedores como para os usuários de recursos genéticos. Duas são as novidades importantes do Protocolo: a) obrigações concretas que cada parte deverá assumir para assegurar o cumprimento da legislação ou requisitos regulamentares *nacionais* da parte que proporciona os recursos genéticos; e b) obrigação de cumprir condições de cooperação mutuamente acordadas<sup>58</sup>.

Segundo o entendimento de Nilo L. Saccaro Jr., do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o Protocolo de Nagoya traz normas que esclarecem e detalham questões relativas à repartição de benefícios. Assim, a definição de benefícios monetários e não-monetários é clarificada, bem como as modalidades de contratos que devem ser utilizados entre as partes, além de dar as diretrizes básicas para a criação de mecanismos internacionais de cooperação, monitoramento e regulação, enfatizando a necessidade de conformidade das legislações nacionais (CDB, 2010)<sup>59</sup>.

Espera-se, também que em relação ao acesso aos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas e locais, as disposições do Protocolo fortaleçam a capacidade dessas comunidades para se beneficiarem do uso de seus conhecimentos, inovações e práticas. Tanto em seu Preâmbulo quanto em vários artigos, o Protocolo refere-se aos povos indígenas e populações locais e aos seus saberes tradicionais, por exemplo, o Artigo 3º (Âmbito), Artigo 5º (Participação Justa e Equitativa

58 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Protocolo de nagoya sobre acesso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa em los beneficios que se derivan de sua utilización al convenio sobre la diversidad biológica*. Disponível em: <<http://www.cbd.int/traditional/Protocol.shtml>>. Acesso em: 2 set. 2014.

59 Cf. SACCARO JR., Nilo L. A regulamentação de acesso a recursos genéticos e repartição de benefícios: disputas dentro e fora do Brasil. In: SCIELO. *Ambiente & Sociedade*, v. 14, n. 1, Campinas, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://search.scielo.org/?view=mobile&output=site&lang=pt&from=1&sort=&format=abstract&count=20&fb=&page=1&q=Ambiente+%26Sociedade>>. Acesso em: 1º set. 2014.

dos Benefícios), Artigo 7º (Acesso aos Conhecimentos Tradicionais Associados aos Recursos Genéticos).

Em relação ao consentimento prévio e fundamentado, vem ele expressamente referido no Artigo 6º, de maneira ampla tanto para as partes – países de origem – quanto para as comunidades indígenas e locais. Ali se estabelece que cada parte adotará medidas com vistas a assegurar que se obtenha o “consentimento fundamentado prévio” ou a aprovação e participação das comunidades indígenas e locais para o acesso aos recursos genéticos, quando estas tenham o direito estabelecido à outorga desses recursos<sup>60</sup>.

Enfim, pode-se dizer, tanto com fundamento nos documentos oficiais gerados a partir das Conferências das Partes da CDB quanto com base na literatura especializada e a partir da análise sumária dos elementos do conceito de “consentimento livre, prévio e informado” já detectados, que se mostra ele essencial para a implementação da Convenção como um todo e, em especial, no tocante às disposições que interessam às populações indígenas e locais, voltadas à proteção dos conhecimentos tradicionais.

No entanto, parece que as dificuldades já detectadas podem ser ainda maiores para realização do PIC no contexto do *acesso aos recursos genéticos*, em razão, sobretudo, da *complexidade*<sup>61</sup> de que se reveste

60 Entendo que o Protocolo de Nagoya merece um estudo aprofundado de todos os seus dispositivos, o que refoge aos objetivos mais singelos deste estudo. Tendo em vista os avanços significativos por ele trazidos no tema complexo do acesso aos recursos genéticos, incluídos aqueles associados aos conhecimentos tradicionais de povos indígenas e outras comunidades tradicionais, é de grande importância que seja ratificado pelo CN brasileiro, ainda mais levando-se em conta que já tramita em regime de urgência perante o Congresso o PL n. 7.735/2014, pretendendo a substituição da legislação nacional de regência, MP n. 2.186-16/2001, cercado de sérios questionamentos como já referimos em nota 9 deste artigo.

61 Confira-se a interessante narrativa reproduzida no artigo de Cristiane Fontes (Biodiversidade e conhecimentos tradicionais: mais proteção já!. Jul. 2004. *Instituto Sócio Ambiental-ISA*. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/esp/tradibio/>>. Acesso em: 12 out. 2008): “Durante sua apresentação sobre conhecimento tradicional na 24ª Reunião da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), realizada de 12 a 15/6, Daniel Munduruku, diretor-presidente do Inbrapi, afirmou: ‘As ONGs indígenas

a matéria. Assim, por exemplo, maior é o grau de dificuldade para compreensão, pelas comunidades tradicionais, das informações a serem repassadas pelos pesquisadores interessados no acesso a esses bens e valores. Também a compreensão das estruturas legais que regulamentam a utilização desses recursos pode demandar conhecimento especializado tanto de âmbito nacional quanto internacional (por exemplo, as leis que tratam da propriedade intelectual). Por fim, é também mais difícil exercer-se o controle sobre tais atividades de acesso, com vistas a impedir o uso não autorizado (sem o PIC) de recursos e CTs associados, porque também mais difíceis de serem aquelas detectadas, em razão de sua natureza preponderantemente intangível<sup>62</sup>.

No respeitante aos povos indígenas e comunidades tradicionais, pondera Anne Perrault que os principais elementos do conceito de “consentimento livre, prévio e informado”, na prática, podem ser identificados independentemente do contexto considerado, visto que a aplicação do PIC envolve basicamente os mesmos *direitos* para esses grupos, quer dizer, *os direitos que ensejam a sua participação na gestão dos recursos existentes nas terras que ocupam tradicionalmente*<sup>63</sup>.

Desse modo e, nada obstante as especificidades antes apontadas, alguns padrões já podem ser identificados também no campo dos recursos genéticos e têm sido articulados por várias comuni-

---

e os próprios indígenas detentores desse saber, assistem, às vezes de forma pacífica, às vezes não, a discussão que não lhes entra na cabeça por mais preparados que sejam. Tais discussões envolvem conceitos e paradigmas mentais que não fazem parte do universo epistemológico dos nossos povos. Temas como propriedade, bioprospecção, patentes, marcas, direitos conexos, estão fora das muitas relações que temos desenvolvido ao longo dos séculos, conosco mesmos e com a natureza. E todos sabem que, para um povo indígena, coisas que estão fora das relações, estão fora de nossa mente”.

62 Cf. PERRAULT, Anne. Facilitating prior informed consent in the context of genetic resources and traditional knowledge. Sustainable Development Law & Policy –“SDCP”, Washington, DC. v. 4, n. 2, p. 4, Summer 2004. Disponível em: <[http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp\\_issue2.pdf?rd=1](http://www.wcl.american.edu/org/sustainabledevelopment/pdf/spring04sdlp_issue2.pdf?rd=1)>. Acesso em: 8 jan. 2009.

63 Cf. *ibid.*, p. 4.

dades tradicionais. O PIC, como já vimos, comporta “processo de consulta” (mas não apenas isso) por meio do qual um *diálogo* aberto deve ser estabelecido entre a comunidade e os indivíduos interessados nas atividades a serem realizadas em seus territórios tradicionais, com a utilização de recursos genéticos e CTs associados. Pela clareza da exposição e tendo em vista a importância desse estudo para a conceituação do consentimento livre, prévio e informado, arrolo a seguir os elementos do PIC identificados por Anne Perrault<sup>64</sup> em sua obra já citada:

- a) o interessado deve obter o CLPI de todas as comunidades atingidas e de acordo com o respectivo direito costumeiro;
- b) a obtenção do CLPI deve ser precedida de discussões comunitárias com base em informações relevantes à tomada de decisão e de modo apropriado, tanto escrito como oral e em linguagem acessível à cultura local;
- c) as informações relevantes pressupõem a divulgação dos objetivos propostos pela pesquisa ou investigação, quais as consequências ou efeitos previsíveis no âmbito social, econômico e ambiental para a comunidade local; o potencial para aplicações comerciais, quantidade do recurso procurado, a duração da atividade e a área geográfica específica da prospecção; divulgação das informações financeiras e jurídicas, origem do dinheiro a ser aplicado, responsáveis pelo gerenciamento da atividade, quais os benefícios a serem compartilhados e de que modo; divulgação de impactos ambientais e outros sobre a atividade local; divulgação de atividades anteriores do interessado no acesso, incluindo a descrição de eventual plano de consentimento anterior, cumprimento de seus objetivos, efeitos sobre a comunidade etc;
- d) toda a comunidade deve ser notificada das atividades propostas pelo interessado no acesso e as decisões informadas devem obedecer ao modo tradicionalmente reconhecido e culturalmente

---

64 Cf. *ibid.*, p. 5.

adequado. Os debates deverão ensejar a participação ativa de todas as populações locais afetadas pelo projeto;

- e) o consentimento deve ser parte de um processo conduzido ao longo de todo o planejamento, concepção, implementação e avaliação do projeto. Deve pautar-se em um diálogo substancial por meio do qual a comunidade pode optar por dar ou não o seu consentimento; e
- f) os líderes comunitários podem revogar o consentimento por razões legítimas e de boa-fé.

Cabe-nos ainda, neste momento, identificar as principais causas que podem levar à inação dos Governos no tocante à adoção de um regime legal, protetivo, de acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais a eles associados. É considerado por alguns uma limitação da Convenção da Diversidade Biológica o fato de sujeitar a proteção dos direitos indígenas ao que disponha a legislação nacional de cada parte, sendo que os povos indígenas e comunidades tradicionais não dispõem de qualquer recurso, no âmbito da CDB, no caso de descumprimento dessa regra<sup>65</sup>.

Portanto, a ausência de leis e regulamentos que tratem da matéria em nível nacional é um dos obstáculos à implementação desse dispositivo da CDB, inclusive no tocante ao cumprimento do direito de participação e consentimento livre, prévio e informado. De outro lado, muitas leis e regulamentos existem mas que não fornecem diretrizes suficientes e seguras, especialmente para a implementação do CLPI. A regulamentação excessiva, por sua vez, muitas vezes pode ser um obstáculo posto por alguns Governos que, por diversos motivos, não têm interesse em facilitar esse acesso. São ainda limitações à implementação do CLPI: a falta de procedimentos comunitários articulados, a falta de vontade de conceder o acesso por parte das populações indígenas e tradicionais, a morosidade dos procedimentos e seu custo excessivo, bem ainda a diferença de expectativas entre aque-

<sup>65</sup> Cf. UNEP/CBD/WG8J/AG/2/INF/4. *Informe de la consulta latinoamericana (incluyendo el Caribe, America Central y America del Sur) sobre indicadores*, cit., p. 24.

les que dão e aqueles que utilizam os recursos genéticos, sobretudo quando inseridos em culturas significativamente diferentes, como é o caso dos povos indígenas<sup>66</sup>.

Em síntese, os seminários e decisões mais recentes ocorridos no âmbito da Convenção da Diversidade Biológica até aqui estudados demonstram a intenção da comunidade de Estados signatários de buscar um aperfeiçoamento do sistema de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, por meio de vários mecanismos, entre os quais, como vimos, o desenvolvimento dos conceitos e compromissos do artigo 8º, “j”, incluindo a definição dos elementos do conceito de consentimento livre, prévio e informado, que permita a sua aplicação em termos práticos. Este parece ser, ainda hoje, o maior desafio para a Convenção da Diversidade Biológica<sup>67</sup>.

Evidentemente, apenas a partir de um diálogo respeitoso, franco e de “boa fé” entre todas as partes envolvidas – povos e comunidades tradicionais, Governos nacionais e comunidade científica –, poderá ocorrer a superação de todas as barreiras jurídicas, políticas e econômicas inter-relacionadas que dificultam a aplicação do direito de consulta e consentimento livre, prévio, e informado, baluarte do sistema de proteção dos direitos dos povos indígenas e de outras comunidades tradicionais, visto como legítima expressão do anseio desses povos de exercer o controle dos acontecimentos que os afetam, na dicção da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

## **5 Prós e contras sobre a inserção do direito ao consentimento livre, prévio e informado no sistema de proteção internacional dos direitos humanos**

Os processos participativos, gênero de que podem ser consideradas espécies a “consulta” (prevista na Convenção n. 169 da OIT) e o

<sup>66</sup> Cf. PERRAULT, Anne, op. cit., p. 7.

<sup>67</sup> Cf. UNITED NATIONS. *Contribution of the convention on biological diversity and the principle of prior and informed consent*, cit., p. 7.

“consentimento” (previsto na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e na Convenção da Diversidade Biológica), ambos livres, prévios e informados, estão na base do sistema de direitos dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais.

A Constituição Federal trata da matéria no § 3º do art. 231, que regula o aproveitamento de recursos hídricos e da pesquisa e lavra mineira em terras indígenas, o que somente poderá ocorrer com autorização do Congresso Nacional, “ouvidas as comunidades indígenas”.

Apesar da lacônica expressão, é certo que podemos considerar o consentimento livre, prévio e informado como integrante do catálogo de direitos fundamentais da Constituição, dispondo de aplicabilidade imediata, tudo em conformidade com o art. 5º, §§ 1º e 2º de seu texto.

Isto porque, é inegável, o Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI) possui uma fundamentalidade intrínseca, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana. No presente caso, o elemento nuclear desse princípio da dignidade reside, sobretudo, nos bens e valores referidos à autonomia e à autodeterminação desses povos.

Nesse contexto, tais direitos de consulta e consentimento, livres, prévios e informados, uma vez que tiveram sua titularidade, ao menos em princípio, outorgada à coletividade (ou entes coletivos) e não à pessoa individual, embora esta não possa ser também descartada em casos específicos, podem ser identificados com os “direitos fundamentais de terceira dimensão”, também denominados direitos de solidariedade ou fraternidade.

Pode-se dizer, ainda, que o CLPI contempla em suas entranhas o direito de participação (no sentido de uma posição ativa do indivíduo) na atividade estatal e na condução do interesse público.

De qualquer sorte, não se pretende aqui, perscrutar a natureza do direito dos povos indígenas e comunidades tradicionais à consulta e ao consentimento, livres, prévios e informados, tema que, por si só, exigiria espaço próprio e pesquisa acadêmica aprofundada, o que refoge aos objetivos mais genéricos do presente estudo.

No entanto, não há como não deixar de aqui registrar algumas considerações, que entendemos significativas, no tocante à inserção desses direitos no sistema de proteção internacional dos direitos humanos.

Segundo Shannah Metz<sup>68</sup>, o direito à consulta ou consentimento livre, prévio e informado coloca-se como uma resposta à história de exclusão dos povos indígenas dos processos de tomada de decisões que os afetam e aos seus territórios e reflete uma nova realidade sócio-política global em que os povos indígenas detêm força política e capacidade técnica.

Obviamente, tal resposta, merecedora de elogios, dá-se no âmbito do sistema universal de direitos humanos, como não poderia deixar de ser, uma vez embutido o respectivo direito em documentos integrantes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, elaborados normalmente em conferências das Nações Unidas e suas agências especializadas, como visto anteriormente.

No entanto, são também expressivas as limitações constantes desses documentos aos anseios maiores dos povos indígenas e tribais, limitações estas de que são expoentes, a nosso ver, a impossibilidade de dizer “não” dentro do processo de consulta livre, prévia e informada prevista na Convenção n. 169 da OIT, bem ainda a limitação à expressão “povos”, com redução da autonomia, do direito ao autogoverno e do direito consuetudinário, submetidos aos ditames das normas de direitos humanos, estranhas àqueles grupos (modelo ocidental universalista). Tal limitação também se encontra posta no art. 46 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e no artigo 4º do Projeto de Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas da OEA.

Diante desse quadro, seria possível dizer que o reconhecimento desse direito no cenário jurídico do direito internacional estaria de

<sup>68</sup> Cf. SHANNAH METZ. *Indigenous people' right to free prior informed consent (FPIC) and project governance*. Collaboratory for Research on Global Projects, Stanford University, May 17, 2006. Disponível em: <[http://crpg.stanford.edu/events/crpg\\_seminar\\_series.html](http://crpg.stanford.edu/events/crpg_seminar_series.html)>. Acesso em: 19 jan. 2009.

acordo com o que Boaventura de Souza Santos<sup>69</sup> denomina “uma nova arquitetura de direitos humanos” ou “uma concepção intercultural das políticas emancipatórias de direitos humanos”. Segundo essa abordagem, uma de suas normatividades originárias (ur-direito)<sup>70</sup> seria justamente o “direito à organização e participação na criação de direitos”.

Para esse autor,

[...] a supressão do sexto ur-direito tem sido o fundamento da norma e da dominação capitalistas [...]. O direito à organização é um direito primordial, sem o qual nenhum dos outros direitos poderia ser minimamente viável [...]. Baseados neste ur-direito, os povos indígenas fundamentam as suas lutas pelo direito de seguir os seus próprios direitos. Desta forma, o direito originário à organização e o direito originário a criar direitos constituem duas dimensões inseparáveis do mesmo direito [grifo nosso].

O autor refere ainda que “O direito à organização, concebido como direito primário, é uma formulação politicamente fundada do mais abstracto ‘direito a ter direitos’ proposto por Hannah Arendt (1968)”<sup>71</sup>.

Embora possa se enxergar uma distância ainda grande entre o direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado posto nos documentos internacionais de direitos humanos e aquele concebido acima por Boaventura de Souza Santos, cremos que, em tese, essa tipologia de “direito primário”, “normatividade originária”, está de acordo com o *status* do direito em questão e o seu reconhecimento como verdadeiro “princípio” nos documentos jurídicos até aqui citados.

69 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 36-45.

70 Segundo o autor, “[...] a construção de uma concepção intercultural e pós imperial de direitos humanos é, em primeiro lugar e antes de mais, uma tarefa epistemológica. É necessário escavar nos fundamentos reconhecidos como tal para tentar encontrar os fundamentos deles, subterrâneos, clandestinos e invisíveis. Designo estes fundamentos malditos e suprimidos como *ur-direitos*, normatividades originárias que o colonialismo ocidental e a modernidade capitalista suprimiram da maneira mais radical, de forma a erigirem sobre as suas ruínas, a estrutura monumental dos direitos humanos fundamentais” (Ibid, p. 37).

71 Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa, op. cit., nota de rodapé n. 48, p. 44.

Numa outra ordem de considerações, interessante abordar a questão, ainda que sucintamente, sob o ângulo de uma classificação recorrente na doutrina especializada, a dos *direitos* e suas *garantias*, que se apresenta de maneira bastante evidente no campo da proteção dos direitos humanos.

Segundo Christian Courtis, no seu artigo “Os direitos sociais em perspectiva”<sup>72</sup>, a noção de “garantia” remete à existência de “mecanismos, métodos ou dispositivos” que asseguram a efetividade dos direitos, funcionando como verdadeiros “instrumentos” que tornam possível a exigibilidade dos direitos sociais. O autor traz também uma distinção entre *garantias de caráter social* e *garantias de caráter institucional*, distinguindo uma categoria com base em quem detém a atribuição para a proteção do respectivo direito. Enquanto nas garantias de caráter institucional, a proteção do direito é confiada a uma instituição, especialmente de caráter público (v.g. garantias políticas e garantias jurisdicionais), nas garantias de caráter social o instrumento ou mecanismo e proteção do direito se confia ao titular do direito, seja este individual ou coletivo. Melhor explicando:

As garantias de caráter social estão vinculadas centralmente com a própria tutela que fazem os titulares de seu direito [...] consistem em grande medida no exercício de direitos que torna possível expressar-se na esfera pública e participar na esfera política. Quer dizer, um grupo importante dos chamados direitos civis e políticos tem uma conexão especial com os direitos sociais, tanto que tais direitos, como a liberdade de expressão, a livre manifestação, a liberdade de imprensa, a liberdade de associação – e sua manifestação particular no campo sindical, quer dizer, a liberdade de agremiação –, o direito a formar partidos políticos e sindicatos, o direito ao voto, o direito de petição, são direitos que funcionam como instrumentos de incidência no âmbito da determinação e controle cidadão das políticas sociais, quer dizer, das políticas públicas destinadas a satisfazer direitos sociais<sup>73</sup>.

72 COURTIS, Christian. Los derechos sociales en perspectiva. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007. p. 196-197.

73 Ibid., p. 196-197. Tradução livre do espanhol.

O mesmo autor refere-se a uma dimensão um pouco mais contemporânea dessas garantias de caráter social e que por vezes é chamada de “direito de participação”. Tal direito englobaria segundo ele,

[...] uma série de mecanismos que acrescentam as possibilidades dos membros de uma comunidade de incidir mais diretamente no desenho e execução de políticas públicas, por vias distintas. Entre eles se encontram os chamados mecanismos semidiretos de participação, como a iniciativa popular, o referendo ou o plebiscito. Em um plano similar se encontram o direito a ser consultado antes da tomada de certas decisões (como as que afetam, por exemplo, os povos indígenas), o direito a participar em audiências públicas também prévias à tomada de decisões políticas e o direito a participar na formulação do orçamento (é o caso das experiências do denominado “orçamento participativo”) [grifo nosso]<sup>74</sup>.

Aliás, Christian Courtis deixa claro na obra mencionada que:

Frente a todas estas garantias, o papel dos *standards* internacionais em matéria de direitos humanos é fundamental. O fortalecimento da interpretação destes direitos tem o efeito de robustecer os mecanismos de participação e controle cidadão das políticas sociais do governo, que são um dos instrumentos privilegiados de satisfação de direitos sociais<sup>75</sup>.

A nosso sentir, a distinção entre garantias e direitos, no contexto apresentado, não conduz a nenhum juízo de acessoriedade ou mera instrumentalidade entre os direitos *garantidores* e os direitos *garantidos*, possuindo ambos o mesmo *status* jurídico. Até mesmo porque, embora consagrada nos documentos jurídicos internacionais a classificação em direitos civis e políticos de um lado, e direitos sociais, econômicos e culturais de outro, é certo que a indivisibilidade e a interdependência de tais direitos são hoje reconhecidas e fazem parte de uma concepção contemporânea de direitos humanos segundo a qual todos os direitos humanos são importantes e merecem o mesmo grau de proteção.

<sup>74</sup> COURTIS, op. cit., p. 197.

<sup>75</sup> Ibid., p. 198, tradução livre do espanhol.

Daí porque nos parece inteiramente procedente a crítica manifestada pelo Prof. Marcus Orione Gonçalves Correia<sup>76</sup> a propósito da caracterização dos direitos sociais como “direitos-meio”, manifestada nos seguintes termos:

Assim, não conseguimos entender como Maria Paula Dallari Bucci que os direitos sociais sejam “direitos-meio, isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração” (confira-se o artigo denominado O conceito de políticas públicas em direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3). A despeito dos belos exemplos trazidos à colação para ilustrar a afirmação, entendemos que o direito social é um fim em si mesmo e não mero instrumento para o gozo de direitos individuais. Aliás, a visão dos direitos sociais como se fossem meras garantias de direitos individuais diminui-lhes a extensão e os coloca na mesma lógica procedimental das garantias em geral – veja-se, por exemplo, o *habeas corpus* como mera garantia do direito à liberdade de locomoção. Assim, os direitos sociais vivem e possuem lógica jurídica própria, não sendo dependentes para a sua consolidação e construção de sua metodologia dos direitos individuais. Pelo contrário, muitas das vezes, é impossível atribuir-se aos direitos sociais a lógica de interpretação, por exemplo, dos direitos individuais. Ao se transformá-los em meros instrumentos para obtenção dos direitos individuais, pode-se inclusive atribuir aos direitos sociais a mesma dinâmica de consolidação de pensamento destes, o que é totalmente inadmissível. Assim, direitos sociais não são garantias, mas direitos por si só – o que nos leva mesmo a outras conclusões. Nesta linha de pensamento, por exemplo, os direitos do trabalhador do art. 7º. da Constituição Federal não são meras garantias, mas direitos em si. Aliás, direitos como ao adicional noturno ou de hora extraordinária, ao 13º salário ou a férias remuneradas não são instrumentais, nem garantidores de direitos individuais. São direitos em sua plenitude. Compõem, ressalte-se, o núcleo mesmo dos direitos fundamentais sociais do trabalhador.

<sup>76</sup> CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. 219 p.

Trago para comparação a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, ao se referir sobre a distinção também traçada entre os direitos e garantias fundamentais na constituição brasileira, pertencente à tradição do direito constitucional luso-brasileiro. Para o autor a constituição de 1988 não estabeleceu um regime jurídico distinto para as garantias fundamentais em relação aos direitos fundamentais propriamente ditos, razão pela qual, gozam eles a mesma dignidade em nossa ordem constitucional<sup>77</sup>.

Assim,

[...] o que é importante consignar é que estas garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. É neste sentido que também se fala de direitos-garantia, já que estes dispositivos, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal com vista à proteção de outros direitos, podem, ao mesmo tempo, fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas. Não é portanto, muitas vezes fácil identificar se estamos diante de um direito fundamental autônomo ou perante uma garantia, na medida em que diversas as situações em que ambos os elementos estão contidos na mesma norma definidora de direito fundamental. É por isso que, entre nós, corretamente se apontou para a possibilidade de um direito fundamental se exprimir pela norma de garantia, quando nesta se encontra subentendido<sup>78</sup>.

Ainda é Ingo Wolfgang Sarlet quem invoca, na obra já mencionada, a lição de J. Miranda (Manual IV, p. 90-91), “para quem em diversas garantias parece ocorrer um desdobramento do direito fundamental em dois elementos diversos, o direito propriamente dito e, como elemento secundário, a garantia”<sup>79</sup>.

77 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008. p. 197-198.

78 Ibid., p. 198-199.

79 Ibid., p. 199.

Como se vê, o tema é complexo. Entretanto, independentemente da caracterização que se possa atribuir à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado, seja como direito ou garantia, ou como direito-garantia, vimos que isso não altera a sua principal característica: de serem autênticos direitos fundamentais subjetivos, do que decorre a “possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão”<sup>80</sup>.

Além disso, no plano nacional, estão sujeitos tais direitos ou garantias ao mesmo regime jurídico dos direitos fundamentais, por força do § 2º do art. 5º da CF que os inclui no catálogo de direitos e garantias expressos na Constituição. Razão pela qual, não só se encontram resguardadas, no plano constitucional, a sua identidade e permanência contra o legislador infraconstitucional (cláusulas pétreas), bem como ainda têm garantida a sua aplicabilidade imediata por conta do § 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Por fim, se é verdade que determinadas categorias históricas conformadoras do sistema universal dos direitos humanos, à primeira vista, podem se mostrar incompatíveis com o surgimento de novos sujeitos de discursos políticos dissonantes dos valores universais, em geral, engendrados pela emergência da alteridade cultural, étnica, racial e de gênero na arena pública, esses novos sujeitos de direitos coletivos – entre os quais podem ser incluídas as populações indígenas, quilombolas e outras populações ditas tradicionais – contradiriam o campo jurídico ocidental, constituído em torno do sujeito de direito individual<sup>81</sup>.

É interessante acompanhar, entretanto, como esses sujeitos de direitos coletivos constituídos com base nas suas especificidades cul-

80 Cf. *ibid.*, p. 170.

81 Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

turais e que, à primeira vista, contradizem os princípios universalistas da agenda dos Direitos Humanos, passam a reivindicar novos direitos de cidadania em “demandas de reconhecimento” perante o Estado.

A pauta dos Direitos Humanos passa, então, a ser retomada criticamente como instrumento de luta por grupos minoritários historicamente discriminados contra as formas de opressão e exclusão social. Com vistas a melhor situar esse deslocamento ocorrido no campo jurídico, uma vasta literatura pode ser consultada<sup>82</sup>.

Aliás, esse entendimento vem expresso pela socióloga Azelene Kaingang em artigo constante da publicação intitulada “um olhar indígena sobre a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas”<sup>83</sup>:

Mesmo sabendo que as normas internacionais são instrumentos criados pelos Estados e para os Estados, é preciso reconhecer que há uma progressiva preocupação com a situação em que vivem os Povos Indígenas e com a forma como são pensados, para eles, no sistema das Nações Unidas, os mecanismos de proteção de seus direitos. É fato que, apesar da resistência de alguns Governos, os Povos Indígenas passaram a ser reconhecidos

82 A discussão está referida preliminarmente em BOBBIO, Norberto op. cit.; OLIVEIRA, Isabel Assis Riveiro de. Direitos subjetivos – base escolástica dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 14, n. 41, out. 1999; ESTEVA, Gustavo. Derechos humanos como abuso de poder. *Kwira*, n. 44, oct./dec. 1995; LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988; FONSECA, Cláudia; CARDELLO, Andréa. Direitos dos mais ou menos humanos. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 5, n. 10, 1999; PRICE, Richard. Quilombolas e direitos humanos no Suriname. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 5, n. 10, 1999; SOUSA, R. Silva de. Direitos Humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. In: NOVAES, Regina Reyes; LIMA, Roberto Kant de (Orgs.). *Antropologia e direitos humanos - Prêmio ABA/FORD*. Niterói: EDUFF, 2001; STUCCHI, Deborah. *Percursos em dupla jornada: o papel da perícia antropológica e dos antropólogos nas políticas de reconhecimento de direitos*. 2005. Tese (Doutorado). IFCH/UNICAMP, Campinas, 2005.

83 KAINGANG, Azelene. Natureza e princípios fundamentais da Declaração. In: *UM OLHAR indígena sobre a Declaração das Nações Unidas*. Publicação do projeto “Protagonismo dos Povos Indígenas brasileiros por meio dos instrumentos internacionais de promoção e proteção dos Direitos Humanos”. Organizações Parceiras: APOINME, COIAB, CIR e Warã Instituto Indígena brasileiro. 2. ed., mar. 2008. p. 19. Disponível em: <<http://www.coiab.com.br/publicacao.php>>.

pela comunidade internacional como sujeitos de Direitos específicos em âmbito internacional. A partir daí, iniciou-se um processo de inserção desses direitos específicos no direito internacional dos direitos humanos [...]. Os pontos que mais tensionaram as discussões durante todos esses anos foram o direito à livre determinação, o direito à autonomia sobre suas terras, territórios e recursos naturais; os direitos coletivos, o direito à restituição e o direito ao consentimento prévio, livre e informado.

Em outro artigo da mesma publicação antecitada, a advogada indígena, coordenadora do departamento jurídico do Conselho Indígena de Roraima, Joênia Wapichana, compartilha de idêntico entendimento. Segunda sua visão<sup>84</sup>,

[...] é preciso considerar os Povos Indígenas como protagonistas de seus direitos para haver condições para que digam ao Estado como deve ser a implementação de seus direitos, mudando, então, o paradigma da relação “Estado versus tutelados”, já que estamos em um Estado democrático e de direitos, no qual constitucionalmente são reconhecidas as diferenças culturais. A utilização de mecanismos internacionais de direitos humanos impulsiona o verdadeiro reconhecimento dos Povos Indígenas como povos, permite um diálogo de iguais para com o Estado e permite fazer com que os Povos Indígenas determinem as prioridades, participem e influenciem nas políticas públicas que lhes dizem respeito como verdadeiros sujeitos de direito.

Como já referimos no início deste trabalho, no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos já existe um projeto de Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas que vem sendo debatido por um Grupo de Trabalho especialmente designado pela Organização dos Estados Americanos – OEA para tal finalidade. O texto consolidado desse projeto, preparado pela Presidência do GT, data de 17 de junho de 2003, sofreu sua última atualização em 20 de abril de 2012<sup>85</sup> e contém, até o presente, 39 artigos.

84 Cf. WAPICHANA, Joênia. A implementação dos instrumentos internacionais – desafios e fortalecimento dos povos indígenas. In: *UM OLHAR indígena sobre a Declaração das Nações Unidas*, cit., p. 32-33.

85 Cf. Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: “COMPENDIO de Propuestas” e o

Referido documento dispõe sobre a aplicação dos instrumentos internacionais dos Direitos Humanos e a afirmação dos princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos para os povos indígenas, tratando de questões importantíssimas para afirmação dos direitos desses povos, tais como: autodeterminação, autoidentificação, direitos coletivos, personalidade jurídica, discriminação racial, direito de participação, consulta e consentimento livre prévio e informado, identidade cultural, entre outros.

Portanto, também no plano interamericano, o protagonismo dos povos indígenas, com o apoio do próprio sistema regional, deverá ser fundamental para o reconhecimento, proteção e promoção dos direitos desses povos, à semelhança do inédito processo de negociação que culminou com a Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas e que parece refletir, na atualidade, o conjunto de reivindicações desses grupos em todo o mundo<sup>86</sup>.

Enfim, estas as considerações que reputamos relevantes trazer a lume, inclusive no tocante à visão atual de algumas entidades e lideranças representativas da luta dos povos indígenas e comunidades tradicionais pela afirmação de seus direitos perante os Estados nacionais, com o apoio do direito internacional dos direitos humanos.

## 6 Conclusão

Como já anotamos anteriormente, nada obstante os progressos identificados em relação ao reconhecimento dos direitos específicos dos povos indígenas – e a promulgação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas é uma prova concreta disso –, existe ainda uma carência de mecanismos que tornem possível efetivamente avaliar a relação entre reconhecimento de direitos

---

“REGISTRO del estado actual del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas”. Disponível em: <<http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/Indigenas%20documentos.asp#2013>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

<sup>86</sup> Essa a opinião de KAINGÁNG, Azelene. Histórico da declaração. In: *UM OLHAR indígena sobre a Declaração das Nações Unidas*, cit., p. 16.

e os impactos que as respectivas políticas e programas provocam no seio dessas comunidades. Os esforços para a construção de um sistema global para o desenvolvimento de indicadores sobre o conhecimento tradicional indígena fazem parte dessa preocupação e partem de duas premissas: a) o envolvimento direto dos povos indígenas na formulação dos instrumentos (questionários) e sua aplicação, assim como na análise e disseminação dos resultados; b) a necessidade de implementar leis e programas que garantam o respeito pelo consentimento livre, prévio e informado das comunidades que fornecem as informações e mesmo dos indivíduos que participem de um projeto de pesquisa, garantida a confidencialidade dos dados<sup>87</sup>.

Portanto, diante da importância que é conferida aos direitos de consulta e de consentimento livre, prévio e informado como manifestação da mais legítima aspiração dos povos indígenas e das comunidades tradicionais à autodeterminação desses grupos, urge debruçar-se sobre seus elementos conceituais, buscando também identificar o conjunto de práticas que efetivamente permitam a aplicação e o exercício desses direitos. Para tanto, a criação de alguns *standards* (padrões) e também a formulação de indicadores, como antes referidos, podem ser de grande utilidade para o fortalecimento da interpretação desses direitos, na linha da argumentação anteriormente exposta.

---

<sup>87</sup> Cf. UNEP/CBD/WG8J/AG/2/INF/4. *Informe de la consulta latinoamericana (incluyendo el Caribe, America Central y America del Sur) sobre indicadores*, cit.

Ministério Público

# Ainda sobre Ministério Público, ação civil pública e tributos: alguns equívocos

André Pimentel Filho

Procurador da República. Mestre em Direito pela Universidad de Alcalá (UAH), Espanha.

**Resumo:** O artigo tem o objetivo de chamar a atenção para detalhes ainda pouco discutidos a respeito da legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em causas que envolvam matéria tributária. Faz revisão da doutrina que aborda as hipóteses e limitações da legitimidade. Analisa, aprofundadamente, os votos e fundamentos jurídicos adotados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no que é considerado ainda o *leading case* do tema (RE n. 195.056), para pontuar que, ao contrário do que constantemente se reproduz, o STF, por ocasião desse julgamento, não adotou modelo fechado de legitimação nessas causas. Denuncia uma espécie de repetição autômata das ementas dos julgados, sem atenção para as peculiaridades do caso concreto e para a hipótese do julgado paradigma. Por fim, defende-se que a legitimação para o Ministério Público ajuizar ações civis públicas em causas que envolvam tributos é, à luz da Constituição e da legislação vigente, mais ampla do que vem sendo afirmado, olvidando-se importantes aspectos teóricos e normativos.

**Palavras-chave:** Ministério Público. Ação civil pública. Matéria tributária. Legitimidade. Jurisprudência do STF.

**Abstract:** This article aims to direct attention to important details not yet discussed about the Public Prosecution Service's legitimacy for class actions involving tax matters. It revises doctrine that addresses the concept and limitations of legitimacy for these actions. It analyzes, in depth, the opinions and legal grounds adopted by the Brazilian Supreme Court Justices in what is still considered the leading case of the theme (RE 195 056), to point out that, contrary to frequently disseminated by doctrine, the Supreme Court, during this trial, did not adopt the restricted thesis. It denounces what became a kind of repeating automaton of the trial summary, without attention to that

specific case's peculiarities and its reasoning. Finally, it argues that the legitimacy for class-action suits involving taxes causes, regarding the Brazilian Constitution and Brazilian statutory law, is broader than currently has been considered, with important theoretical and normative aspects being currently discarded.

**Keywords:** Public Prosecution Service. Legitimacy. Class action. Tax cases. Brazilian Supreme Court case law.

**Sumário:** 1 Introdução. 1.1 Colocação do tema. 2 Constituição e jurisdição civil coletiva. 3 Correntes sobre legitimidade do MP para a defesa de direitos individuais homogêneos. 3.1 Matérias tributárias e o *leading case* RE n. 195.056 do STF. 4 Análise das razões para a negativa de legitimidade. 5 Tópicos ainda pouco debatidos. 6 Algumas pistas sobre a existência de relevante interesse social. 7 Conclusão.

## 1 Introdução

Este artigo é fruto de breve reflexão sobre a legitimidade do Ministério Público (MP) para tratar, via ação civil pública, de causas que direta ou indiretamente envolvam tributos.

Tem sido corriqueira a limitação da legitimidade do MP em matéria tributária desprovida da devida análise dos dispositivos constitucionais e legais incidentes e sem se atentar para o que exatamente está em jogo. Repetem-se fórmulas como “O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública com o objetivo de impedir a cobrança de tributos na defesa de contribuintes, pois seus interesses são divisíveis, disponíveis e individualizáveis” (AgRg no REsp n. 969.087/ES), sem a devida análise de todos os elementos normativos e fáticos que cercam o tema.

A simples repetição de ementas de julgados restritivos, conjugada com uma postura acrítica e pouco profunda diante do tema, vem produzindo verdadeiro aprisionamento inconstitucional da jurisdição civil coletiva nas situações relacionadas, ainda que indiretamente, ao exercício do poder tributário do Estado.

A jurisprudência escora-se, especialmente, no que se imagina ter sido decidido no *leading case* RE n. 195.056 e na literalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/1985, acrescentado pela Medida Provisória n. 2180-35/2001, mas há importantes detalhes e necessárias nuances que estão sendo olvidados, como demonstraremos a seguir.

### 1.1 Colocação do tema

Antes de tudo, é necessário definir o que são interesses ou direitos – não adentraremos na polêmica diferenciação entre interesses e direitos – que podemos qualificar como individuais homogêneos. O art. 81, parágrafo único, III, da Lei n. 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), os define simplesmente como “os decorrentes de origem comum”. Diferenciam-se dos direitos difusos: transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (parágrafo único, inciso I, do art. 81, CDC); e dos coletivos: transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (parágrafo único, inciso II, do art. 81, CDC). Por serem, ontologicamente, direitos individuais, divisíveis e cuja titularidade se possa identificar, mas também por serem idênticos e massificados, o sistema jurídico os considera metaindividuais. Apesar de a categorização legal-teórica não ser de difícil apreensão, a identificação, na prática, de determinada situação como uma ou outra é difícil, daí porque entendemos que com razão está parte da doutrina, o que adiante veremos com mais detalhe, quando diz que os mesmos fatos podem acarretar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a depender da situação concreta e do modo como se deduz o pedido: “O que caracteriza um direito como difuso, coletivo ou individual homogêneo é o tipo de pretensão deduzida em juízo. Um mesmo fato pode dar origem a uma pretensão difusa, coletiva e individual homogênea” (NERY JUNIOR; NERY, 2002, p. 1329).

Desde a criação do chamado subsistema de jurisdição civil coletiva<sup>1</sup>, composto principalmente pelas Leis n. 7.347/1985 e n. 8.078/1990, em volta das quais gravitam outras de menor importância sistêmica, ou seja, mais específicas, como a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), vem sendo debatida a possibilidade de o MP propor ação civil pública que trate, na ação coletiva, de direitos individuais homogêneos.

Nessa celeuma, insere-se a questão da possibilidade de o MP defender direitos de contribuintes de forma coletiva. O julgamento do *leading case* RE n. 195.056 serviu como divisor de águas na polêmica. O julgamento ficou assim ementado:

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. Lei 7.347, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C.F., artigos 127 e 129, III. I. - A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.347/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., art. 127, caput, e art. 129, III. III. - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo

<sup>1</sup> A doutrina é unânime no sentido da existência de subsistema com princípios e mecanismos próprios, que se interligam ao sistema superior cujo centro é o CPC. Nesse sentido, vide, por todos, Didier e Zaneti, 2008, p. 48.

(Lei 7.347/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com “interesses sociais e individuais indisponíveis.” (C.F., art. 127, *caput*). IV. - R.E. Não conhecido. RE 195056/PR, rel. min. Carlos Velloso, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 30 maio 2003.

Após a divulgação do julgamento, ocorrido em 9.12.1999, vieram a Medida Provisória n. 2.180/2001 e suas reedições, que acrescentaram parágrafo único ao art. 1º da Lei n. 7.347/1985, dispondo que “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

Assim, consolidou-se, tanto no plano jurisprudencial quanto no legislativo, a negativa de legitimidade ao MP para tratar, via ação civil pública, de matéria tributária.

Dentro desse contexto, questões fundamentais são: em que medida tem o MP legitimidade para defender direitos individuais homogêneos? Seria realmente, em sentido absoluto, vedado ao MP tratar de matéria tributária? Essas questões procuramos enfrentar a seguir.

## 2 Constituição e jurisdição civil coletiva

A tarefa primeira de todo intérprete num sistema é verificar a compatibilidade das normas infraconstitucionais, e das interpretações destas, com as normas e princípios constitucionais incidentes<sup>2</sup>. A leitura desatenta do texto constitucional poderia fazer chegar à conclusão absolutamente equivocada de que a jurisdição civil coletiva não é sequer tratada na Constituição.

<sup>2</sup> “A Constituição é dotada de superlegalidade, de superioridade jurídica em relação às demais normas do ordenamento. Tal característica faz dela o parâmetro de validade, o paradigma pelo qual se afere a compatibilidade de uma norma com o sistema como um todo” (BARROSO; BARCELLOS, 2008, p. 358).

Ao contrário, a doutrina tem colocado a existência da jurisdição civil coletiva e de sua efetividade dentro de cláusulas constitucionais fundamentais à processualística moderna, como de acesso à justiça, efetividade da prestação jurisdicional e ao devido processo legal.

Nery Junior (2004, p. 130-133) bem observa que é garantia fundamental básica, inserida no rol do art. 5º, em seu inciso XXXV, a inafastabilidade da jurisdição, de modo que, sob nossa Constituição, a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, e que, embora o destinatário principal dessa norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos, indo ele além para enfatizar que “não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que a tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio”.

Além da inserção genérica no rol de direitos fundamentais, descobrem-se ainda, num exame mais cuidadoso, os dispositivos constitucionais que expressamente preveem os mecanismos da jurisdição civil coletiva, como o art. 129, inciso III, e o 5º, LXX.

Didier e Zaneti (2008, p. 30), fazendo análise histórica, afirmam que a norma constitucional que garante o acesso à Justiça garante-o tanto aos direitos individuais quanto aos direitos coletivos, registrando que

[...] a fórmula correta, que expressa toda a intenção da verba constitucional, pode ser traduzida em: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou afirmação de lesão a direito individual ou coletivo (art. 5º, inciso XXXV da CF/88). Não só direito individual e não só uma ação para cada direito, mas direitos coletivos e todas as ações cabíveis para assegurar a sua adequada e efetiva tutela.

Assagra de Almeida (2003, p. 35-37) também vai no mesmo sentido ao observar que

[...] o direito processual coletivo tem natureza e fundamento constitucionais. Está enquadrado, quanto ao seu objeto formal, dentro do que a doutrina chama de direito processual constitucional. [...] Essa autonomia do direito processual coletivo como novo ramo do direito processual brasileiro se consagrou a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pode ser fundamentada nos seguintes dispositivos:

art. 1º, que instituiu o Estado Democrático de Direito; art. 5º, XXXV, que passou a garantir o acesso amplo à justiça, seja para a tutela de direitos individuais, seja para a tutela de direitos ou interesses coletivos em sentido lato; art. 129, III, que deu dignidade constitucional à ação civil pública para a tutela de quaisquer direitos difusos ou coletivos [...].

Sendo assim, é possível que norma infraconstitucional limite a utilização da jurisdição civil coletiva? Eis uma interrogação fundamental.

A resposta é positiva, embora com importantes condicionantes. Parece que a lei só pode validamente limitar o âmbito da jurisdição coletiva quando não reduzir o núcleo essencial dos direitos constitucionais de amplo acesso à justiça e de adequada e efetiva resposta jurisdicional. Esse núcleo é atingido sempre que dispositivo infraconstitucional restringe a utilização da ação coletiva para matérias que, de acordo com a Carta Magna, têm evidente conteúdo de interesse social, ou matérias que são aprioristicamente difusas ou coletivas (como já dito, a classificação não é estanque). Em se tratando de questões normalmente tidas por difusas e coletivas, a restrição da ação civil pública importaria na negativa absoluta – ou muito próximo a isso – do acesso à justiça. Por outro lado, no que toca aos direitos individuais homogêneos, é necessária maior percepção dos meandros da jurisdição civil coletiva.

A Constituição expressamente assevera que é função do Ministério Público ajuizar ação civil pública para a proteção do *patrimônio público e social* e do *meio ambiente* (art. 129, inciso III). Então, nessas matérias, foi o próprio constituinte que barrou qualquer limitação legal ao método coletivo de resolução de conflitos. Outra matéria em que o âmbito da jurisdição civil coletiva se mostra irreduzível infraconstitucionalmente são os direitos sociais. Os direitos sociais são matéria que parece *a priori* revestida de perceptível interesse social, visto que são classe de direitos absolutamente essenciais para o atingimento dos objetivos maiores da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I). Lembre-se que a Constituição traz como incumbência do Ministério Público, no *caput* do art. 127, a defesa dos *interesses sociais*, e o inciso III do art. 129 volta a utilizar a expressão *social*, dessa vez conjugada com patrimônio (patrimônio social). Essas escolhas constitucionais são indicativos seguros de que

a atuação do Ministério Público para a efetivação e defesa de direitos sociais não pode ser excessivamente podada pelo legislador infraconstitucional, sob pena de inconstitucionalidade tanto em face dos princípios do devido processo legal e do amplo e efetivo acesso à justiça quanto diante dos dispositivos específicos legitimantes do Ministério Público. Além disso, há determinados direitos e garantias<sup>3</sup> individuais fundamentais, as chamadas liberdades públicas ou direitos de primeira dimensão ou geração, que se revestem de nítido caráter de interesse social para fins de legitimação do MP para ação coletiva quando a lesão aparece com feições de larga escala e homogeneidade. Quando a questão, ainda que individualizável, envolver direitos e garantias como o direito à não discriminação em razão de gênero, raça ou cor, ao livre exercício profissional, à liberdade de reunião, à liberdade de expressão, à garantia de petição, entre outros, que em determinadas situações poderiam ser judicializáveis via ação coletiva<sup>4</sup>, desde que presente situação metaindividual, haverá patente interesse social na atuação do MP.

Como parece ficar claro do exame do texto constitucional, a limitação imposta pelo próprio constituinte à atuação do Poder Legislativo sobre a jurisdição civil coletiva encontra diferentes níveis. Nas matérias tendentes a serem difusas ou coletivas, qualquer limitação à jurisdição civil coletiva será potencialmente inconstitucional. No que diz respeito aos direitos individuais homogêneos, as restrições podem ser mais amplas, mas não podem chegar ao ponto de vedar, em sentido absoluto, a utilização da via coletiva de acesso à justiça em matérias de inexorável interesse social.

<sup>3</sup> É sabido que se diferenciam os direitos como disposições declaratórias e as garantias como medidas assecuratórias dos direitos. Contudo, como bem observa J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 396), as clássicas garantias não deixam de ser direitos instrumentais.

<sup>4</sup> A título de exemplo, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública na 4ª Vara Federal de Vitória/ES questionando o Provimento do Conselho Federal da OAB n. 109/2005, que exige, sem respaldo na Lei n. 8.906/1994 (Estatuto do OAB), a comprovação do término do curso de Direito para a realização do exame da Ordem. Entendeu-se que a exigência restringia excessivamente a liberdade de exercício profissional e desbordava da legalidade. O juízo reconheceu a legitimidade do MP para a ação, inclusive citando julgado do STJ em caso análogo (REsp n. 1.069.930). A sentença foi de procedência parcial.

Por outro lado, em matérias que são alheias ao desenho constitucional do MP, quais sejam, aquelas que fogem às categorias de direito difuso, coletivo, de relevância social ou que se referem a direitos indisponíveis, a limitação da utilização da jurisdição civil coletiva é plenamente possível, uma vez que o direito de acesso à justiça pode ser validamente moldado pelo legislador ordinário, por questões de política judiciária.

Dito isso, a resposta satisfatória do problema da extensão do direito público coletivo fundamental à atuação do MP<sup>5</sup> em direitos individuais homogêneos se desloca para outra pergunta: em quais casos há interesse social?

### **3 Correntes sobre legitimidade do MP para a defesa de direitos individuais homogêneos**

Há marcadas divergências quando o assunto é legitimidade do MP para a defesa de direitos individuais homogêneos. Há desde os que defendem que o MP só tenha legitimidade para defender, em sede de tutela coletiva, direitos individuais homogêneos indisponíveis, passando pelos que entendem necessária a existência de lei específica que outorgue legitimidade extraordinária ao MP para a defesa dessa espécie de direito metaindividual, até os que são pela ampla legitimidade para qualquer direito individual homogêneo, além dos direitos coletivos e difusos<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> É claro que os dispositivos constitucionais mencionados oferecem verdadeiro direito coletivo fundamental de atuação do MP na jurisdição civil coletiva em determinadas áreas. O STF já reconheceu que os direitos e garantias fundamentais não estão restritos ao elenco contido no art. 5º da CF (nesse sentido, vide, por exemplo, a ADIn n. 939-7/DF).

<sup>6</sup> Hugo Nigro Mazzilli (2007, p. 160), falando não somente sobre os direitos individuais homogêneos, resume as correntes que se formaram na doutrina com relação à legitimação do Ministério Público: “a) Para alguns, mesmo no campo dos interesses transindividuais, o Ministério Público só pode defender interesses difusos e coletivos dos consumidores, pois apenas a estes se refere o art. 129 III da Constituição. Sob esta interpretação, ficaria excluída a defesa de interesses individuais homogêneos; b) Para outros, ao contrário, a conjunção dos arts. 81 e 82 do CDC do CDC permite a irrestrita defesa de quaisquer interesses transindividuais pelo Ministério Público, inclusive, naturalmente, os interesses individuais homogêneos;

### 3.1 Matérias tributárias e o *leading case* RE n. 195.056 do STF

Dentro da discussão sobre legitimidade do MP para tratar de direitos individuais homogêneos, surge tópico de especial relevo. É a possibilidade de o MP tratar de matéria tributária em sede de ação coletiva (como veremos adiante, há possibilidade de surgir causa coletiva que revolva matéria tributária que não seja situação de direito individual homogêneo).

Após o julgamento do RE n. 195.056 pelo STF, disseminou-se a ideia da negativa ampla e geral da legitimação do MP para abordar matérias tributárias. Como já se viu acima, à posição jurisprudencial se seguiu legislação no mesmo sentido. Acontece que essa disseminação da *jurisprudência* – seria mais adequado dizer da ementa do julgado do STF – deu-se sem um debate mais profundo sobre o que a nossa Suprema Corte julgou no RE n. 195.056 e quais teses estavam em jogo<sup>7</sup>. O caso julgado pelo Supremo versava sobre impugnação a IPTU do Município de Umuarama-PR, que teria aumentado de forma abusiva o tributo, majorando o número de Bônus do Tesouro Nacional (BTNs) em relação ao ano anterior, sem que tivesse autorização para tanto.

O que surpreende é que, com a atenta leitura dos votos dos ministros, chega-se à conclusão de que eles não fecharam questão sobre a negativa abrangente de legitimidade, ao contrário do que transparece

c) Outros, ainda, invocando agora o art. 127, *caput*, da Constituição, e os arts. 6º, VII, *d*, da LOMPU e 25, IV, *a*, da LONMP, sustentam que, em matéria de direitos individuais, ainda que homogêneos e, portanto compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, o Ministério Público só os poderia defender se indisponíveis; d) Outros, enfim, entendem que o Ministério Público pode defender quaisquer interesses transindividuais de consumidores, desde que sua defesa tenha expressão para a coletividade”.

<sup>7</sup> Essa pouca atenção aos detalhes (que fazem toda a diferença!), ao inteiro teor dos votos, às circunstâncias do caso decidido e sua aplicabilidade aos processos futuros vem causando justificada preocupação. O sistema jurídico brasileiro vem incorporando elementos do direito anglo-saxão, como conferir aos julgados das cortes superiores *status* quase-legal, sem que conceitos essenciais (como integridade jurisprudencial, delineamento de técnicas de distinção – *distinguishing* – e superação – *overruling* etc.) sejam assimilados e aplicados. Nesse sentido, Nunes (2011, p. 38) chama a atenção para a necessidade da adoção de “uma teoria dos precedentes para o Brasil que suplante a utilização mecânica dos julgados isolados e súmulas em nosso país”.

o item III da ementa<sup>8</sup>. A leitura da ementa induz à falsa conclusão de que o STF fechou posição quanto ao tema da legitimidade do MP para ajuizar ação civil pública sobre tributos. A leitura dos votos conduz à outra interpretação. Vejamos.

O ministro Carlos Velloso adota a tese de que a defesa pelo MP de direitos individuais homogêneos só é permitida em se tratando de relação de consumo (e em outras hipóteses em que há legislação específica).

O ministro Maurício Corrêa, que também votou pelo não conhecimento do recurso, mas sob outro fundamento, registrou que o legislador teria que definir a expressão constitucional “outros interesses difusos e coletivos”, presente no art. 129, III, CF/1988.

Esses foram os únicos votos em que houve expresso e inequívoco comprometimento com a negativa absoluta de legitimidade do MP para o tratamento coletivo de matéria tributária.

Parece que o voto que mais conquistou adesões, a par de não ter conhecido o recurso extraordinário e negado legitimidade ao MP no caso em análise, foi o voto intermediário do ministro Sepúlveda Pertence, em que expressamente *não* se veda a legitimação em todas as situações. Reconhece-se que *é possível* a legitimidade do MP em lide que envolva tributos, desde que presente o *interesse social*, apurável diante da invocação de direitos fundamentais sociais que se busca proteger.

Nesse voto, de lucidez impressionante, o ministro Sepúlveda desfaz uma série de equívocos que ainda hoje são comuns em sede doutrinária e jurisprudencial. É interessante dissecá-lo para que essa tese intermediária fique evidente.

<sup>8</sup> “[...] III. – O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto – no caso o IPTU – pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte), uma relação de consumo (Lei n. 7.374/1985, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei n. 8.078/1990 (Código do Consumidor); Lei n. 8.625/1993, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com interesses sociais e individuais indisponíveis (C.F., art. 127, *caput*)”.

Primeiro, faz digressão sobre a gênese dos direitos coletivos, lembrando, na companhia de Rodolfo Mancuso, que os direitos individuais homogêneos somente ganharam identidade própria com o CDC e são, na verdade, enquadráveis no gênero interesses metaindividuais<sup>9</sup>. Todavia adverte que essa consideração não significa que tenha o Ministério Público legitimidade para atuar em relação a qualquer direito individual homogêneo<sup>10</sup>. Depois, enfrenta com profundidade e ponderação o desafio de dar concretude às disposições constitucionais<sup>11</sup>, evitando deixar unicamente ao legislador a responsabilidade de definir em quais hipóteses estariam presentes os *interesses sociais*, registrando que

<sup>9</sup> Diz o ministro: “É preciso recordar que, no acelerado processo de construção teórica e legislativa dos institutos da tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais, a categoria dos individuais homogêneos só ganhou identidade própria entre nós com a sua definição no art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor, que é de 1990. Se já é sujeita a críticas a interpretação da Constituição conforme a lei ordinária precedente, menos ainda se sustenta a que parte de uma distinção conceitual advinda de lei superveniente à Constituição, como a que o Código veio a estabelecer entre interesses coletivos stricto sensu e interesses individuais homogêneos (art. 81, II e III). Por isso, “o fato de o art. 129, III, CF não se referir a ‘interesses individuais homogêneos’ – acentua com razão Rodolfo Mancuso (Sobre a Legitimação do MP em matéria de interesses individuais homogêneos em Milaré (coord.), Ação Civil Pública, ed. RT, 1995, p. 438, 444) – não autoriza, a nosso ver, a ilação de que tal tipo de interesse metaindividual estaria excluído da esfera de atuação do MP. Em primeiro lugar, tal nomenclatura é espécie do gênero ‘interesses metaindividuais’ cabendo lembrar que o dispositivo em questão tem um endereçamento visivelmente voltado para a acepção mais genérica, e não para a conotação restritiva: fala em ‘patrimônio público e social’ e em outros ‘interesses difusos e coletivos’; em segundo lugar, o inciso IX desse art. 129 também apresenta uma dicção que sinaliza para uma exegese ampliadora, já que legitima o MP a exercer ‘outras funções [...] compatíveis com sua finalidade’; em terceiro lugar, não se pode dizer, a rigor, que a CF foi omissa quanto aos interesses ‘individuais homogêneos’, porque a Carta Magna é de 1988 e essa expressão aparece no CDC (art. 81), texto em vigor a partir de 1990 [...]”.

<sup>10</sup> “Daí não se pode extrair, contudo, como parece pretender o recorrente, que qualquer feixe de pretensões individuais homogêneas, seja qual for o seu objeto, possa ser tema de tutela jurisdicional coletiva por iniciativa do Ministério Público. Não tenho dúvidas em aderir, como os votos que me precederam, ao virtual consenso doutrinário formado no sentido de não bastar, à legitimação ao MP no particular, a homogeneidade de quaisquer interesses individuais de um número significativo de sujeitos”.

<sup>11</sup> Repare-se que tal postura interpretativa ainda tem o mérito de preservar e promover, de modo equilibrado e razoável, a força normativa da Constituição.

[...] para orientar a demarcação, a partir do art. 129, III, da área de interesses individuais homogêneos em que admitida a iniciativa do MP, o que reputo de maior relevo, no contexto do art. 127, não é o incumbir à instituição a defesa dos interesses individuais indisponíveis mas, sim, a dos interesses sociais. (STF, RE n. 195.056-1/PR, Trib. Pleno, rel. min. Carlos Velloso, j. 9.12.99, decisão publicada no DJ de 17 dez. 1999).

O voto corretamente encontra o nó da questão ao enfatizar que “o problema é saber quando a defesa da pretensão de direitos individuais homogêneos, posto que disponíveis, se identifica com o interesse social ou se integra no que o próprio art. 129, III, da Constituição denomina patrimônio social”.

De plano, o antigo decano da Suprema Corte descarta que tão somente a fundamentação constitucional do direito pleiteado possa trazer a legitimação, posição que é correta ante o caráter prolixo e regulatório de nossa Constituição<sup>12</sup>.

Em seguida passa à análise do alcance do interesse social, conceito que para ele não é “axiologicamente neutro, mas, ao contrário – e dado o permanente conflito de interesses parciais inerentes à vida em sociedade – é idéia carregada de ideologia e valor, por isso, relativa e condicionada ao tempo e ao espaço em que se deva afirmar”.

Dada essa indefinição, é natural que se busque a complementação do legislador na sua concreção, e então a dúvida se deslocaria para se saber se a presença de interesse social depende exclusivamente do reconhecimento legal, ou se em determinadas situações, mesmo ausente disposição legal, a própria norma constitucional já seria o bastante. O voto sobre esse problema considera que “dado que deriva da Constituição a legitimação do MP para a hipótese, não se pode reputar exaustivo o critério que delega ao legislador o poder de demarcar a função de um órgão constitucional essencial à jurisdição”.

<sup>12</sup> Por outras palavras, se bastasse ao MP apresentar fundamento constitucional para determinada demanda, teria legitimidade ampla e irrestrita sobre todos os aspectos da vida cotidiana, já que a Constituição de 1988 parece não ter deixado de fora nenhuma matéria que carregue alguma relevância social.

De acordo com o ministro Sepúlveda, o interesse social seria identificável, então, por dois critérios: o legal, em que a lei já considera presente tal interesse, o que dispensa qualquer discussão, e o constitucional, que seriam os correspondentes à “persecução dos objetivos fundamentais da República”<sup>13</sup>.

Após identificar as bases do que caracterizará a presença de interesse social em ações que versem sobre direitos individuais homogêneos, o ministro Pertence analisa a hipótese em julgamento, fazendo especial ressalva de que é possível, em tese, a existência de causas que versem sobre tributos e que estampem interesse social:

[...] essas as premissas à luz das quais volto à questão vertente de saber se, na defesa dos interesses individuais homogêneos dos contribuintes do IPTU de determinado município, se pode identificar o interesse social legitimador da assunção de sua causa pelo Ministério Público. Desde logo, não se me afigura sustentável que essa legitimação extraordinária do MP se possa prodigalizar, em nome do interesse social, para a defesa de qualquer resistência coletiva à tributação. É postura que trai uma contraposição apriorística entre o Estado e a sociedade civil, que

<sup>13</sup> Prossegue: “Afinal de contas – e malgrado as mutilações que lhe tem imposto a onda das reformas neoliberais deste decênio – a Constituição ainda aponta como metas da República ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ e ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. [...]’ Esse critério – que se poderia denominar de interesse social segundo a Constituição – ainda que nem sempre explicitado em tese, parece estar subjacente a diversas decisões judiciais, algumas já citadas, que tem reconhecido a legitimação do MP para a defesa de direitos individuais homogêneos, seja ou não a hipótese simultaneamente enquadrável no âmbito da tutela dos consumidores: recorde-se, por exemplo, as questões relativas ao custo da educação privada (STF, RE 163231, Pl, 26.2.97, Corrêa; RE 185.360, 2 T. 17.11.97, Velloso, DJ 20.2.98; STJ: Resp 70.797, 13.11.95, Rosado, DJ 18.12.95 e precedentes), à seguridade social, à saúde – desde o caso dos usuários de planos de assistência ao do conjunto de trabalhadores carentes, vítimas de doença profissional oriunda das condições de trabalho de determinada empresa (STJ, REsp 58.682, 8.10.96, Direito, RDA 207/283)”.

Aqui, quiçá, está a única fragilidade argumentativa do voto, que, ao buscar, no projeto nacional inscrito no art. 3º, inciso I, da Carta Magna, de construção de sociedade livre, justa e solidária, o caminho para se alcançar o significado constitucional de interesse social em bases objetivas, acaba por não perceber que o critério (de se buscar ou não tal projeto de sociedade) é tão vago que não reduz a subjetividade que se disse indesejada.

constituiu um dos pressupostos do liberalismo burguês, historicamente incompatível com a ideário constitucional brasileiro, ainda vigente. Nele, ao Estado se reserva um papel insubstituível na redistribuição da renda e na promoção do desenvolvimento social para o desempenho do qual a tributação é um instrumento de relevo. Certo, pode haver casos – assim, para ilustrar, as hipóteses de tributos de efeitos regressivos e que induzem a exacerbar a concentração de rendas –, nos quais se patenteie, na resistência judicial coletiva ao Fisco, a carga de interesse social segundo a Constituição, que legitime o Ministério Público a promovê-la. Esse, contudo, não me parece ser o caso do IPTU ou de outra exação qualquer sobre a propriedade imobiliária, ao menos enquanto for tão obscena a distância entre a ordem social “justa e solidária” projetada pela Constituição e a realidade de um País de miseráveis sem-teto ou sem-terra.

Fica evidente que o voto em linha intermediária do ministro Sepúlveda, nada obstante não ter reconhecido a legitimidade do MP no caso julgado, não fechou as portas para a legitimidade, a depender da demonstração de interesse social no caso concreto. E a análise do inteiro teor do acórdão demonstra que a maioria dos ministros não se comprometeu com a tese de absoluta ilegitimidade para tratar das causas tributárias. A leitura do inteiro teor dos votos demonstra que a maioria dos ministros da Corte não conheceu do recurso extraordinário aventado pelo MP ou por considerarem que a permissão do ajuizamento da ação civil pública no caso criaria conflito com o controle concentrado de constitucionalidade ou porque a defesa de direitos de contribuinte seria a defesa de direitos patrimoniais. Apesar da profunda análise empreendida pelo ministro Sepúlveda e bem recepcionada pela maioria dos seus pares, seu voto foi pouco explorado nos julgados posteriores do STF, preferindo o tribunal aplicar automaticamente o posicionamento de que “o Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública que verse sobre tributos”<sup>14</sup>, sem qualquer atenção às situações que podem, nos termos do voto mencionado, trazer a legitimação do MP.

<sup>14</sup> Posicionamento externado nos RE n. 559.985, RE n. 248.191 e RE n. 206.781.

#### 4 Análise das razões para a negativa de legitimidade

As teses de negativa de legitimidade giram, basicamente, em torno dos seguintes fundamentos: de que o MP só estaria legitimado constitucionalmente a atuar em relação a interesses individuais indisponíveis (art. 127, *caput*), coletivos *stricto sensu* e difusos (art. 129, III), e de que há necessidade de lei específica para a atuação em direitos individuais homogêneos.

O primeiro argumento ancora-se numa interpretação literal da Constituição, e, como sabemos, raramente a interpretação literal é o melhor método exegético. Tem razão a doutrina que ensina serem os direitos individuais homogêneos, em verdade, subespécie dos direitos coletivos, mesmo porque essa categoria somente surgiu com o advento do CDC, e não se admite a interpretação constitucional condicionada por dispositivo infraconstitucional<sup>15</sup>. Mesmo porque a técnica correta é que o processo de extração de significado tenha o fluxo da norma constitucional para a norma de hierarquia inferior, e não o contrário. Essa corrente restritiva também é a que menos combina com as diretrizes constitucionais de acesso à justiça, à efetividade da jurisdição e do direito<sup>16</sup> e ao devido processo legal<sup>17</sup>.

15 Nesse sentido é a lição de Ada Pellegrini Grinover (1998, p. 675): “Em primeiro lugar cumpre notar que a Constituição de 1988, anterior ao CDC, evidentemente não poderia aludir, no art. 129, III, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só viria a ser criada pelo Código. Mas, na dicção constitucional, a ser tomada em sentido amplo, segundo as regras de interpretação extensiva (quando o legislador diz menos que quanto quis), enquadra-se comodamente a categoria dos interesses individuais, quando coletivamente tratados”.

16 É interessante notar que a jurisdição civil coletiva é mais eficaz na tarefa de realizar o direito. A tutela coletiva tende a aplicar o Direito de forma igual e para todos, reduzindo-se casos de situações antijurídicas não corrigidas pelo Judiciário.

17 Há ainda os que acreditam que os direitos individuais homogêneos, quando defendidos coletivamente, são sempre indisponíveis, porque o que é disponível é o direito material, não sua defesa coletivizada (nesse sentido: SCHETTINO, 2004). *Data venia*, não concordamos. Parece-nos que essa corrente faz uso de um jogo de palavras para se chegar à conclusão de que a defesa dos direitos individuais homogêneos é sempre indisponível. Além disso, sua admissão implica em afirmar, *ipso facto*, que todo e

A posição de exigir a interposição legislativa para legitimar a atuação do MP também não encontra fundamento de validade na Constituição. Hoje é unanimidade na doutrina constitucionalista a necessidade de, sempre que o texto constitucional permitir, adotar postura exegética de valorização e realização da Constituição. É o conhecidíssimo princípio da máxima efetividade<sup>18</sup>. A redação do art. 127, *caput*, e do inciso III do art. 129 permite que o intérprete extraia sem muito esforço interpretativo que a vocação institucional do MP é atuar em qualquer causa, individual ou coletiva, em que haja manifesto interesse público-social.

Outro ponto que, no mais das vezes, passa sem exame são as leis orgânicas dos Ministérios Públicos Federal e Estadual, respectivamente o art. 6º, inciso VII, alínea *d*, da LC n. 75/1993<sup>19</sup>, e o art. 25, IV, alínea *a*, da Lei n. 8.625/1993<sup>20</sup>, que expressamente outorgam legitimidade para a tutela de direitos individuais homogêneos.

Como vimos, os fundamentos usados para a negativa da legitimidade não são, tecnicamente, os melhores. Talvez a objeção mais

---

qualquer direito individual homogêneo seria defensível coletivamente pelo MP, com o que não concordamos, como veremos adiante.

18 “O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre as interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional” (BARROSO; BARCELLOS, 2008, p. 364).

19 Art. 6º: “Compete ao Ministério Público da União: VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

a) a proteção dos direitos constitucionais; b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos; [...]”.

20 Art. 25: “[...] 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; [...]”.

difícil seja a levantada pelo mestre Miguel Reale (1997, p. 130)<sup>21</sup>, que alerta para a possibilidade de se *transformar a comunidade num conglomerado de incapazes*.

Se a legitimidade do MP para a defesa de direitos individuais homogêneos fosse geral e irrestrita, quiçá, de fato, correr-se-ia esse risco de passividade dos cidadãos na busca por seus direitos. Entretanto, no atual desenho da legitimação, não há qualquer chance de a legitimação do MP restringir o livre acesso das pessoas à justiça. Isso pelas seguintes razões: a legitimidade extraordinária dos entes não exclui a legitimidade ordinária do titular do direito individual; a legitimidade do MP é concorrente em relação aos outros legitimados coletivos (art. 5º da Lei n. 7.347/1985); a decisão judicial só pode beneficiar os interessados, apenas produzindo efeitos *erga omnes* em caso de procedência do pedido (art. 103, inciso III, CDC); e as ações coletivas não induzem à litispendência com as ações individuais (art. 104, CDC).

Contudo, o argumento que certamente põe por terra a objeção de Reale é a constatação de que a atuação do ente coletivo no mais das vezes não dispensa a participação do interessado individualmente para o gozo do seu direito. Isso porque a liquidação e execução do conteúdo da sentença coletiva nas ações civis públicas que tratem de direitos individuais homogêneos deve ser feita individualmente pelo interessado, caso queira se beneficiar da sentença. Do contrário, a execução será coletiva e beneficiará o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (arts. 97 a 100, CDC)<sup>22</sup>.

Agora vamos às especificidades da legitimação para matéria tributária.

21 O ilustre jusfilósofo defende, em suma, que o CDC alargou inconstitucionalmente a competência do Ministério Público. Diz que o texto constitucional optou por somente conferir legitimidade ao MP para a defesa em juízo de interesses difusos, coletivos ou indisponíveis, não salvaguardando a Constituição em nenhuma hipótese a defesa de interesses individuais homogêneos (REALE, 1997).

22 Se no plano jurídico não há dúvida, como se viu, da improcedência do temor de transformar as pessoas em incapazes pela legitimação extraordinária para tutela de direitos individuais homogêneos, merece estudo mais profundo como tal legitimação tem, no plano sociológico, influenciado a busca pela justiça individualmente.

As razões teóricas para a negação de legitimidade do MP para tratar de matérias tributárias centram-se nas seguintes asserções<sup>23</sup>: a) a relação entre contribuinte e Fisco não se confunde com a relação de consumo; b) haveria conflito entre o controle concentrado de constitucionalidade e o controle difuso; c) o MP estaria demandando direitos patrimoniais sem autorização legal para tanto.

Não se discute que a relação consumidor-fornecedor é absolutamente distinta da relação contribuinte-fisco, mas isso, isoladamente, não parece ser fundamento suficiente para concluir que o MP não tem legitimidade. O raciocínio utilizado firma-se na inteligência do CDC como se fosse a única lei capaz de permitir a atuação do *Parquet* na hipótese. Esquece-se que a Constituição, nos dispositivos que tratam do Ministério Público e das garantias constitucionais processuais, já dispõe de peso normativo suficiente para outorgar legitimidade à instituição independentemente de interposição legislativa. Ainda há, como vimos, dispositivos legais expressos na Lei Complementar n. 75/1993 e na Lei n. 8.625/1993. Portanto, não nos parece que esse fundamento seja juridicamente apto a sustentar a negativa de legitimidade.

Por sua vez, de fato, mostra-se correto o entendimento de que a ação civil pública não pode fazer as vezes das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Quanto a isso há praticamente unanimidade doutrinária e jurisprudencial. O Supremo, a nosso ver acertadamente, tem entendido que é cabível o controle difuso de constitucionalidade sempre que a controvérsia constitucional não se identifique com o objeto da demanda, sendo apenas causa de pedir<sup>24</sup>. Assim, sempre que no mundo dos fatos a ação coletiva produzir os mesmíssimos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade, é intuitivo que não se permita o manejo da ação civil pública para a declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade, sob pena de se usurpar o poder que é reservado somente ao Supremo Tribunal

23 Aqui nos focamos nas razões levantadas no RE n. 195.056.

24 Apenas para ficar nas mais recentes manifestações, vide Reclamações n. 1.733 e n. 2.460.

Federal (em relação ao controle de constitucionalidade em face da Constituição Federal) e aos tribunais de justiça dos estados (em relação às constituições estaduais).

Talvez o fundamento mais robusto seja a alegação de que a defesa de contribuintes redundaria na defesa de direitos patrimoniais, o que não se revelaria compatível com as missões constitucionais do MP. Aqui, assentindo com a premissa do raciocínio<sup>25</sup>, entendemos que o MP só terá autorização para funcionar quando, pelas *características da situação fática*, houver evidente *interesse social na judicialização coletiva da questão*. Adiante veremos o que, a nosso ver, caracteriza, ou ao menos indica, a existência desse interesse social. Por ora, basta um exemplo para evidenciar que a legitimação ampla e total em qualquer matéria tributária é indevida. Imaginemos a cobrança ilegal (até mesmo inconstitucional!) de determinado tributo em relação a grandes empresas. Parece evidente que em casos tais o Ministério Público não deve atuar, não pelo menos em sede de jurisdição civil coletiva<sup>26</sup>.

Por último, examinemos a alteração legislativa operada justamente para restringir a utilização da ação civil pública em relação a pretensões que envolvam tributos.

A Medida Provisória n. 2.180-35/2001 acrescentou ao art. 1º da Lei n. 7.347/1985, parágrafo único, que dispõe: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

É a tentativa do Poder Executivo de, legislando em causa própria, erguer barreira intransponível para a defesa coletivizada que envolva temas tributários e afins, área estratégica para o Governo, e

25 Segundo o qual, o MP não tem a função de advogado defensor de pessoas com condições suficientes de buscar seus direitos em juízo.

26 O Procurador-Geral da República poderia exercitar sua legitimidade para ajuizar ADI, mas aí estaríamos em outro terreno, o do controle de constitucionalidade concentrado.

tentar cristalizar o entendimento externado pelo STF no *leading case* RE n. 195.056<sup>27</sup>.

Lógico que esse dispositivo também não pode constituir obstáculo absoluto à jurisdição civil coletiva em pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. A atual redação do parágrafo único do art. 1º da LACP, se interpretada em sua literalidade, é frontalmente incompatível com os dispositivos constitucionais que se referem ao acesso coletivo à justiça. O dispositivo importa em negativa constitucionalmente ilegítima à ação civil pública, pois representa visível caso em que o Poder Executivo abusa do poder extraordinário de expedir medidas provisórias, de modo a afastar-se dos riscos que representa para ele, Poder Executivo, uma tutela jurisdicional efetiva e que atinja a totalidade das ilegalidades que, na maior parte das vezes, deu causa. Trata-se de dispositivo introduzido por meio de medida provisória que obviamente não atende aos requisitos constitucionais de relevância e urgência (art. 62 da CF/1988)<sup>28</sup>.

Não são poucas as vozes que atacam a disposição limitadora da jurisdição civil coletiva. Por todos, veja-se a opinião de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>29</sup>, e Hugo Nigro

27 Já vimos acima que a posição do STF, quando do debate no RE n. 195.056, não foi tão restritiva como muitos querem fazer crer.

28 “A inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou do ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado” (MORAES, 2001, p. 560).

29 “[...] o texto constitucional proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito. O parágrafo ora comentado exclui da apreciação judicial ameaça ou lesão a direito, em desobediência intolerável à Carta Magna e, portanto, ao estado democrático de direito (CF, art. 1º, *caput*). Ainda que se entenda que a norma comentada apenas limitaria o pedido judicial, na verdade, proíbe o ajuizamento de ação coletiva nos casos que enumera. É flagrante a inconstitucionalidade, notadamente porque a norma é oriunda do Chefe do Poder Executivo federal, que legisla em causa própria e proíbe que

Mazzilli<sup>30-31</sup>. No mínimo, é necessário conferir interpretação conforme a Constituição<sup>32</sup>, de modo a salvar alguma parcela do conteúdo normativo e compatibilizá-lo com os dispositivos constitucionais superiores já apontados. Assim, o mais razoável e compatível com as disposições constitucionais sobre o Ministério Público e com as cláusulas do devido processo legal e do amplo acesso à justiça é que,

---

o poder Judiciário examine pretensões coletivas contra atos dele, Poder Executivo. A proporcionalidade, a razoabilidade e a moralidade administrativa são desrespeitadas pelo parágrafo incluído pela medida provisória 2180-35. O poder judiciário não poderá dar cumprimento a esta norma inconstitucional” (NERY JUNIOR; NERY, 2002, p. 1332).

30 “[...] flagrante é a inconstitucionalidade de medida provisória que tenta impedir o acesso coletivo à jurisdição, que é garantia constitucional. Ou seja, é o mesmo que, tendo a Constituição garantido acesso à jurisdição, não só sob aspecto individual como coletivo, vir o administrador e dizer que, nos casos em que ele não o deseja, não cabe acesso coletivo à jurisdição. [...] A lei infraconstitucional não pode proibir nem o acesso individual nem o acesso coletivo à jurisdição. Poderia ser dito que, embora o parágrafo único do art. 1º da LACP vede hoje o acesso coletivo à jurisdição, continua assegurado em sua plenitude o acesso individual. Entretanto, essa objeção não serve de escusa, pois tanto é garantia constitucional o acesso individual como o acesso coletivo à jurisdição. Não pode a lei infraconstitucional impedir tanto um como o outro” (MAZZILLI, 2000, p. 107-108).

31 Pedro Lenza (2003, p. 206) muito bem coloca que o dispositivo restritivo vai contra toda a sistemática da jurisdição coletiva: “Este entendimento [do RE 195.056] da mais alta Corte do país encontra fundamento legal no art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, que estabelece não ser cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados (redação dada pela MP 2.180-35, de 2001). Novamente retoma-se a crítica já exarada neste estudo, especialmente pelo fato de que a referida regra, introduzida por medida provisória, desnatura a essência da tutela coletiva. O argumento segundo o qual não se tutelariam as relações tributárias por não se caracterizarem como relações de consumo fogem por completo da essência da ação civil pública e faz surgir inconcebível insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas, que só eventualmente serão uniformizadas pelo STF [...]”.

32 “Com efeito, ao recomendar – nisso se resume este princípio –, que os aplicadores da Constituição, em face das normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham um sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte em sua declaração de inconstitucionalidade, esse cânone legislativo, ao mesmo tempo que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 119).

ao menos, interprete-se o dispositivo como vedação à utilização da jurisdição civil coletiva somente quando não presente relevante interesse social na proteção coletiva dos direitos. Vislumbra-se isso – a inexistência de interesse social –, por exemplo, quando a ação civil pública objetiva tão somente a manutenção, o incremento ou a recomposição patrimonial de grupo não hipossuficiente.

## 5 Tópicos ainda pouco debatidos

Acredito que a discussão do tema em tela ainda careça da análise de alguns aspectos teóricos e de algumas possibilidades fáticas.

Tópico que em regra não tem sido devidamente notado nessa celeuma é a força normativa do inciso II<sup>33</sup> do art. 129 da Constituição. Todo o debate se passa como se a função institucional do MP na jurisdição civil coletiva haurisse forças tão somente do inciso III desse artigo, quando a redação do inciso II é especialmente rica em significado e em potencialidades. A maioria dos julgados que aborda o tema nem sequer menciona o inciso II<sup>34</sup>. O mesmo se dá com a maioria dos artigos científicos<sup>35</sup>.

O perigo da aplicação mecânica de ementas e de se criar, com base nesse procedimento autômato, *jurisprudência consolidada* ou *unânime* é justamente fechar os olhos para a riqueza de hipóteses que

---

33 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.

34 Em nossa pesquisa, encontramos apenas o RE n. 472.489.

35 Louvável exceção é o artigo “Legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos: importância em face do controle individualista do controle judicial da administração no Brasil”, de Paulo Gustavo Guedes Fontes, p. 265-277. O autor chama a atenção para o problema das formas tradicionais de controle judicial da Administração no Brasil terem caráter individual (invalidação do ato administrativo ilegal somente para o particular que, por exemplo, ajuizar um mandado de segurança), o que se revela menos eficaz que o mecanismo mais tradicional na França, o *recours pour excès de pouvoir*, que têm eficácia *erga omnes*, podendo ser manejado por qualquer interessado (que não precisa ser exclusivo).

não são devidamente avaliadas em suas peculiaridades. É o caso dessa *jurisprudência* a respeito da legitimação do *Parquet* para tratar, em sede de jurisdição civil coletiva, de matérias tributárias.

Como é sabido, uma das espécies tributárias é a taxa<sup>36</sup>. Não é raro que o Estado cobre taxas exigíveis em razão do exercício de seu poder de polícia ou em face da existência de serviço público, que na prática restrinjam abusivamente (como no exemplo que veremos abaixo, da exigência de taxa para expedição de CPF) o exercício de importantes e socialmente relevantes direitos constitucionais.

Imaginemos, então, o exercício de poder de polícia, realizado mediante a cobrança de taxa que na prática limite excessivamente direito fundamental revestido de relevância social. Suponhamos, por exemplo, a cobrança de taxa elevada para a expedição do habite-se, por parte de determinada prefeitura, em relação a imóveis populares. No caso, a atuação estatal, que envolve o manejo de tributo, estará limitando de forma absolutamente inconstitucional o exercício do direito constitucional à moradia<sup>37</sup>. Será que não haveria legitimidade do MP para ajuizar ação coletiva que atacasse esse ato concreto do Poder Público? A nosso ver, é evidente que haveria, caso contrário se estaria negando vigência aos incisos II e III do art. 129 da Carta Magna, que dispõem ser função institucional do MP “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”<sup>38</sup> e promover “o inquérito civil público e a ação civil pública”.

Outro exemplo fácil nem sequer é hipotético. Muitas instituições públicas de ensino estão cobrando de alunos diversas taxas,

36 “Têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição” (art. 77 do CTN).

37 Direito social (art. 6º, CF) essencial à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

38 E quais seriam as medidas necessárias? O inquérito civil público e a ação civil pública, previstos no inciso seguinte.

como de matrícula ou de expedição de diploma, sem qualquer autorização legal e contrariando a determinação constitucional de gratuidade do ensino público (art. 206, IV, CF/1988)<sup>39</sup>. Será que o *Parquet* não poderá defender em juízo os alunos (e contribuintes) que têm o direito à educação ilegitimamente restringido?

Como se vê, é possível que haja uma gama imensa de situações nitidamente vocacionadas à atuação do Ministério Público e que envolvam, direta ou indiretamente, tributos. Perfeita a passagem do voto do ministro Sepúlveda quando antevê a possibilidade de casos em que, nada obstante tratem de tributos, haja patente interesse social na atuação do Ministério Público.

A jurisprudência ainda não parece ter percebido essa variabilidade de situações e as implicações para fins de legitimidade. Exceção é interessante julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, apesar de não ter enfrentado a questão, reconheceu a legitimidade do Ministério Público para atacar a cobrança de taxa de expedição de CPF<sup>40</sup>. Ainda que timidamente e sem aprofundar a questão<sup>41</sup>, o tribunal teve o mérito de dar especial importância às

39 Recentemente o STF editou a Súmula Vinculante n. 12, que dispõe: “A cobrança de taxa de matrícula viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”.

40 “A necessidade de obtenção do CPF constitui-se em direito fundamental mínimo para o exercício da cidadania, e, por consequência, estaria inserida entre os interesses sociais passíveis de serem defendidos pelo Ministério Público em sede de ação civil pública, de acordo com o art. 127 da Constituição, a despeito da discussão de constituir-se ou não o compulsório ônus a cargo do cidadão, de R\$ 4,50 (quatro reais e cinquenta centavos), preço público ou taxa. 2. Afastado o viés tributário e fixada a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público, considerando a previsão constitucional do art. 5º, LXXVII, de que ‘são gratuitos, [...] na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania’, em um país em que 40% da população é pobre e tem renda per capita de até meio salário mínimo, dá-se provimento ao apelo a fim de declarar ilegal a cobrança da referida ‘taxa’, condenando-se as rés a obrigação de não fazer, consistente em deixar de efetuar a cobrança a partir de trinta dias a contar da intimação deste julgado”. Proc. n. 2001.72.00.003230-9 (SC).

41 A redação da ementa dá a entender que não se enfrentou o tema da legitimidade em matéria tributária, mas o voto do Desembargador Federal Álvaro Eduardo Junqueira registra: “é de ser afastada a alegação de que a matéria que deu ensejo a presente causa,

circunstâncias fáticas que clamorosamente envolviam palpável interesse social a legitimar a atuação do MP, ao invés de se apegar ao argumento de que se tratava de matéria tributária, e por conseguinte vedada a ação do *Parquet*<sup>42</sup>.

Outro aspecto que vem sendo pouquíssimo debatido é que nem toda ação civil pública que diga respeito a tributos tem o objetivo de tutelar contribuintes que possam “ser individualmente determinados”, para usar a literalidade do malfadado parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/1985. Por exemplo, ações para atacar benefícios fiscais lesivos aos cofres públicos são aquelas que, em verdade, tutelam o direito difuso à higidez do Erário e do patrimônio público e à moralidade na administração tributária, mas por pouco a repetição impensada de julgados não fez a legitimidade ser rejeitada ao fundamento da “ilegitimidade para causas tributárias”, como se a cláusula restritiva contida no parágrafo único do art. 1º, já citado, (se fosse válida) devesse ser interpretada ampliativamente. O STJ, ao julgar inicialmente a impugnação, via ação coletiva, a benefício fiscal concedido pelo Distrito Federal, tido pelo MP por lesivo aos cofres públicos, em princípio deu o MP por ilegítimo, por se tratar de causa “com objetivos tributários” (REsp n. 691.574/DF, bem como REsp n. 855.691/DF, REsp n. 845.034/DF, REsp n. 873.310/DF, REsp n. 730.928/DF, entre outros) até que o Supremo Tribunal Federal (RE n. 576.155) decidiu pela legitimidade do MP nessas situações, fazendo reverter a jurisprudência até então restritiva do STJ.

---

por envolver a cobrança de tributo, não poderia ser veiculada pela via da ação civil pública, em decorrência do disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/1985. É que a controvérsia não diz respeito a cobrança de tributo, mas a necessidade do pagamento de um determinado valor para a realização do Cadastro de Pessoa Física e os prejuízos daí decorrentes no exercício da cidadania”.

42 Houve voto vencido nesse sentido, de lavra do juiz convocado Leandro Paulsen. Eis um trecho: “verifico que a tese desenvolvida pressupõe a natureza tributária do montante cobrado - R\$ 4,50 - combatendo-o sob a perspectiva da violação à legalidade tributária, com vista à proteção dos cidadãos-contribuintes, mas que não constitui objeto possível de ação civil pública (no rol do art. 1º da Lei n. 7.347/1985 não há enquadramento para o objeto em questão), tampouco apresenta o Ministério Público legitimidade para tanto”.

Fundamental, assim, que se atente para as circunstâncias do caso concreto.

## 6 Algumas pistas sobre a existência de relevante interesse social

Geralmente a doutrina busca tatear o interesse social que legitima a atuação do MP, identificando-o, conforme famosíssima expressão do italiano Renato Alessi, como o *interesse público primário*, ou seja, interesse de toda a coletividade, interesse comunitário, e expressões próximas, todas a denotar que a instituição tem em seu *ethos* a busca do bem coletivo e da realização da justiça. Essas expressões, se dão algum norte para a interpretação, ainda carecem de densidade e objetividade que permitam uma abordagem mais livre de impressões pessoais e portadora de maior segurança jurídica<sup>43</sup>.

Assim, encaremos a difícilíssima missão de tentar elencar as matérias em que há relevante interesse social a legitimar a atuação do MP em relação a direitos individuais homogêneos. Antes, porém, advirta-se que não temos a pretensão de exaurir as hipóteses em que existe interesse social a legitimar a atuação do MP nos casos de direitos individuais homogêneos. Nossa intenção é, com base na Constituição e legislação ordinária, apontar matérias e circunstâncias que aprioristicamente trazem a presença de interesse social. Todavia é importante perceber que só se poderá dizer em definitivo sobre a existência ou não de interesse social no caso concreto<sup>44</sup>.

---

43 Temos ciência de que é impossível, ou quase, em assuntos dessa complexidade, encontrar enunciado simples e objetivo que permita, de forma ótima, a aplicação das normas incidentes em todas suas potencialidades. De qualquer forma, é necessário tentar um desenvolvimento maior de fórmulas genéricas.

44 A legislação (constitucional e ordinária) trabalha com conceitos abertos justamente para permitir ao juiz maior dose de discricionariedade. Nesse sentido: “Mas, muitas vezes, a passagem da descrição à qualificação não é óbvia, pois as noções sob as quais devem ser subsumidos os fatos podem ser mais ou menos vagas, mais ou menos imprecisas, e a qualificação dos fatos pode depender de um conceito, resultante de uma apreciação ou de uma definição prévia [...] Assim também as noções de equidade, interesse público,

Com base no exame das hipóteses em que vislumbramos a presença de interesse social, podemos dividi-las em interesse social em razão da matéria e interesse social em razão da pessoa<sup>45</sup>; e em relação à norma que consubstancia o interesse social, em interesse social com fundamento na Constituição e interesse social fundamentado em lei.

A própria Constituição já traz catálogo de direitos de maior relevo sistêmico, que trazem em si interesse social em sua concretização pela atuação do MP em tutela coletiva. São os direitos sociais e determinados direitos fundamentais de especial importância. E a interpretação no sentido da necessidade de lei que explicita as matérias nas quais o MP terá legitimação em direitos individuais homogêneos é anacrônica e redutiva da força normativa da Constituição, contrariando dois princípios básicos de interpretação constitucional: da força normativa da Constituição e da máxima efetividade. Como dito, está fora de questão que as disposições constitucionais devem ter sua força normativa reconhecida, com eficácia plena e aplicabilidade imediata, sempre que houver base linguística no texto constitucional a amparar a exegese<sup>46</sup>. A diretriz interpretativa da máxima efetividade “orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar seu conteúdo” além de veicular “um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a

---

urgência, bons costumes apelam a critérios, a ‘padrões’ que o legislador não definiu. Recorreu a essas noções em razão dessa indeterminação mesma, justamente para deixar ao juiz um poder de apreciação” (PERELMAN, 2004, p. 47-49).

45 Por exemplo, em casos em que houver a presença de pessoas portadoras de deficiência, haverá legitimação em razão da pessoa. Em casos que envolverem, por exemplo, direito à educação, haverá legitimação em razão da matéria.

46 “A força normativa da Constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a Constituição sendo uma lei como lei deve ser aplicada. Afasta-se a tese generalizadamente aceite nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribui à Constituição um ‘valor declaratório’, ‘uma natureza de simples direção política’, um carácter programático despido de força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis” (CANOTILHO, 2003, p. 1150).

interpretações expansivas” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 118). E como já vimos, no voto do RE n. 195.054, o ministro Sepúlveda demonstra à sociedade a existência de base normativa constitucional apta a permitir a legitimação do MP para atuar na defesa de direitos individuais homogêneos independentemente de dispositivo infraconstitucional. No mesmo sentido, o RE n. 472.489, de relatoria do ministro Celso de Mello, no qual o Supremo reconheceu que o MP tem direito de defender coletivamente o direito dos cidadãos à obtenção de certidões e informações de interesse pessoal perante o INSS.

É lógico que, afora a legitimação direta em virtude da Constituição, a legitimação do MP pelo legislador é viável, mesmo porque o constituinte, além da abertura da redação do inciso III do art. 129, de que já tratamos acima, cuidou de moldar a instituição ministerial de forma a possibilitar a outorga de novas atribuições compatíveis com sua finalidade, vedando-se tão somente a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (inciso IX, art. 129). Vale lembrar que o art. 127 diz que o MP é incumbido de defender a ordem jurídica e o regime democrático<sup>47</sup>.

Assim, a presença de relevante interesse social pode decorrer de fixação pelo legislador ordinário, em virtude da abertura deixada pelo constituinte nos incisos III e IX do art. 129. Portanto é lícito ao Poder Legislativo prever hipóteses em que, em princípio, somente pelo texto constitucional, não haveria legitimação do MP. Parece que é o caso, por exemplo, da Lei n. 7.913/1989 – que outorga atribuição do MP para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos de investidores do mercado mobiliário, em situações de operação fraudulenta, prática não equitativa, manipulação de preços ou criação de condições artificiais de procura,

---

47 Parece-nos fundamental que a atividade institucional do órgão esteja nos estreitos limites da missão que o constituinte deixou. Vemos como duvidosa a constitucionalidade da Lei n. 11.448/2007, que legitimou de modo irrestrito a Defensoria Pública para a ação civil pública. Aliás, o STF, na ADI 3022-1/RS, declarou inconstitucional lei estadual que ampliou a atribuição da Defensoria para além dos limites do art. 134 da Constituição, que dispõe incumbir ao órgão “a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

oferta ou preço de valores mobiliários (inciso I, art. 1º); compra ou venda de valores mobiliários por parte dos administradores e acionistas controladores de companhia aberta, utilizando-se de informação relevante, ainda não divulgada para conhecimento do mercado, ou a mesma operação realizada por quem a detenha em razão de sua profissão ou função, ou por quem quer que a tenha obtido por intermédio dessas pessoas (inciso II, art. 1º) e omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la, bem como sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa (inciso III, art. 1º)<sup>48</sup> –; bem como da Lei n. 6.024/1974, arts. 45 a 49, que possibilita a defesa coletiva de credores de instituições financeiras postas sob intervenção ou liquidação extrajudicial<sup>49</sup>.

Com fundamento na análise dos princípios e regras constitucionais aplicáveis e da legislação infraconstitucional que dispõe sobre as tarefas do MP em âmbito civil<sup>50</sup>, podemos dizer que há legitimação *prima facie* para defender em juízo direitos individuais homogêneos quando se tratar de:

- a) proteção de direitos inerentes ao núcleo consensual da dignidade da pessoa humana, isto é, liberdades públicas de relevância coletiva – como por exemplo o direito à petição e à informação (art. 5º, inciso XXXIII e XXXIV, CF/1988), direito à não discriminação em razão de cor, gênero, raça ou condição física (art. 5º, *caput*), direito à liberdade de expressão (art. 5º, inciso IX), direito à intimidade, honra e vida privada, em seus aspectos não patrimoniais (art. 5º, inciso X), direito ao livre exercício de profissão (art. 5º,

48 Parece que a *ratio essendi* das disposições legais, muito além de tutelar os interesses dos investidores, é proteger a confiabilidade do mercado de ações.

49 Nessa hipótese parece que deve haver filtragem constitucional do sentido da lei, anterior à CF/1988, porque sua literalidade permite que o MP defenda interesses de grandes investidores credores de instituições sob intervenção ou liquidação extrajudicial, o que por óbvio se revela incabível. Assim, as disposições têm sentido quando pensamos em instituições bancárias de varejo com ampla base de pequenos e médios correntistas, sendo, nesse caso, vantajoso que uma só ação cuide de múltiplos interesses.

50 Rosa Maria Andrade Nery e Nelson Nery Junior (2002, p. 396) fazem interessante apanhado da legislação que confere atribuição ao MP em sede cível.

inciso XIII), direito de votar e ser votado etc. –, e proteção dos direitos sociais (educação, saúde, previdência social etc.);

- b) direitos do cidadão frente à Administração Pública e em relação a serviços públicos (art. 129, inciso II)<sup>51</sup>;
- c) direitos de hipossuficientes e grupos minoritários, discriminados ou vulneráveis;
- d) lesão de grande impacto social, grande dispersão dos lesados, ou microlesões que desincentivem ações individuais.

Em todas essas situações, em princípio, haverá interesse social que justificará a atuação do MP, *independentemente de se tratar ou não de causa que envolva tributos*.

É perceptível a feição das matérias que têm afinidade com o MP, ou seja, que têm indício de presença de interesse social: são matérias de sentida e concreta importância para a sociedade e que, em regra, não têm em primeiro plano conteúdo patrimonial<sup>52-53</sup>; e assim dizem mais

51 Por exemplo, direito de inscritos em determinado concurso ao respeito, pela Administração, das cláusulas dispostas no edital. Nessas situações, o MP atua fazendo as vezes de *Defensor do Povo*, órgão independente presente em inúmeros países da América Latina e em alguns países europeus (onde tomam diferentes denominações) a quem cabe, em regra, investigar e tomar as providências para fazer valer os direitos humanos dos cidadãos frente ao Poder Público e serviços públicos. No sentido de que o processo constituinte brasileiro optou por não criar defensoria do povo autônoma, mas sim de inserir as atribuições típicas desse órgão entre as competências do Ministério Público (MAZZILLI, 1993, p. 157).

Merece menção interessante trecho do artigo *O papel do ombudsman no direito brasileiro*, de Juliana Almenara Andaku (2006, p. 5): “No Brasil, a instituição do *ombudsman* foi descartada durante os trabalhos constituintes porque o Ministério Público pleiteou e ocupou o espaço que se abriu para a criação de órgãos fiscalizadores do Estado, na defesa dos interesses da sociedade. A partir da década de 80, o Ministério Público veio acumulando atribuições que lhe permitiram, na constituinte de 1987-1988, reivindicar também o papel de *ombudsman*”.

52 Com exceção das legitimações decorrentes do estado da pessoa. Por exemplo: para defender patrimônio de menor ou incapaz.

53 Embora possa haver expressão patrimonial em plano secundário. Exemplo: ação civil pública para garantir a determinados potenciais segurados o pagamento de benefício

respeito ao *status dignitatis* da pessoa humana, à necessidade de se conferir, na seara processual, paridade de armas entre os litigantes (princípio da igualdade material)<sup>54</sup> e tencionam a concretização dos ideais de justiça. Por outro lado, as matérias em que a afinidade, visivelmente e sem qualquer discussão, não ocorre são as aprioristicamente patrimoniais, relacionadas a pessoas não hipossuficientes.

Abra-se um parêntese para um detalhe pouco percebido que nos parece até intuitivo: a legitimação do MP para o ajuizamento de ação coletiva não decorre da caracterização de determinado caso como difuso, coletivo ou individual homogêneo<sup>55</sup>, *mas sim da presença de palpável interesse social (rectius, interesse público)*. É interessante mencionarmos isso porque temos a chance de também desmistificar a noção de que todos os interesses difusos e coletivos, por si só, são tuteláveis pelo MP. Basta pensar em um dano patrimonial, provocado por terceiro, a alguma área comum de um condomínio de apartamentos de luxo.

---

legal pelo INSS. Ou ainda: ação civil pública para reconhecer dano produzido pelo Estado pela aplicação de inseticida altamente tóxico que causou contaminação, com mortes e danos físicos e psicológicos, a servidores e cidadãos irresponsavelmente expostos pelo Estado, e ainda pleitear tratamento especial e indenização. O exemplo é real, e ficou conhecido como Caso Malathion. A ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal teve procedência em primeira instância.

54 Não é por outra razão que a legislação comumente atribui ao MP a defesa de interesses de pessoas que podem ser consideradas hipossuficientes.

55 Mesmo porque, dependendo da forma como se levam os fatos a juízo, estes podem assumir contornos de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Essas categorias, na maior parte das vezes, não são, de forma alguma, estanques. Do mesmo fato podem surgir demandas difusas, coletivas e individuais homogêneas. Nesse sentido: “O que caracteriza um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual homogêneo é o tipo de pretensão deduzida em juízo. Um mesmo fato pode dar origem à pretensão difusa, coletiva e individual homogênea” (NERY JUNIOR; NERY, 2002, p. 1328). Vide ainda Tepedino (1999, p. 307): “A rigor, não seria exagero afirmar que, em termos práticos, as lesões a interesses coletivos ou difusos normalmente implicam a configuração de interesses individuais homogêneos, sendo muito difícil isolar cada uma dessas espécies de interesses, de modo a que se pudesse identificar, diante de uma hipótese concreta, a presença do interesse estritamente coletivo ou exclusivamente individual homogêneo. Daqui a conclusão inelutável de que, na relação de consumo, a restrição ao Ministério Público de atuação da defesa dos interesses individuais homogêneos significa, praticamente, a obstrução de suas funções institucionais”.

Teríamos então caso de nítido direito coletivo do grupo de condôminos em face da pessoa que produziu o dano. No entanto, ficaria difícil pensar que o MP seria legitimado para buscar o ressarcimento nesse caso, uma vez que, se agisse, estaria na defesa de interesses nitidamente privados, de pouca relevância social, de pessoas capazes de buscar seus direitos sem a intervenção ministerial. Visível seria, a olho nu, a impertinência da atuação.

Da mesma forma, em se tratando de direito individual homogêneo, na verdade, o que permitirá e indicará a atuação do MP será a presença de algum fator demonstrativo de interesse social. Nesses casos, a afinidade institucional do MP para a atuação em causas de maior importância social força a sua legitimação, mesmo que haja lei (inconstitucional) em sentido contrário.

Como se vê, é possível desenhar círculo de atribuição, com razoável grau de segurança, delimitando-se áreas em que o MP tem aprioristicamente atração em vista de suas finalidades institucionais, com forte sinal de interesse social, bem como áreas em que *prima facie* há repulsa da presença do MP no polo ativo da demanda coletiva, em que as características da demanda visivelmente não recomendam a intervenção de instituição com a feição do MP. Certo é que pode haver zonas cinzentas, em que se misturem índices de atração e repulsão, e nesses casos deve-se recorrer ao prudente arbítrio das duas instituições encarregadas de escolher entre a legitimação ou não, primeiramente o MP e, definitivamente, o Judiciário<sup>56</sup>.

## 7 Conclusão

Como vimos, a legitimidade do MP para o tratamento coletivo de direitos individuais homogêneos ainda é tema permeado por análise superficial dos fundamentos constitucionais que animam a atuação dessa instituição, e essa situação se complica quando o tema

---

56 A variabilidade de casos nos impede de pretender listar todas situações de legitimação e de não legitimação. Preferimos, assim, falar em dados que *prima facie* legitimam ou que afastam a legitimação.

levado a juízo, de alguma forma, *tem a ver com tributos*. Há uma espécie de repetição impensada da fórmula genérica do tipo *o MP não tem legitimidade para atuar em matéria tributária*, sem um devido aprofundamento sobre os axiomas constitucionais incidentes e com a postura, pouco compatível com a boa ciência jurídica, de ignorar a enorme gama de casos e situações em que a legitimação, diretamente extraída do texto constitucional, é óbvia, quiçá eloquente.

Procurou-se ainda chamar a atenção para hipóteses que, a nosso ver, estão pouco exploradas pela doutrina, como nas situações em que o poder tributário do Estado vulnerar seriamente direito social ou direito fundamental especialmente vinculado ao *status dignitatis* da pessoa humana, bem como ventilar certos aspectos do *leading case* RE n. 195.056 que têm sido esquecidos.

As soluções aqui propugnadas vão ao encontro da terceira, última, e mais desafiadora onda renovatória<sup>57</sup> da ciência processual, que propõe o alargamento e a potencialização do acesso à justiça, não somente no sentido de se abrirem as portas do Judiciário, mas também no sentido do direito à busca de uma justa ordem jurídica, por meio de mecanismos aptos e compatíveis ao nosso tempo<sup>58</sup>.

É lógico que o tratamento coletivo dos conflitos, em juízo, não pode ser feito ao arrepio da Constituição<sup>59</sup> e da lei, e que abusos devem ser repelidos. É evidente, ainda, que a ação civil pública não é panaceia

<sup>57</sup> Expressão famosa de Mauro Cappelletti (1977).

<sup>58</sup> Cappelletti (1977, p. 136-137), na década de 1970, já advertia que a massificação social produz efeito no sistema de justiça, na medida em que o indivíduo pessoalmente lesado não está em boa posição para assegurar, nem a si mesmo nem à coletividade, adequada tutela contra violações de interesses coletivos. Isso por várias razões: não há mais indivíduo que aja sozinho na defesa do coletivo, ou há muito pouco, acrescentaríamos; o dano difuso ou coletivo não atinge diretamente o indivíduo; o dano muitas vezes é tão pequeno que, do ponto de vista patrimonial, não há motivos para ajuizar ação, por sempre envolver tempo e dinheiro.

<sup>59</sup> Merece especial menção a ampliação da legitimação para a ação civil pública à Defensoria Pública (Lei n. 11.448/2007). A inovação é bem-vinda desde que a Defensoria atue em consonância com sua missão constitucional, não privilegiando a atuação coletiva em

que resolverá todos os problemas metaindividuais de nossa sociedade plural e de massa, nem tem esse condão salvador qualquer órgão estatal, por mais atribuições e atributos constitucionais que possua, mas é certo que há importantes vias de realização de macrojustiça que vêm sendo subutilizadas em nosso sistema jurídico.

## Referências

ANDAKU, Juliana Almenara. O papel do ombudman no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.209, 23 out. 2006. Disponível em: <jus.com.br/artigos/9077>. Acesso em: 2 maio 2010.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luis Roberto (Org.); BARCELLOS, Ana Paula. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. 4. Salvador: JusPodium, 2008.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos: importância em

---

detrimento da orientação e defesa dos que não podem arcar com advogado privado (art. 134 da CF/1988).

face do controle individualista do controle judicial da administração no Brasil. In: ROCHA, J. C. de Carvalho; HENRIQUES FILHO, T. H. P.; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). *Ação civil pública: vinte anos da Lei 7.347/1985*. Belo Horizonte: Del Rey e ANPR, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZILLI, Hugo. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocência; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva e IDP, 2008.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 189, set. 2011.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martin Fontes, 2004.

REALE, Miguel. Da ação civil pública. In: \_\_\_\_\_. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SCHETTINO, José. A tutela dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). *Temas contemporâneos de direito processual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A questão ambiental, o Ministério Público e as ações civis públicas. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

# Estudos sobre a natureza jurídica do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público

Carlos César Silva Sousa Júnior

Assessor Jurídico no Ministério Público Federal (PR/BA). Pós-graduando em Direito do Estado pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL (BA).

*O Ministério Público que queremos e estamos edificando, pois, com férrea determinação e invulgar coragem, não é um Ministério Público acomodado à sombra das estruturas dominantes, acovardado, dócil e complacente com os poderosos, e intransigente e implacável somente com os fracos e débeis. Não é um Ministério Público burocrático, distante, insensível, fechado e recolhido em gabinetes refrigerados. Mas é um Ministério Público vibrante, desbravador, destemido, valente, valoroso, sensível aos movimentos, anseios e necessidades da nação brasileira. É um Ministério Público que caminha lado a lado com o cidadão pacato e honesto, misturando a nossa gente, auscultando os seus anseios, na busca incessante de Justiça Social. É um Ministério Público inflamado de uma ira santa, de uma rebeldia cívica, de uma cólera ética, contra todas as formas de opressão e de injustiça, contra a corrupção e a improbidade, contra os desmandos administrativos, contra a exclusão e a indigência. Um implacável protetor dos valores mais caros da sociedade brasileira.*

(Gilberto Giacóia)

**Resumo:** A presente pesquisa busca estudar a natureza do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público bem como alguns desdobramentos que dela advêm. Abordam-se a legislação institucional do Ministério Público (MP), as regulamentações trazidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e Conselho Superior do

Ministério Público Federal (CSMPF), além de se examinar o direito de greve dos integrantes de organismos policiais e apontar reações contra o exercício dessa função pelo MP. O estudo visa a contribuir com o desenvolvimento da doutrina especializada sobre o controle externo da atividade policial, além de se justificar pela grande relevância para toda a sociedade. Em derradeiro, foi possível sustentar que a função decorre diretamente da missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

**Palavras-chave:** Ministério Público. Controle externo da atividade policial. Natureza jurídica. Investigação criminal. Tutela coletiva.

**Abstract:** This research aims to study the nature of the external control of police activity by Public Prosecution Service, as well as some consequences that come from it. Addresses the institutional law of the Public Prosecution Service, the regulations introduced by the National Council of the Public Prosecution Service (CNMP) and the Superior Council of Federal Public Prosecution Service (CSMPF), examines the right that members of law enforcement agencies have to strike and points reactions against the exercise of this function by the Public Prosecution Service. It also aims to contribute to the development of specialized external control over police activities doctrine, and is justified by its great relevance to society. At last, it was possible to argue that the function follows directly from the constitutional mission of defending the legal order, the democratic regime and the inalienable social and individual interests.

**Keywords:** Public Prosecution Service. External control of police activity. Legal nature. Criminal investigation. Collective protection.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Controle externo da atividade policial. 2.1 Natureza: fiscalização, coordenação ou controle? 3 A investigação criminal do Ministério Público. 3.1 Entendimentos dos tribunais superiores. 4 Reações contra o controle externo da atividade policial. 5 O abuso do direito de greve por integrantes de órgãos policiais. 6 Algumas conclusões.

## 1 Introdução

Com a promulgação da Constituição da República (CR) de 1988, a instituição que obteve o maior avanço, sem dúvida alguma, foi o Ministério Público (MP).

No Brasil, o MP é considerado por muitos como *extrapoder*, visto que independe dos três Poderes da República, e não podem seus membros receber qualquer ordem ou instrução de autoridades públicas, por possuírem as mesmas garantias e vedações da Magistratura, sendo-lhes assegurada autonomia administrativa, funcional, orgânica e financeira.

Cabe ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos aos direitos constitucionais, além de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Além da missão geral estipulada no *caput* do art. 127 da CR, destaca-se para o presente trabalho o controle externo da atividade policial.

A par das funções dos diversos precursores do MP, desde o antigo Egito (2 mil anos a.C.) até a França de 1302, pode-se resumir que seu papel tradicional sempre foi o de exercer a função de fiscal da lei e persecutor criminal. É no processo penal, como *dominus litis* da ação penal pública, que o MP exerce a sua mais tradicional função, uma vez que não há atuação concorrente no exercício da titularidade da ação penal. De todo modo, não se deve olvidar que o MP exerce verdadeiro controle dos atos estatais, zelando pelos direitos difusos e coletivos; portanto, o objeto da presente pesquisa restringiu-se a estudar a natureza jurídica do controle externo da atividade policial pelo MP.

Diante disso, o tema foi delimitado como *estudos sobre a natureza jurídica do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. A escolha do tema justifica-se pelas experiências profissionais do pesquisador com a atuação do *Parquet*, adquiridas enquanto estagiário da instituição no âmbito estadual e federal (*status* atual).

Há de se advertir que o presente estudo não pretende exaurir o tema alusivo ao controle externo da atividade policial, restringindo-se a alguns pontos centrais, especialmente no que concerne à persecução penal, à defesa dos direitos fundamentais na atuação policial e à relação entre o MP e os órgãos policiais.

O problema central que o presente artigo se dispõe a estudar é qual a natureza jurídica do controle externo da atividade policial pelo MP. A hipótese que direciona esta pesquisa é a de que essa função decorre diretamente da missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, no zelo pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na CR.

Nesse sentido, será estudada a natureza do controle externo e apresentados alguns desdobramentos que dela advêm, além de analisada a legislação institucional do MP, apresentadas regulamentações trazidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal (CSMPF), verificada a legitimidade do MP para proceder a investigações criminais, examinada a posição da doutrina e jurisprudência, estudado o direito de greve dos integrantes de órgãos policiais e apontadas algumas reações contra o exercício das funções do MP.

Dessa forma, o estudo visa a contribuir com o desenvolvimento da doutrina especializada sobre o controle externo da atividade policial, notadamente para o aprimoramento da persecução penal e da defesa dos direitos difusos e coletivos.

## 2 Controle externo da atividade policial

A Constituição da República incumbiu ao Ministério Público<sup>1</sup> a guarda do Regime Democrático de Direito, conquistado a duras

<sup>1</sup> “O vocábulo ministério provém do latim *manus*, que exprime o sentido ‘mão’. O termo demonstrou-se apropriado já que aos procuradores da corte era atribuída a representação dos interesses do rei, atuando, pois, como a mão do rei. A designação ‘público’ emana dos interesses sociais defendidos em contraposição à advocacia privada” (VASCONCELOS, 2013, p. 28). Por sua vez, sobre a expressão, Hugo Nigro Mazzilli assim se posiciona: “Parece-nos, pois, correta a suposição de Vellani no sentido que a expressão nasceu ‘quase inadvertidamente, na prática’, quando os procuradores e advogados do rei falavam de seu próprio mister ou ministério, e a este vocábulo se uniu, ‘quase por força natural’ o adjetivo ‘público’, para designar os interesses públicos que os procuradores e advogados do rei deveriam defender.

penas após o regime ditatorial militar. Entre outras funções institucionais, cujo rol é exemplificativo<sup>2</sup>, a CR atribuiu ao MP o controle externo da atividade policial.

Essa função lhe foi conferida por imposição da separação dos Poderes, como mecanismo de controle entre os detentores do poder estatal, conforme a fórmula dos freios e contrapesos.

Agentes armados não podem possuir independência funcional numa democracia, por isso mesmo é que deve haver um controle externo, uma vez que o homem dotado de poder está sempre disposto a abusar dele até que encontre a sua limitação; daí a necessidade do sistema de freios e contrapesos. É o que advoga Cheker (2013, p. 43):

Não há que se falar em independência funcional de tais organismos policiais no sentido de liberdade de atuação sem vinculação a eventuais recomendações expedidas pelos órgãos superiores em matérias relacionadas ao exercício das atribuições. Isso porque a atividade de polícia, pelos recursos utilizados, pelo que representa e pela proximidade com determinados direitos sensíveis dos cidadãos – como a liberdade – deve ser hierarquicamente coordenada.

---

Da França, nesta acepção, a expressão passou, traduzida, para os outros Estados.” (MAZZILLI, 2007, p. 44).

<sup>2</sup> “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – 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; V – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

A Polícia<sup>3</sup> é o braço armado do Estado e atua de forma ostensiva junto à população no combate à criminalidade; por isso, o controle externo é necessário para coibir abusos e preservar os direitos fundamentais dos indivíduos.

Naturalmente, por estar inserida no contexto de um Estado Democrático de Direito, a Polícia não poderia ficar sem a necessária vigilância de sua atuação. Dessa forma, o Constituinte concedeu ao MP tal missão para a defesa da sociedade, em vista dos abusos cometidos durante a ditadura militar. Nessa linha, Jardim afirma que

[...] é inerente à ideia de Estado de Direito Democrático um sistema de controle de atividades públicas, seja através da sociedade civil organizada, seja através do chamado controle externo, a ser realizado por órgãos estatais que gozem de alguma independência administrativa (JARDIM, 2002, p. 333 apud TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 137).

Mazzilli (2007, p. 332) relembra que a “tendência constante nos trabalhos do Constituinte de 1988, desde as primeiras comissões até a última votação, foi a imposição de um sistema comum de freios e contrapesos entre as diversas instituições”.

De todo modo, apesar desse natural controle externo, há de se ressaltar que a função da Polícia é de extrema relevância para a sociedade, uma vez que o Estado não pode abrir mão de possuir organismos voltados à manutenção da ordem pública.

A importância da Polícia é incontestável, uma vez que garante a segurança pública, preservando a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio<sup>4</sup>, razão pela qual o exercício da força estatal se

3 Polícia aqui deve ser entendida de forma ampla, ou seja, abrangendo todos os organismos armados que exerçam poder de polícia e estejam ligados à segurança pública ou persecução penal.

4 “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.”

justifica. Sendo assim, a presente pesquisa estudará a natureza jurídica do controle externo da atividade policial pelo MP.

## 2.1 Natureza: fiscalização, coordenação ou controle?

As funções do *Parquet*<sup>5</sup> podem ser vistas como como forma de impedir a violação das normas constitucionais por parte dos próprios Poderes constituídos, sendo um verdadeiro fiscal da legalidade, da moralidade, do regime democrático, dos direitos e garantias individuais, enfim, um assegurador da plenitude da Constituição.

Mas qual seria a natureza do controle externo da atividade policial pelo MP? Seria esse controle configurado com fiscalização, coordenação ou efetivo controle e direcionamento da atividade?

Citando o dicionário Aurélio Buarque de Holanda, Mazzilli (2007, p. 332) destaca o significado do vocábulo controle:

A expressão “controle”, advinda do francês *contrôle*, significa ato de vigilância e verificação administrativa; domínio ou governo; mais especificamente, ato de fiscalização, inspeção, supervisão, exame minucioso exercido sobre as atividades de pessoas, órgãos ou departamentos, como seja a própria fiscalização financeira ou orçamentária; significa ainda o próprio corpo de funcionários de velar pela observância das leis e regulamentos, notadamente em matéria financeira.

Visando a dar diretrizes para o controle externo da atividade policial, o CNMP editou a Resolução n. 20/2007, que regulamenta o

5 A expressão *Parquet* significa assoalho, e seu uso remete ao local onde os procuradores do Rei ficavam, no assoalho das salas de audiência, para fiscalizar os juízes, e disto provém, também, a expressão *magistratura de pé*. A respeito, Hugo Nigro Mazzilli ensina que “a menção a *parquet* (assoalho), muito usada com referência ao Ministério Público, provém da tradição francesa, assim como as expressões *magistrature débout* (magistratura de pé) e *les gens du roi* (as pessoas do rei). Com efeito, os procuradores do rei (daí *les gens du roi*), antes de adquirirem a condição de magistrados e terem assento ao lado dos juízes, tiveram inicialmente assento sobre o assoalho (*parquet*) da sala de audiências, em vez de terem assento sobre o estrado, lado a lado à *magistrature assise* (magistratura sentada). Conservam, entretanto, a denominação de *parquet* ou de *magistrature débout*.” (MAZZILLI, 2007, p. 39).

art. 9<sup>o</sup> da LC n. 75/1993 e o art. 80 da Lei n. 8.625/1993, com o fim de definir atribuições do membro do MP no exercício de sua função.

O art. 1<sup>o</sup> dessa resolução dispõe que o controle externo deverá ser exercido nos “organismos policiais relacionados no art. 144 da Constituição Federal, bem como as polícias legislativas ou qualquer outro órgão ou instituição, civil ou militar, à qual seja atribuída parcela de poder de polícia, relacionada com a segurança pública e persecução penal”.

Dessa forma, o controle externo é exercido em qualquer organismo que detenha poder de polícia relacionado com a segurança pública ou persecução penal. O controle externo, portanto, visa a coibir abusos e arbitrariedades que ofendam direitos e garantias fundamentais e o Estado Democrático de Direito, além de zelar pela eficácia da investigação criminal, visto que é de interesse do MP como *dominus litis*<sup>7</sup>.

O controle externo da atividade policial não quer dizer subordinação da Polícia ao MP; ao revés, defende-se que instituições da persecução penal devem atuar de forma complementar e em sistema de cooperação. Nesse sentido, Vasconcelos (2013, p. 238) afirma que “não se pretende estabelecer qualquer subordinação hierárquica entre a polícia e a instituição do Ministério Público”.

Seguindo essa posição, Novelino (2009, p. 678 apud VASCONCELOS, 2013, p. 238) define o controle externo como uma espécie de correição extraordinária, que “não significa subordinação ou hierarquia

6 “Art. 9<sup>o</sup> O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo: I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais; II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial; III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder; IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial; V - promover a ação penal por abuso de poder.”

7 Termo latino que significa o *autor da ação*, o *dono da lide*. Neste caso, refere-se ao MP como titular privativo da ação penal pública – o dono da ação –, conforme art. 129, I, da CR.

dos organismos policiais aos membros do Ministério Público, mas tão somente sujeição à efetiva fiscalização por parte destes, em razão do exercício de função administrativa e auxiliar” ao MP.

Com as ponderações que lhe são peculiares, Mazzilli (2007, p. 335) afirma:

Por certo não foi o intuito do constituinte criar verdadeira hierarquia ou disciplina administrativa, subordinando a autoridade policial aos agentes do Ministério Público. Entretanto, não se pode afastar a conveniência de estabelecer uma forma de corregedoria do Ministério Público em relação à polícia, nos moldes que a exercia o Poder Judiciário, antes da Constituição de 1988. Entre as formas de corregedoria que a Constituição atribuiu ao Poder Judiciário, não está aquela sobre a atividade policial.

Contudo, entende-se que o conceito de “controle externo da atividade policial” carece de melhor definição e regulamentação, visto que sua definição se dá mais no plano doutrinário do que no legal. Não parece crível que a CR tenha atribuído ao MP apenas a função de uma espécie de “supercorregedoria” no âmbito externo da Polícia.

Para Cheker (2013, p. 47), o controle externo da atividade policial é uma divisão do controle do MP sobre os atos da Administração Pública e deve ser realizado de “forma temática ampla, ou seja, sempre quando for necessária a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Cheker (2013) e Fontes (2006) entendem que o MP brasileiro acopla as funções de *ombudsman*, conforme disposição do inciso II do art. 129 da CR. Por essa razão, Fontes (2006, p. 4) afirma que “o controle exercido pelo Ministério Público sobre a Administração equivale praticamente a um controle geral da constitucionalidade e da legalidade dos atos administrativos”.

Nesse sentido, Cheker (2013, p. 58) defende que o controle externo da atividade policial pelo MP “é um efetivo controle sobre os órgãos de segurança que fazem parte da Administração Pública”.

Com efeito, parece a posição mais acertada a se defender, uma vez que a posição do MP e as funções institucionais a ele atribuídas não deixam margem de dúvidas de que a instituição faz parte do sistema de freios e contrapesos.

O Ministério Público está equiparado, no Brasil, em seu estatuto jurídico, ao Poder Judiciário. Todavia, o defensor da lei não é um órgão jurisdicional, nem apenas, como se lê na própria Constituição, uma função essencial à Justiça. Sua principal função institucional é fiscalizar. De fato, ele é um verdadeiro Poder Fiscalizador, pois pode fiscalizar todos os Poderes Públicos, além de exercer um controle diferente do judicial, capaz de influenciar os rumos políticos da nação. [...]

Não temos dúvida que a Constituição de 1988 transformou o Ministério Público num verdadeiro poder, ao desvinculá-lo dos outros e prever como crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público (ASSUNÇÃO E SILVA, 2013, p. 19 e 37).

Assunção e Silva classifica as funções do MP em três grupos distintos: (1) fiscalização; (2) representação e defesa judicial da sociedade; e (3) proteção extrajudicial dos direitos dos cidadãos. Destaca-se que “a primeira atividade típica do Ministério Público é fiscalizar o cumprimento da lei pelos três poderes, com o fim de defender a ordem jurídica, o regime democrático e o interesse social. Realiza-a quando investiga e controla” (2013, p. 141-142).

Por fim, Assunção e Silva assevera que o Ministério Público

[...] é uma instituição estatal de natureza política, e não administrativa, cuja principal função consiste em fiscalizar a aplicação da lei pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a fim de resguardar o interesse público, o regime democrático e os interesses individuais indisponíveis (2013, p. 145).

Na linha de intelecção apresentada, o controle externo da atividade policial pode-se enquadrar como de natureza fiscalizatória, bem como de controle constitucional e legal dos atos da Administração Pública pelo MP, uma vez que é apenas mais um ramo da Administração sob a fiscalização do MP.

### 2.1.1 Controles difuso e concentrado da atividade policial

O controle externo da atividade policial pode ser difuso ou concentrado, nos exatos termos do art. 3º da Resolução n. 20 do CNMP:

Art. 3º O controle externo da atividade policial será exercido:

I - na forma de controle difuso, por todos os membros do Ministério Público com atribuição criminal, quando do exame dos procedimentos que lhes forem atribuídos;

II - em sede de controle concentrado, através de membros com atribuições específicas para o controle externo da atividade policial, conforme disciplinado no âmbito de cada Ministério Público.

Por sua vez, no âmbito do Ministério Público Federal, há a regulamentação pela Resolução n. 127/2012 do CSMPF, que disciplina o controle da atividade policial para cada Unidade da Federação do Ministério Público Federal (MPF), conforme art. 5º:

Art. 5º As atribuições relativas ao controle externo da atividade policial são exercidas, em cada Unidade da Federação:

I - mediante controle difuso, pelos membros do Ministério Público Federal, por ocasião do exame de inquéritos e procedimentos que lhes forem distribuídos e por meio de inspeção periódica dos inquéritos prevista no artigo 2º, inciso IX;

II - mediante controle concentrado, por meio de Grupo de Controle Externo da Atividade Policial – GCEAP, composto de membros designados pelo Procurador-Geral da República por proposta da respectiva Procuradoria da República, com mandato de dois anos e atribuições específicas para o controle externo da atividade policial no âmbito da respectiva Unidade da Federação, incluindo as questões que extrapolem o exame dos procedimentos referidos no inciso I.

Parágrafo único - O exercício do controle concentrado referido no inciso II ocorrerá sem prejuízo das funções de origem do membro designado.

Freitas (2013, p. 120-121) adverte que o controle difuso “não se limita a uma atuação criminal (eventuais infrações cometidas pelos agentes policiais) mas de verificação também da eficiência, legalidade

e probidade”. Ademais, o autor ressalta as diversas formas de controle difuso, tais como análise da realização das diligências e adequação dos meios de investigação, além do zelo pelos direitos e garantias do cidadão, e as inspeções periódicas dos inquéritos policiais (IPLs), conforme art. 2<sup>o</sup> da Resolução n. 127 do CSMPPF.

A procuradora regional da República Luiza Frischeisen, coordenadora, de 2011 a 2013, do Grupo de Trabalho da 2<sup>a</sup> Câmara de Coordenação e Revisão sobre Controle Externo da Atividade Policial, explica que o controle concentrado tem

[...] um olhar voltado não somente para uma investigação específica em um inquérito específico, mas sim para as linhas gerais da atividade policial, na forma como ela é exercida em um conjunto de ações e investigações e como são realizadas as atividades administrativas da polícia necessária à realização de sua atividade de investigação, cumprimento de requisições do Ministério Público e de ordens judiciais (FRISCHEISEN, 2013, p. 24-25).

Acerca do controle concentrado, Freitas (2013) ensina que a atuação por meio dos Grupos de Controle Externo da Atividade Policial (GCEAPs) permite que se instaure procedimento criminal e procedimentos de improbidade administrativa referente a ilícitos cometidos no âmbito da atividade policial.

8 “Art. 2<sup>o</sup> O controle externo da atividade policial compreende: I - a verificação e análise dos locais, objetos e registros: a) de ocorrências; b) de inquéritos policiais; c) de remessa de autos de inquérito policial; d) de objetos apreendidos; e) de fianças; II - o acesso aos dados e ao andamento de todos os procedimentos inquisitoriais iniciados no âmbito policial, ainda que sob a forma preliminar; III - a fiscalização do cumprimento da requisição de diligências investigatórias à Polícia Federal, com ou sem inquérito policial instaurado; IV - a requisição, a qualquer tempo, dos autos de investigação policial em curso; V - a fiscalização do cumprimento das promoções, inclusive quanto aos prazos, exaradas nos autos de inquérito policial, ou de investigação preliminar; VI - a fiscalização da regularidade do cumprimento das funções da Polícia Rodoviária Federal; VII - a fiscalização da regularidade do cumprimento das funções da Força Nacional; VIII - a fiscalização da regularidade da atividade policial não militar exercida por integrantes das forças armadas (artigos, 16, 16-A, 17, 17-A e 18 da Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999); IX - a inspeção periódica dos inquéritos.”

Assim, no controle difuso a atividade é dividida entre todos os membros quando da sua atuação no acompanhamento de procedimentos criminais, notadamente o inquérito policial. Por sua vez, o controle concentrado é realizado por um órgão central, com atribuições específicas para o exercício do controle externo da atividade policial, que pode atuar de forma mais abrangente com o fim de defender os direitos dos cidadãos, a probidade administrativa e a eficiência da investigação.

### 2.1.2 Atividade de investigação criminal

A titularidade da ação penal e o controle externo da atividade policial estão intrinsecamente ligados à investigação criminal pela Polícia, o que demonstra, portanto, a íntima relação entre o MP e a Polícia. Por isso é que não havia outra instituição para a qual outorgar o controle externo da atividade policial; somente poderia ser feito pelo “Ministério Público, que é o fiscal das leis e *dominus litis*, no processo penal público, por destinação constitucional” (LIMA, 2007, p. 68).

O controle externo do MP de vigilância e fiscalização da atividade policial, mormente na atividade-fim de coleta da materialidade do delito e dos indícios de autoria, visa ao “bom andamento e observação do estrito cumprimento das leis, como verdadeiro *custos legis*. Portanto, cabe ao Ministério Público velar pela correta atuação da Polícia” (LIMA, 2007, p. 68).

O Ministério Público se mostra como órgão mais adequado a realizar o controle externo da atividade policial, uma vez que a atividade-fim da Polícia destina-se à formação de seu convencimento para a propositura da ação penal.

Essa atividade-fim da Polícia é destinada ao MP por ser ele o titular da ação penal e exercer o seu controle externo, o que impõe o necessário acompanhamento dos atos de investigação para a formação de sua *opinio delicti*. O MP é o fiscal por excelência da atividade de investigação criminal da Polícia, exercendo verdadeira coordenação de sua atividade investigatória. Nessa senda, é o entendimento de Mazzilli (2007, p. 333):

Examinando as diversas formas de controle externo instituídas pela Constituição, e buscando a primordial finalidade da atuação ministerial, chegamos à conclusão de que, com esse dispositivo, intentou o constituinte de 1988 criar um sistema precípua de fiscalização, um sistema de vigilância e verificação administrativa, teleologicamente dirigido à melhor coleta dos elementos de convicção que se destinam a formar a *opinio delictis* do promotor de Justiça, fim último do inquérito policial. O objeto do controle deve ser [...] sobre: a) as *notitiae criminis* recebidas pela polícia, [...]; b) a apuração de crimes em que são envolvidos os próprios policiais (violência, tortura, corrupção, abuso de autoridade etc.); c) os casos em que a polícia não demonstre interesse ou possibilidade de levar a bom termo as investigações; d) as visitas às delegacias de polícia e cadeias; e) a fiscalização permanente da lavratura de boletins ou talões de ocorrências criminais; f) a instauração e a tramitação de inquéritos policiais; g) o cumprimento das requisições ministeriais.

Lima (2009, p. 68) compartilha desse mesmo entendimento, advogando que o controle da atividade policial pelo MP deve ser exercido primordialmente em razão da investigação criminal, tendo em vista que existem procedimentos que podem resultar em “‘acautelamentos’, que correspondem a arquivamentos, em ‘manobra’ ilegal para subtrair do promotor a *opinio delicti*”.

Em decorrência do modelo acusatório adotado no Brasil, o MP é o destinatário constitucional da atividade policial, afastando, por este motivo, a tramitação do IPL entre o Judiciário e a Polícia, que deve intervir apenas nos atos relacionados à reserva de jurisdição, tais como prisão preventiva, escutas telefônicas, quebra do sigilo bancário e fiscal etc. Nessa senda, Rangel (2009, p. 94 e 96) afirma que o inciso VII do art. 129 da CR reforça o sistema acusatório,

[...] onde o Ministério Público entrega-se à função de controlar as atividades policiais, visando a uma melhor colheita do suporte probatório mínimo que irá sustentar eventual imputação penal. [...] A regra constitucional do controle externo da atividade policial é um reforço ao sistema acusatório, pois deixa nítido e claro que ao Ministério Público é endereçada a *persecutio criminis*, afastando o

juiz de qualquer ingerência na colheita de provas. [...] O juiz deve afastar-se da persecução preparatória da ação penal e somente se manifestar quando for provocado para decretar qualquer medida cautelar, seja real ou pessoal.

Visando a aproximar os órgãos de persecução penal e a efetivação do sistema acusatório, com o afastamento do juiz dos atos de investigação criminal realizados no curso do IPL, foi disciplinada a tramitação direta dos inquéritos entre a Polícia e o MP por meio da Resolução n. 63/2009 do Conselho da Justiça Federal, do Provimento n. 37/2009 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e dos Provimentos n. 01/2009 dos Tribunais Regionais Federais da 2ª, 4ª e 5ª Regiões.

Como se vê, é assente no Judiciário que a tramitação do IPL deve ser diretamente entre o MP e a Polícia, pois, segundo a atual ordem constitucional, não há a necessidade da *ponte* antes realizada pelo juiz em decorrência de normas ultrapassadas contidas no Código de Processo Penal (CPP).

O controle externo contribui para a inibição de desvios, repressão a irregularidades e práticas de crimes por integrantes dos organismos policiais, bem como para a eficiência das atividades da polícia, notadamente a persecução penal.

### 2.1.3 Tutela dos direitos difusos e coletivos

Em que pese a relação do MP com a investigação criminal da Polícia, o controle externo da atividade policial não está vinculado apenas à persecução penal mas também à prevenção da tutela de direitos difusos e coletivos contra atos de improbidade, corrupção e violência, especialmente na proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos. Nessa senda, Cheker (2013, p. 63) afirma que:

[...] a atuação criminal é apenas um viés ao lado da atuação cível e administrativa, a cargo dos respectivos órgãos de controle [...]. A propósito, quais os direitos que são efetivamente tutelados quando o Ministério Público exerce o controle externo? Sem dúvida, a moralidade, eficiência, transparência, legalidade e ética policial.

O MP é a instituição eleita pelo Constituinte para controlar os atos da Administração. Como visto, a atividade mais tradicional da Polícia é a apuração de crimes para subsidiar o exercício da ação penal pelo MP, havendo uma íntima interação entre as instituições.

Entretanto, não é só. O controle da atividade policial foi conferido ao MP em razão de seu perfil constitucional, que prima pela iniciativa, diferentemente Judiciário que deve ser inerte<sup>9</sup>. Também não se poderia conceder essa atividade ao Legislativo, uma vez que este realiza controle posterior e deliberativo, não se prestando a monitorar todas as atividades da Polícia. Nesse sentido, Assunção e Silva (2013, p. 129-130) ensina que:

A maior diferença entre o agir político do Ministério Público e do Poder Judiciário está na possibilidade de atuação *sponte sua* (por vontade própria). Aquele tem a liberdade de propor a ação que quiser, recomendar de ofício, enquanto este é atrelado à existência de um processo e de um pedido expressamente formulado, podendo apenas deferi-lo ou indeferi-lo. Um tem liberdade de iniciativa, mas não tem poder de coação; o outro, tem poder de coação, mas não tem liberdade para usá-lo.

Não se trata de faculdade. O MP deve zelar, deve defender os direitos difusos e coletivos. Trata-se de poder-dever de cuidar para

<sup>9</sup> “O Poder Judiciário tem por característica central a estática ou o não agir por impulso próprio (*ne procedat iudex ex officio*). Age por provocação das partes, do que decorre ser próprio do Direito Positivo este ponto de fragilidade: quem diz o que seja ‘de Direito’ não o diz senão a partir de impulso externo. Não é isso o que se dá com o Ministério Público. Este age de ofício e assim confere ao Direito um elemento de dinamismo compensador daquele primeiro ponto jurisdicional de fragilidade. Daí os antiquíssimos nomes de ‘promotor de justiça’ para designar o agente que pugna pela realização da justiça, ao lado da ‘procuradoria de justiça’, órgão congregador de promotores e procuradores de justiça. Promotoria de justiça, promotor de justiça, ambos a pôr em evidência o caráter comissivo ou a atuação de ofício dos órgãos ministeriais públicos. [...]. É dizer: o Ministério Público está autorizado pela Constituição a promover todas as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição. A segunda competência está no inciso VII do mesmo art. 129 e traduz-se no ‘controle externo da atividade policial’. Noutros termos: ambas as funções ditas ‘institucionais’ são as que melhor tipificam o Ministério Público enquanto instituição que bem pode tomar a dianteira das coisas, se assim preferir.” (HC n. 97.969, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 1º.2.2011, Segunda Turma, DJe de 23 maio 2011 [grifo nosso].

que os Poderes respeitem todos os direitos previstos na Constituição da República, promovendo as medidas necessárias à sua garantia. O interesse defendido pelo MP não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda a coletividade, ainda que se trate, no caso concreto, de direitos individuais indisponíveis.

Cheker (2013, p. 63) adverte que “um determinado acontecimento pode ofender simultaneamente direitos difusos, coletivos em sentido estrito e até direitos individuais homogêneos”. Por esse motivo:

A atuação coletiva do controle externo seria uma ação preventiva (em especial quando concentrada) e repressiva (em especial quando difusa) na tutela de determinados direitos inerentes à dignidade da pessoa humana contra abusos e corrupção policiais. [...] Não somente através de Inquéritos Policiais o Ministério Público pode exercer o controle externo da atividade policial, mas também através dos *Inquéritos Cíveis Públicos*, como o poder de requisição de quaisquer documentos e, se for necessário, responsabilização por atos de improbidade administrativa. Conclui-se que são possíveis instrumentos de controle externo a Ação Civil Pública, ordinariamente considerada, a Ação de Improbidade Administrativa, tutelas de natureza cível e o próprio Mandado de Segurança (CHEKER, 2013, p. 63-64).

Insta salientar que a Lei n. 7.347/1985 é resultado da coragem do legislador de presentear a sociedade brasileira, ainda no período da ditadura militar, com um instrumento de defesa dos interesses difusos e coletivos. Por meio da Ação Civil Pública (ACP), o MP promove a defesa do patrimônio público, do meio ambiente, dos consumidores, da população indígena e também de direitos humanos que possam ser ofendidos no exercício da atividade policial.

A ACP é verdadeiro instrumento de controle e fiscalização dos atos da Administração Pública; com a fiscalização pelo MP e a sanção promovida por meio do Judiciário, é um controle mesclado entre o Poder Fiscalizador e o Poder Julgador.

O Ministério Público tem competência para fiscalizar qualquer atividade do Estado, seja legislativa, administrativa ou judicial. Pode ser denominado, então, de Poder Fiscalizador, porque fiscalizar é sua

atividade mais importante (da mesma maneira que o Poder Legislativo é aquele que primordialmente faz as leis, o Poder Executivo aquele que as executa, e o Poder Judiciário o que julga) (ASSUNÇÃO E SILVA, 2013, p. 160).

Ainda que o MP não seja o único, não há dúvidas de que é “o maior Fiscal da Probidade no Brasil, contando com o Tribunal de Contas e outros órgãos de controle externo” (ASSUNÇÃO E SILVA, 2013, p. 166).

O MP é o principal autor das ações contra atos de improbidade administrativa, uma vez que União, Estados, Municípios e entes da administração indireta – que são legitimados ativos – normalmente estão no polo passivo da demanda. Certo é que “a defesa dos interesses difusos e coletivos levou o Ministério Público a realizar um controle cada vez mais frequente sobre a atuação da Administração Pública” (FONTES, 2006, p. 53), que abrange o controle realizado na atividade policial. O MP é

[...] órgão de Estado independente, mais bem posicionado, portanto, que os cidadãos e as associações para exercer o controle da Administração, o controle realizado pelo Ministério Público apresenta especificidades também em relação àquele desempenhado pelo *ombudsman* em outros países (FONTES, 2006, p. 67).

Como se pode ver, o Ministério Público pós 1988 tornou-se uma instituição de grande importância à sociedade brasileira, pois a sua atuação foi ampliada de forma como jamais vista, como verdadeiro *ombudsman* na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Martins Júnior (2002 apud ASSUNÇÃO E SILVA, 2013, p. 105) registra que, quando da Assembleia Constituinte da CR de 1988, foi apresentado anteprojeto prevendo a criação do *Ombudsman* brasileiro, denominado de Defensor do Povo, atribuindo-lhe o zelo “pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição”.

Ao analisar as informações de Martins Júnior, Assunção e Silva afirma que, de acordo com a proposta do anteprojeto, o MP possuiria “com competência para apurar abusos e omissões de qualquer autoridade e indicar aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua

correção e punição”. A proposta não foi aceita, mas a função foi atribuída ao MP por meio do inciso II do art. 129 da CR. “Daí afirmar-se que o Ministério Público é o *ombudsman* brasileiro, pois exerce atividade de fiscalização e controle dos poderes públicos” (ASSUNÇÃO E SILVA, 2013, p. 105).

A função de zelar pelo respeito dos Poderes Públicos aos direitos do cidadão é exercida de forma difusa por todos os membros do MP, e de forma concreta, especificamente pelo Procurador dos Direitos do Cidadão, criado no âmbito do MPF, “que tem por objetivo defender os direitos constitucionais dos cidadãos perante os Poderes Públicos e os prestadores de serviço de relevância pública” (ASSUNÇÃO E SILVA, 2013, p. 106), conforme dispõem os arts. 11 a 16 da LC n. 75/1993<sup>10</sup>.

O Procurador dos Direitos dos Cidadãos atua “fazendo uma intermediação entre o órgão público que porventura violou um direito individual do cidadão, buscando que este, voluntariamente, corrija-o” (ASSUNÇÃO E SILVA, 2013, p. 108). Sua forma de atuação é semelhante à do *ombudsman* europeu, agindo como um mediador entre a população e os Poderes Públicos. Assim, não se pode negar que o controle

10 “Art. 11. A defesa dos direitos constitucionais do cidadão visa à garantia do seu efetivo respeito pelos Poderes Públicos e pelos prestadores de serviços de relevância pública. Art. 12. O Procurador dos Direitos do Cidadão agirá de ofício ou mediante representação, notificando a autoridade questionada para que preste informação, no prazo que assinar. Art. 13. Recebidas ou não as informações e instruído o caso, se o Procurador dos Direitos do Cidadão concluir que direitos constitucionais foram ou estão sendo desrespeitados, deverá notificar o responsável para que tome as providências necessárias a prevenir a repetição ou que determine a cessação do desrespeito verificado. Art. 14. Não atendida, no prazo devido, a notificação prevista no artigo anterior, a Procuradoria dos Direitos do Cidadão representará ao poder ou autoridade competente para promover a responsabilidade pela ação ou omissão inconstitucionais. Art. 15. É vedado aos órgãos de defesa dos direitos constitucionais do cidadão promover em juízo a defesa de direitos individuais lesados. § 1º Quando a legitimidade para a ação decorrente da inobservância da Constituição Federal, verificada pela Procuradoria, couber a outro órgão do Ministério Público, os elementos de informação ser-lhe-ão remetidos. § 2º Sempre que o titular do direito lesado não puder constituir advogado e a ação cabível não incumbir ao Ministério Público, o caso, com os elementos colhidos, será encaminhado à Defensoria Pública competente. Art. 16. A lei regulará os procedimentos da atuação do Ministério Público na defesa dos direitos constitucionais do cidadão”.

externo da atividade policial também tutela os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ou indisponíveis.

Com base no art. 127 e no inciso II do art. 129 da CR, pode-se resumir que o MP exerce o controle externo na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, no zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, sendo certo que os incisos do art. 129 são detalhamentos das funções institucionais estabelecidas no art. 127 da CR, quer na esfera penal, quer na cível.

### 3 A investigação criminal do Ministério Público

O exercício do controle externo poderá implicar em instauração de investigação criminal autônoma ou de inquérito civil para apurar improbidade administrativa pelo MP. Em razão do controle externo da atividade policial, ao se deparar com infração penal cometida por agente e (ou) autoridade policial, o MP tem o poder-dever de instaurar o competente Procedimento de Investigação Criminal (PIC<sup>11</sup>) para elucidação do fato e sua autoria.

O controle externo da atividade policial legitima o MP a realizar investigações diretas, principalmente se a autoria do ilícito for atribuída a integrante de organismos policiais. Todavia, há de se registrar que o MP possui legitimidade ativa para instruir PIC relativo a quaisquer crimes. É clara a possibilidade de coleta de provas diretamente pelo MP em PIC próprio ou, inclusive, no IPL após sua conclusão pela Polícia, conforme o art. 47<sup>12</sup> do CPP.

11 Definição dada pelo art. 1º da Resolução n. 13 do CNMP, de 2 de outubro de 2006, regulamenta o art. 8º da Lei Complementar n. 75/1993 e o art. 26 da Lei n. 8.625/1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, e dá outras providências.

12 “Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.”

Ademais, como se sabe, o IPL é peça meramente informativa e dispensável. É o que ensina Tourinho Filho (2010, p. 249), pois se o titular da ação penal tiver “em mãos as informações necessárias, isto é, os elementos imprescindíveis ao oferecimento da denúncia ou queixa, é evidente que o inquérito será perfeitamente dispensável”. Da mesma forma é o raciocínio resultante da interpretação dos arts. 4º, parágrafo único, 12, 27, 39, § 5º, 46, § 1º, do CPP<sup>13</sup>.

A investigação criminal diretamente realizada pelo MP é consecutório lógico para a consecução de suas finalidades, mormente a defesa do regime democrático e dos interesses coletivos e sociais. Nesse sentido, Streck e Feldens (2006, p. 45) defendem que:

[...] a problemática acerca da função investigatória do Ministério Público transcende a [...] linearidade processual penal, marcada por uma análise meramente dogmático-normativa. O enfrentamento do problema exige mais. Faz-se necessário concebê-lo no contexto de um Estado que, constituído sob a fórmula de Estado Democrático de Direito, deseja projetar-se efetivamente como uma *República*, com os efeitos inerentes a essa opção política sufragada pelos artigos 1º e 3º da

13 “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. [...] Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra. [...] Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção. [...] Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial. [...] § 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias. [...] Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos. § 1º Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação.”

Constituição. Em síntese: a discussão acerca da legitimidade da função investigatória do Ministério Público, para além dos aspectos dogmático-normativos que o circundam, é uma questão *Republicana*.

Ainda como suporte acerca da investigação criminal a cargo do MP, Calabrich (2008) aponta a inexistência de monopólio da investigação pela Polícia. A doutrina é farta em ensinamentos no sentido de que a expressão *exclusividade*, contida no art. 144, § 1º, IV, da CR, quer dizer que, entre todos os órgãos policiais previstos – Polícia Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícia Militar, Polícia Rodoviária Federal e Polícia Civil –, apenas a Polícia Federal exercerá a função de polícia judiciária da União (STRECK; FELDENS, 2006; PACELLI, 2013; ANDRADE, 2008).

### 3.1 Entendimentos dos tribunais superiores

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendimento remansoso acerca da legitimação ativa do MP para a coleta direta de elementos de prova visando a formar sua *opinio delicti*<sup>14</sup>. O STJ afirma que inexistente incompatibilidade entre o exercício da investigação criminal e a propositura da ação penal pelo MP.

Aliás, o STJ pacificou o entendimento na Súmula n. 234, no sentido de que “a participação do membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

<sup>14</sup> “PODERES. INVESTIGAÇÃO. MP. [...] o Ministério Público possui legitimidade para proceder à coleta de elementos de convicção no intuito de elucidar a materialidade do crime e os indícios da autoria. Proceder à referida colheita é um consectário lógico da própria função do *Parquet* de promover, com exclusividade, a ação penal. A polícia judiciária não possui o monopólio da investigação criminal. O art. 4º, parágrafo único, do CP não excluiu a competência de outras autoridades administrativas ao definir a competência da polícia judiciária. Assim, no caso, é possível ao órgão ministerial oferecer denúncias lastreadas nos procedimentos investigatórios realizados pela Procuradoria de Justiça de combate aos crimes praticados por agentes políticos municipais. Precedentes citados do STF: RE 468.523-SC, *DJe* 19 fev. 2010; do STJ: HC 12.704-DF, *DJ* 18 nov. 2002; HC 24.493-MG, *DJ* 17 nov. 2003, e HC 18.060-PR, *DJ* 26 ago. 2002.” (REsp n. 1.020.777-MG, rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17.2.2011. Informativo n. 463, de 14 a 18 de fevereiro de 2011).

Ao contrário do que alguns alardeiam, a Súmula n. 234 não diz respeito apenas ao acompanhamento do IPL pelo membro do MP, mas a qualquer tipo de procedimento investigatório, inclusive os presididos pelo próprio membro do *Parquet*, conforme se comprova com uma simples consulta aos precedentes utilizados pela Terceira Seção para sua elaboração: HC n. 9.023/SC, HC n. 7.445/RJ<sup>15</sup>, RHC n. 7.063/PR, RHC n. 6.662/PR, RHC n. 4.074, RHC n. 892/SP.

De acordo com o entendimento pacífico do STJ, o Ministério Público possui legitimidade para a instauração de procedimento investigatório criminal<sup>16</sup> por autorização constitucional (art. 129, VI e VIII, CR) e regulamentação pela Lei Orgânica do Ministério Público da União (art. 8º, V e VII, LC n. 75/1993).

É incontestado a posição do STJ sobre a legitimidade do MP para instruir procedimento de investigação criminal, por ser consectário lógico do *dominus litis*, com o fim de coletar elementos de convicção para formar a sua *opinio delicti* para a propositura da ação penal.

<sup>15</sup> “*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRANSCAMAMENTO DE AÇÃO PENAL. ATOS INVESTIGATÓRIOS REALIZADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. VALIDADE. ORDEM DENEGADA. I. São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos, visando ao oferecimento de denúncia. II. Ordem que se denega.” (HC n. 7.445/RJ, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 1º.12.1998, *DJ* 1º fev. 1999, p. 218).

<sup>16</sup> Nesse sentido são os seguintes julgados: RHC n. 892/SP, de 21.11.1990, rel. min. José Dantas; RHC n. 8.106/DF, de 3.4.2001, e HC n. 12.685/MA, de 3.4.2001, ambos do rel. min. Gilson Dipp; HC n. 18.060/PR, de 7.2.2002, rel. min. Jorge Scartezini; HC n. 37.693/SC, de 26.10.2004, rel. min. Felix Fischer; HC n. 35.592/PE, de 17.5.2005 e RHC 18.257/PE, de 25.9.2007, de relatoria do min. Hamilton Carvalhido; HC n. 190.917/SP, de 15.3.2011, rel. min. Celso Limongi (des. convocado); HC n. 149.005/SP, de 22.11.2011, rel. min. Marco Aurélio Bellizze; RMS n. 29.289/SP, de 4.9.2012, RHC 26.063/SP, de 20.9.2012, HC n. 149.715/CE, de 25.9.2012, todos de relatoria da min. Maria Thereza de Assis Moura; REsp n. 331.788/DF, de 24.6.2003, REsp n. 331.788/DF, de 24.6.2003, HC n. 30.832/PB, de 18.3.2004, RHC n. 18.845/DF, de 12.12.2007, HC n. 97.821/PR, de 15.12.2009, HC n. 94.129/RJ, de 23.2.2010, HC n. 118.829/BA, de 26.6.2010, REsp n. 945.556/MG, de 26.10.2010, REsp n. 1.020.777/MG, de 17.2.2011, HC n. 185.485/DF, de 13.9.2011, HC n. 151.415/SC, de 22.11.2011, HC n. 166.004/SP, de 14.8.2012, HC n. 195.901/DF, de 4.9.2012, todos de relatoria da min. Laurita Vaz.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal (STF) possui entendimentos proferidos por turmas cuja corrente majoritária admite a investigação criminal do MP. Essa Corte já possui entendimentos no sentido de que o MP tem legitimidade para realizar investigações criminais em decorrência do exercício do controle externo da atividade policial<sup>17</sup> e de forma ampla, com base na Teoria dos Poderes Implícitos<sup>18</sup>.

Cumprir citar as palavras do ministro Ayres Britto, no julgamento do HC n. 97.969, a respeito da promoção de diligências investigatórias diretas pelo Ministério Público:

Legitimidade do órgão ministerial público para promover as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição, inclusive o controle externo da atividade policial (incisos II e VII do art. 129 da CF/1988). Tanto que a CR habilitou o Ministério Público a sair em defesa da ordem jurídica. Pelo que é da sua natureza mesma investigar fatos, documentos e pessoas. Noutros termos: não se tolera, sob a Magna Carta de 1988, condicionar ao

<sup>17</sup> “*Habeas corpus*. 2. Poder de investigação do Ministério Público. 3. Suposto crime de tortura praticado por policiais militares. 4. Atividade investigativa supletiva aceita pelo STF. 5. Ordem denegada.” (HC n. 93.930, rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 7.12.2010, DJe 3 fev. 2011).

<sup>18</sup> “[...] PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. [...] 5. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. [...] 6. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito [...] 7. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 8. Há princípio basilar da hermenêutica constitucional, a saber, o dos ‘poderes implícitos’, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que ‘peças de informação’ embasem a denúncia. [...] 10. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.” (RE n. 468.523, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 18 fev. 2010).

exclusivo impulso da Polícia a propositura das ações penais públicas incondicionadas; como se o Ministério Público fosse um órgão passivo, inerte, à espera de provocação de terceiros.

Sendo assim, o STF entende que o Ministério Público tem legitimidade para conduzir PIC para qualquer crime<sup>19</sup>, especialmente quando se tratar de crimes cometidos por autoridades policiais, pois seria impossível o exercício do controle externo da atividade policial se o MP fosse impedido de realizar investigações criminais contra fatos atribuídos à Polícia e seus integrantes.

#### 4 Reações contra o controle externo da atividade policial

Apesar da orientação da Suprema Corte, o MP sofre diversos ataques na tentativa de minar suas atribuições e prerrogativas, principalmente no que se refere à investigação criminal e ao controle externo da atividade policial. Fontes (2006, p. 111) observa que:

O controle da Administração pelo Ministério Público [...] a partir de 1988, é algo absolutamente inédito no Brasil, em termos de extensão e eficácia. Lamentavelmente, verdadeira cruzada contra os poderes do Ministério Público pôs-se em marcha [...] ameaçando os avanços obtidos.

Recentemente, foi promulgada pela presidente da República a Lei n. 12.830/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo

<sup>19</sup> Ainda como precedentes da Suprema Corte, permitindo a investigação criminal pelo MP, citam-se como exemplos os julgamentos a seguir: ADI n. 1.517, de 30.4.1997, rel. min. Maurício Corrêa; HC n. 93.224, de 13.5.2008, rel. min. Eros Grau; HC n. 94.278, de 25.9.2008, rel. min. Menezes Direito; HC n. 83.463, de 16.3.2004, rel. min. Carlos Velloso; HC n. 75.769, de 30.9.1997, rel. min. Octavio Gallotti; MS n. 21.729, de 5.10.1995, rel. para acórdão min. Néri da Silveira; HC n. 89.398, de 20.9.2007, rel. min. Cármen Lúcia; HC n. 84.965, de 13.12.2011, HC n. 91.613, de 15.5.2012, todos de relatoria do min. Gilmar Mendes; HC n. 96.638, de 2.12.2010, rel. min. Ricardo Lewandowski; RE n. 535.478, de 28.10.2008, HC n. 91.661, de 10.3.2009, ambos de relatoria da min. Ellen Gracie; HC n. 84.367, de 9.11.2004, e HC n. 84.404, de 29.3.2005, de relatoria do min. Ayres Britto; Inq. n. 2.041, de 30.9.2003, HC n. 85.419, de 20.10.2009, HC n. 89.837, de 20.10.2009, HC n. 87.610, de 27.10.2009, HC n. 90.099, de 27.10.2009, HC n. 94.173, de 27.10.2009, todos de relatoria do min. Celso de Mello.

delegado de Polícia. A lei não traz nenhuma inovação que vise a melhorar a persecução penal; apenas tentou instituir por via ordinária a exclusividade de investigação pela Polícia. Além disso, objetivou mitigar o controle externo com a redação do § 3º do art. 2º, que afirmava que “o delegado de polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade”.

Evidente que o “livre convencimento técnico-jurídico” apresentava-se com a roupagem de tentativa de burla do controle externo no curso da investigação criminal. Felizmente, houve veto desse dispositivo pela presidente da República, que entendeu haver sugestão de conflito com atribuições investigativas de outras instituições.

O disposto no art. 2º, § 1º<sup>20</sup>, da supracitada lei não traz nenhuma novidade ao que já dispõe o art. 4º<sup>21</sup> do CPP desde o ano de 1941, o que não impede que outras autoridades, como o Ministério Público, exerçam a função de investigação criminal por reclamo constitucional e legal.

Existem em tramitação no Congresso Nacional diversas proposições visando a alterar, direta ou indiretamente, o controle externo da atividade policial, tais como: PLS n. 133/2011 e PL n. 1.028/2011, que pretendem possibilitar a composição preliminar dos danos oriundos de conflitos decorrentes dos crimes de menor potencial ofensivo por delegado de polícia; PL n. 1.843/2011, o qual permite à autoridade policial apreciar a existência de causas de excludentes de anti-juridicidade, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, podendo conceder liberdade provisória; PL n. 1.903/2011, que autoriza ao delegado de polícia a concessão de fiança nos crimes puni-

dos com detenção, independentemente do máximo da pena cominada à infração; PEC n. 293/2008, a qual pretende alterar o art. 144 da Constituição Federal, atribuindo independência funcional aos delegados de Polícia, com vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (sem prever as vedações impostas aos membros do MP e da Magistratura); PEC n. 102/2011, que pretende criar a polícia única, com a unificação das Polícias Civil e Militar; PEC n. 381/2009, que visa à criação do Conselho Nacional de Polícia, entre outras ações.

Além dessas proposições, tramitou no Congresso a PEC n. 37/2011, que pretendia instituir competência privativa às Polícias Federal e Civil para o exercício da investigação criminal, retirando, por conseguinte, a possibilidade de investigação pelo MP, o que feriria de morte o exercício do controle externo da atividade policial e mitigaria a titularidade da ação penal pública.

A PEC n. 37/2011 foi proposta pelo deputado federal Lourival Mendes, que é delegado de Polícia, mas foi rejeitada pela Câmara dos Deputados após manifestações que ocorreram no Brasil no mês de junho de 2013, resultando num placar de 430 votos contrários, 9 a favor e 2 abstenções, totalizando 441 votos.

Registre-se que as tentativas de enfraquecimento do MP ferem cláusula pétrea da CR, uma vez que a defesa e fiscalização do regime democrático são tão pétreas quanto o seu objeto de proteção (art. 60, § 4º, I, CR). É o que defende o ministro Carlos Ayres Britto (2004 apud VASCONCELOS, 2013, p. 38):

As cláusulas pétreas da constituição não são conservadoras, mas impeditivas de retrocesso. São a salvaguarda da vanguarda constitucional... a democracia é o mais pétreo dos valores. E quem é o supremo garantidor e fiador da democracia? O Ministério Público. Isto está dito com todas as letras no art. 127 da Constituição. Se o MP foi erigido à condição de garantidor da democracia, o garantidor é tão pétreo quanto ela, não se pode fragilizar, desnaturar uma cláusula pétrea. O MP pode ser objeto de emenda constitucional? Pode. Desde que para reforçar, encorpar, adensar as suas prerrogativas, as suas destinações e funções constitucionais.

20 “Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. § 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.”

21 “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.”

Dessa forma, Vasconcelos (2013) advoga que existem limites materiais ao legislador derivado quanto às alterações da Constituição Federal (CF) e, por isso, o Ministério Público como garantidor da democracia não pode ser fragilizado, mas sim reforçado para atingir as suas missões constitucionais, possuindo, portanto, legitimidade ativa para conduzir investigações criminais.

## 5 O abuso do direito de greve por integrantes de órgãos policiais

Como já sedimentado alhures, o controle externo da atividade policial não se limita à persecução penal, notadamente no acompanhamento e coordenação dos rumos da investigação criminal, mas também abrange a proteção de direitos difusos e coletivos, no zelo pelo respeito dos Poderes Públicos à Constituição e à lei, o que inclui o exercício do direito de greve pelos organismos policiais.

Frischeisen (2013, p. 27) afirma que “o abuso do direito de greve por parte de integrantes das forças policiais está inserido no controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público”.

Nesse sentido, cita-se como exemplo a ACP promovida pelo MPF<sup>22</sup> em Foz de Iguaçu – Paraná, após a deflagração da greve dos agentes de Polícia Federal, escrivães e papiloscopistas, em agosto de 2012, distribuída à 2ª Vara Federal de Foz de Iguaçu, sob o n. 5011736-04.2012.404.7002. Na ação, o MPF buscou a

[...] garantia do regular funcionamento de serviços públicos afetos às atribuições da Polícia Federal, na região de Foz do Iguaçu, notadamente aquelas de controle de fronteiras e de controle do acesso e tráfego no aeroporto Internacional de Foz do Iguaçu, além de se buscar o resguardo da continuidade das atividades de inteligência, em operações de investigação em curso.

<sup>22</sup> Para mais informações, acessar o endereço eletrônico da Procuradoria da República no Paraná, em que consta a íntegra da ação civil pública. Disponível em: <<http://www.prpr.mpf.gov.br/news/mpf-foz-do-iguacu-quer-garantir-funcionamento-dos-controles-de-fronteiras-e-de-acesso-ao-aeroporto>>. Acesso em: 3 maio 2014.

O principal fundamento do MPF é a extensão do exercício do direito de greve de forma abusiva pela classe, notadamente em razão de ser serviço essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da coletividade, devendo haver “coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura”. E prossegue o MPF aduzindo que:

[...] o que se tem em conta, aqui, é o fato de que o movimento grevista encetado pelos servidores da Polícia Federal atinge, frontalmente, direitos extremamente caros à sociedade, mormente por nos encontrarmos em área de fronteira, a reclamar redobrada cautela no exercício desse direito, em seara tão cara, quanto o é a segurança das fronteiras, dado seu nefasto efeito irradiador, para dentro do território nacional.

Que fique claro que não se defende a restrição de forma generalizada do direito de greve pelos servidores civis de organismos policiais. Defende-se, sim, que os abusos e desvios não sejam tolerados à revelia dos direitos e garantias fundamentais de toda a sociedade.

Por outro lado, no que diz respeito a servidores militares, nem sequer é possível o exercício do direito de greve, visto ser expressamente vedado pela Constituição da República no inciso IV do § 3º do art. 142<sup>23</sup>. Essa vedação visa a resguardar o próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que são eles o braço armado do Estado. Diferentemente de outras categorias, não podem deixar de se submeter à hierarquia e subordinação, sob pena de tornarem-se grupos armados paramilitares.

Nesse sentido, foi a decisão monocrática proferida pelo ministro Ricardo Lewandowski, do STF, que indeferiu o pedido limi-

<sup>23</sup> “Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. [...] § 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: [...] IV – ao militar são proibidas a sindicalização e a greve [...]”.

nar formulado no *Habeas Corpus* n. 122.148, impetrado pela defesa de Marco Prisco Caldas Machado, líder do movimento grevista da Polícia Militar da Bahia em 2012 e 2014, após a prisão preventiva decretada por supostos atos ilícitos praticados na greve de 2012, que foram enquadrados na Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/1983). Vejam-se trechos do julgado:

A Constituição Federal, ao proibir expressamente (art. 142, § 3º, IV) aos militares, a sindicalização e a greve, buscou preservar o próprio funcionamento das instituições republicanas. Isso porque seria um contrassenso permitir que agentes armados e responsáveis pela ordem pública pudessem realizar movimentos paredistas, comprometendo a segurança de toda a sociedade.

Nesse sentido, destaco o quanto assentou o Professor Ives Granda:

*“Ora, se há o direito da sociedade de exigir segurança do Estado, não podem aqueles que, por vocação, decidiram servir à pátria, ofertando segurança à sociedade, nulificar, mediante greve, esse direito e impedir que ele seja assegurado pelo ente estatal.*

[...]

*Dessa forma, minha linha de raciocínio – de que as restrições de direito devem ser interpretadas também de forma restritiva – é nítida, mas, neste caso, o direito da sociedade prevalece sobre o direito do servidor público, pois, para mim, a vedação do direito de greve é princípio implícito da Constituição Federal, para todos os que, por vocação, decidiram servir o povo, oferecendo segurança pública”* (MARTINS, Ives Granda da Silva. O direito da sociedade de ter segurança. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 nov. 2008).

Na mesma linha também é o posicionamento do Ministro Carlos Velloso, para quem

*“homens que portam armas, responsáveis pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, CF), não podem fazer greve.*

[...]

*É que, homens que portam armas, se não estiverem submetidos à disciplina e à hierarquia, viram bandos armados. As armas a eles confiadas, para a manutenção da ordem pública e da incolumidade das pessoas, passam a ser fonte de*

*insegurança”* (VELLOSO, Carlos Mario da Silva. A greve de policiais militares, *Consulex: revista jurídica*, v. 16, n. 363, p. 26–27, mar. 2012)”.  
[...]

Todavia, pela semelhante razão que levou o Constituinte originário a vedar o direito de greve aos policiais militares, a jurisprudência desta Corte tem assentado que essa vedação se estende também aos policiais civis, a partir de uma interpretação sistemática do Texto Magno.

[...]

Ora, se a jurisprudência deste Tribunal caminha para não admitir o direito de greve aos policiais civis – para os quais não há vedação expressa na Constituição –, não poderia permitir, em razão de proibição expressa, a greve de policiais militares armados [...].

O entendimento da Suprema Corte está se sedimentando no sentido de que nem mesmo policiais civis podem fazer greve<sup>24</sup>, uma vez

<sup>24</sup> Nessa perspectiva, o seguinte julgado: “RECLAMAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAIS CIVIS. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. SERVIÇOS OU ATIVIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS. COMPETÊNCIA PARA CONHECER E JULGAR O DISSÍDIO. ARTIGO 114, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO DE GREVE. ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEI N. 7.783/89. INAPLICABILIDADE AOS SERVIDORES PÚBLICOS. DIREITO NÃO ABSOLUTO. RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE GREVE EM RAZÃO DA ÍNDOLE DE DETERMINADAS ATIVIDADES PÚBLICAS. AMPLITUDE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 712. ART. 142, § 3º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. AFRONTA AO DECIDIDO NA ADI 3.395. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA DIRIMIR CONFLITOS ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS E ENTES DA ADMINISTRAÇÃO ÀS QUAIS ESTÃO VINCULADOS. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. [...] 2. Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça – aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e à saúde pública. A conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores públicos sejam privadas do exercício do direito de greve. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil. 3. Doutrina do duplo efeito, segundo Tomás de Aquino, na Suma Teológica (II Seção da II Parte, Questão 64, Artigo 7). Não há dúvida quanto a serem, os servidores públicos, titulares do direito de greve. Porém, tal e qual é lícito matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício

que se trata de atividade imprescindível para a manutenção da ordem e segurança pública.

Nesse sentido é que se defende que o controle externo da atividade policial abrange também o abuso do direito de greve por integrantes de organismos policiais, sendo este mais um ato de controle da Administração Pública pelo Ministério Público.

## 6 Algumas conclusões

O Ministério Público é identificado pela acusação nos processos criminais, mormente por ser o titular privativo da ação penal pública. Na esfera penal, o MP possui competência privativa, daí ser chamado de *dominus litis* – o dono da ação. É por ser o persecutor penal estatal que o MP possui íntima relação com a atividade de investigação criminal da Polícia, zelando pela eficiência da coleta dos elementos de convicção (materialidade do delito e indícios de autoria), atuando como verdadeiro coordenador e supervisor da investigação.

---

do bem comum. Não há mesmo dúvida quanto a serem eles titulares do direito de greve. A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é desprendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é. Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça – onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve [art. 142, § 3º, IV]. 4. No julgamento da ADI 3.395, o Supremo Tribunal Federal, dando interpretação conforme ao artigo 114, inciso I, da Constituição do Brasil, na redação a ele conferida pela EC 45/04, afastou a competência da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos decorrentes das relações travadas entre servidores públicos e antes da Administração à qual estão vinculados. Pedido julgado procedente.” (Rcl n. 6.568, rel. min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 21.5.2009, DJe-181 DIVULG 24 set. 2009).

Contudo, não é só em razão da persecução penal que o MP deve fiscalizar a atividade policial; em verdade, ele tem o dever de fiscalizar a Administração como um todo, sendo a fiscalização da atividade policial apenas uma de suas atribuições. Esse controle pode ser definido como de natureza fiscalizatória da Administração Pública e de coordenação da atividade de investigação criminal da Polícia.

Ademais, o conjunto de suas funções institucionais, notadamente a titularidade da ação penal e o controle externo da atividade policial, legitimam o *Parquet* a realizar investigações criminais sobre quaisquer crimes, mas especialmente sobre ilícitos que envolvam integrantes de organismos policiais.

O STJ possui entendimento pacífico pela legitimidade ativa do MP para instruir procedimento investigatório criminal diretamente. Por outro lado, o STF, ainda que não tenha posição firmada pelo Pleno, possui corrente dominante pela admissão da investigação criminal pelo *Parquet*.

Não é demais lembrar que crimes que atentam contra os direitos humanos, desvios de verbas, corrupção, crime organizado e abusos cometidos por agentes do Estado são, por diversas vezes, investigados pelo Ministério Público, o que demonstra sua imperiosa legitimidade ativa para instruir o procedimento de investigação criminal, principalmente no exercício do controle externo da atividade policial.

Nos momentos em que se reclama maior integração entre os órgãos encarregados da persecução penal e seus órgãos auxiliares, não se pode advogar outra solução senão a investigação criminal realizada diretamente pelo MP e a manutenção do seu controle sobre a atividade policial.

Sendo assim, as tentativas de enfraquecimento da instituição ou de supressão do controle externo da atividade policial não podem prosperar num Estado Democrático de Direito. Aliás, ainda que se suprima o inciso específico do controle externo da atividade policial, tal função é inerente ao controle da Administração pelo Ministério Público, uma vez que o MP é um verdadeiro Poder Fiscalizador, conforme sua função de defensor da ordem jurídica.

O controle externo da atividade policial decorre, portanto, do perfil constitucional do MP, notadamente o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição da República, que se mostra como desdobramento da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

## Referências

ASSUNÇÃO E SILVA, Alexandre. *Ministério Público: doutrina e regime jurídico*. São Paulo: Edipro, 2013.

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CHEKER, Monique. O controle e seus agentes. In: SALGADO, Daniel de Resende; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER, Monique (Coord.). *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Salvador: JusPodivm, 2013.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *O controle da administração pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FREITAS, Enrico Rodrigues. Modalidades e extensão do controle externo. In: SALGADO, Daniel de Resende; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER, Monique (Coord.). *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Salvador: JusPodivm, 2013.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Controle externo da atividade policial no Ministério Público Federal e o papel indutor do grupo de trabalho da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. In: SALGADO, Daniel de Resende; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER,

Monique (Coord.). *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Salvador: JusPodivm, 2013.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de princípios institucionais do Ministério Público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 4. ed., rev., atual. e acr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 1. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

VASCONCELOS, Clever. *Ministério Público na Constituição Federal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

# A hora da razão<sup>1</sup>: uma nova ferramenta de intervenção ministerial

Rogério Rodriguez Fernandez Filho

Subprocurador-Geral do Trabalho. Integrante do Ministério Público Democrático desde 1994. Doutorando pela Universidade de Salamanca. Mestre pela Universidade de São Paulo.

*O plantar o novo, como não poderia deixar de ser, leva a uma série de dúvidas e inquições. Estas dúvidas, porém, nunca estiveram ausentes do mundo jurídico, ainda que se haja tentado expulsá-las com teorias formalizadas. As dúvidas e as imperfeições fazem parte de qualquer teoria, mesmo porque nenhuma teoria pode ser dita finalizada.*

(Luiz Guilherme Marinoni)

**Resumo:** Propor, por meio de uma atuação extraprocessual, em processo tipificado, com efeitos endoprocessuais, a alteração de uma parcela significativa da produtividade do *Parquet* brasileiro, em resposta, por um lado, à massificação dos litígios, e, por outro, aos princípios da celeridade e eficiência gravados no inciso LXXVIII do art. 5º, e *caput* do art. 37 da Constituição, sem perda de qualidade da manifestação e sem qualquer acréscimo de custo operacional ou financeiro.

**Palavras-chave:** Aperfeiçoamento da gestão do ofício do *Parquet*. Atuação extraprocessual. Registro antecipado. Efeitos endoprocessuais. Manutenção da qualidade. Inexistência de custo operacional ou financeiro.

**Abstract:** Taking into account the contents of articles 5, LXXVIII, and 37 of the Constitution of Brazil on one hand, and the huge

---

<sup>1</sup> A expressão “hora da razão”, parte do título deste ensaio, foi tomada por empréstimo do Anuário da Justiça de 2012.

amount of legal actions on the other, this essay aims to propose the improvement of the productivity for the Public Prosecution Service in Brazil, by means of external processual procedures that should result in internal processual effects. The adoption of such measures, which should not affect the quality of the work of Public Prosecution Service nor result in an increase of its operational and financial costs, represent an answer to the high number of legal action, as well as to the principles that require efficiency and reasonable length of proceedings, as stated in the above mentioned articles of the Brazilian Constitution.

**Keywords:** Better management of the Public Prosecution Service in Brazil. Extraprocessual action. Advance registration. Endoprocessual effects. Maintaining quality. Lack of operational or financial costs.

**Sumário:** 1 Objetivo. 1.1 Abrangência da proposta. 1.2 Demonstração da viabilidade real de resultados positivos. 2 Suporte formal da proposta. 2.1 Análise do principal suporte formal. 3 Suporte doutrinário. 4 Ferramenta processual. 4.1 Manifestação e intervenção: dois modos distintos de ofício ministerial. 5 O princípio da unidade. 6 Conclusão.

## 1 Objetivo

Considerando que o Brasil já é no mundo “o país com maior número de processos judiciais per capita”<sup>2</sup>, este artigo pretende propor a alteração de uma parcela significativa da atuação do *Parquet* brasileiro nos órgãos do Poder Judiciário, *independentemente do grau onde ocorrer*, bem como no Tribunal de Contas dos Estados e da União, dando efetividade aos princípios constitucionais da celeridade e eficiência gravados no inciso LXXVIII do art. 5º, e *caput* do art. 37, *com atuação ministerial extraprocessual registrada antecipadamente em cartório ou secretaria do órgão judicial*.

<sup>2</sup> Anuário da Justiça de 2014, p. 12: “Desde que o brasileiro passou a exercitar seus direitos, o número de ações que trafega pelo Judiciário subiu mais de 270 vezes, enquanto a população brasileira aumentou por volta de 30%. Em 1988, ano da promulgação da Constituição, eram 350 mil ações em trâmite; 25 anos depois, já eram 92 milhões, segundo o relatório *Justiça em Números* do Conselho Nacional de Justiça. Em 2014, são mais de 100 milhões”.

O título desta primeira seção, além da sua acepção tradicional, que representa aquilo que se propõe atingir ou, agindo, realizar, ganha duplo relevo se pensado como oposto a individual<sup>3</sup>, uma vez que, *primeiro*, a proposta é de atuação ministerial válida para todos os processos que tenham a mesma hipótese legal identificada tanto pelo seu pressuposto fático como pela argumentação jurídica, e não para este ou aquele determinado processo; *segundo*, pressupõe um patamar objetivo de acordo institucional que envolve o círculo de membros afetados pela promoção<sup>4</sup>.

*Síntese do objetivo:* “Grandes responsabilidades pesam sobre aqueles que ficarem aquém de suas oportunidades” (CHURCHILL, 2005, p. 305), motivo pelo qual não se deve perder a ocasião de refletir sobre o estabelecimento, na atividade do *Parquet* como órgão interveniente, de um marco de intersecção entre o agir extraprocessual e o endoprocessual.

### 1.1 Abrangência da proposta

A proposta da nova forma de ofício ministerial dotada de pleno efeito processual (arts. 82, 83 e 84 do Código de Processo Civil) se concretiza por meio de registro antecipado em todos os órgãos do Poder Judiciário (art. 92, CR), inclusive nos juizados especiais (*verbi gratia*, art. 11 da Lei n. 9.099/1995), assim como no Tribunal de Contas da União, onde também tem assento o Ministério Público especial (art. 130, CR).

Fica excluído da proposta o Conselho Nacional de Justiça (art. 92, inciso I-A, da CR), uma vez que, apesar de órgão integrante do Poder

<sup>3</sup> Das seis acepções que constam para “objetivo” no Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia de André Lalande (1993, p. 752), embora na obra se reconheça que “todos estes empregos da palavra são muito equívocos”, pelo menos um (alínea c) consta como “oposto a subjetivo, no sentido de individual”.

<sup>4</sup> Na terminologia utilizada neste trabalho, *promoção* representa o gênero de atuação que envolve as espécies *intervenção* e *manifestação*, cuja distinção será suficientemente estabelecida em tópico próprio, adiantando-se, desde logo, que a primeira – intervenção – contém uma prescrição, enquanto a segunda – manifestação – tem caráter descritivo.

Judiciário, nele não atuam, embora dele façam parte, membros do Ministério Público<sup>5</sup> com função própria.

Na essência, cuida-se de uma proposição que permita ao *Parquet* brasileiro acompanhar a auspiciosa evolução da racionalização que, de há muito, vem ocorrendo no Judiciário, cujos últimos e importantes capítulos estão representados pelas emblemáticas Leis n. 11.417/2006 – que regulou o procedimento de aprovação da súmula vinculante –, n. 11.418/2006 – que regulamentou a repercussão geral no processo submetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal – e n. 11.672/2008, a chamada Lei dos Recursos Repetitivos.

Conforme Marinoni (2000), “É o encontro de um logos” na busca de uma forma que em processos bem tipificados, rompendo com a atuação tradicional exclusivamente endoprocessual, obtenha um incremento na celeridade processual, sem a mínima perda da qualidade e *sem qualquer acréscimo de custo operacional ou financeiro*.

A alteração, se não pode ser aferida de imediato, tem por base a aceitação do provável, se tomados como referência alguns dados recentemente colhidos, disponíveis e, em princípio, inquestionáveis, lançados exclusivamente para demonstrar, em prolepse, *que eventual crítica, sob o aspecto prático, merece menos crédito do que a mudança de atuação ora proposta*.

## 1.2 Demonstração da viabilidade real de resultados positivos

Para se verificar a viabilidade real de resultados positivos, citando-se apenas a Justiça do Trabalho, a Coordenadoria de Jurisprudência publicou recentemente uma relação com 42 temas trabalhistas com repercussão geral reconhecida, que aguardam análise do mérito pelo Supremo Tribunal Federal, conjunto que gerou um acervo de 28 mil recursos extraordinários<sup>6</sup> que, por sua vez, demandou milhares de

<sup>5</sup> Um representante do Ministério Público Federal e um do Ministério Público Estadual.

<sup>6</sup> Dados extraídos do Anuário de 2012 da Justiça do Trabalho, p. 12.

promoções da Procuradoria-Geral do Trabalho, seja nas Turmas, seja nas subseções especializadas, seja no Órgão Especial que compõe o Tribunal Superior do Trabalho.

O tema<sup>7</sup> com maior número de processos sobrestados no Tribunal Superior do Trabalho é o da responsabilidade subsidiária<sup>8</sup>, e o exemplo abaixo – que, para melhor apreciação da premissa de viabilidade em que se lastreia a proposta, vem apresentado num enquadramento sinótico – é sem dúvida pontual, mas, precisamente em razão da sua relativa contemporaneidade<sup>9</sup> e força demonstrativa – de 396 processos julgados numa mesma Sessão, nada menos que 106, o que corresponde a 26% –, poderá oferecer uma correta dimensão do universo a ser alcançado.

1	AIRR-16-61.2011.5.10.0002	54	AIRR-31700-86.2011.5.21.0005
2	AIRR-36-79.2010.5.04.0511	55	AIRR-36240-62.2008.5.01.0225
3	AIRR-50-33.2010.5.08.0000	56	AIRR-40000-98.2006.5.15.0063
4	AIRR-54-79.2010.5.15.0031	57	AIRR-51500-97.2011.5.21.0006

<sup>7</sup> É grande a ocorrência de temas repetitivos, e a hipótese seguinte trata de juros de mora, o que não retira, ao contrário acrescenta, a utilidade de se observarem as informações prestadas no MS-7715-88.2011.5.00.000 pela então ministra vice-presidenta do Tribunal Superior do Trabalho: “Diante desse quadro, solicitou-se à Coordenadoria de Recursos desta Corte que enviasse ao Gabinete da Vice-Presidência todos os processos que haviam sido sobrestados com referência ao tema mencionado, para análise de admissibilidade dos Recursos Extraordinários, uma vez superado o motivo que determinava o sobrestamento, seja pela decisão de mérito da questão atinente à aplicabilidade do art. 1º F da Lei 9.494/97 [...]. Encontram-se em andamento aproximadamente 1.300 (mil e trezentos) processos nessa situação”.

<sup>8</sup> “Quase 11 mil processos aguardam parados que o STF julgue o RE 603.397” (Idem, fl. 13).

<sup>9</sup> Pauta de sessão de uma das oito Turmas do Tribunal Superior do Trabalho realizada no primeiro semestre de 2013.

5	AIRR-74-62.2011.5.05.0371	58	AIRR-53000-27.2007.5.07.0008
6	AIRR-99-86.2011.5.23.0076	54	AIRR-31700-86.2011.5.21.0005
7	AIRR-244-34.2012.5.04.0401	59	AIRR-56100-33.2012.5.21.0005
8	AIRR-245-16.2010.5.10.0015	60	AIRR-56200-86.2009.5.01.0057
9	AIRR-284-92.2011.5.19.0058	61	AIRR-67700-73.2008.5.02.0020
10	AIRR-320-97.2010.5.010.0001	62	AIRR-75100-73.2009.5.01.0007
11	AIRR-340-58.2010.5.11.0002	63	AIRR-91700-15.2009.5.01.0026
12	AIRR-351-84.2010.5.10.0012	64	AIRR-93200-26.2009.5.17.0009
13	AIRR-364-77.2010.5.010.0014	65	AIRR-98600-54.2009.5.04.0018
14	AIRR-393-18.2010.5.10.0018	66	AIRR-104400-43.2009.5.15.0055
15	AIRR-496-79.2011.5.23.0001	67	AIRR-110800-73.2009.5.07.0030
16	AIRR-518-83.2010.5.10.0018	68	AIRR-112900-66.2010.5.16.0013
17	AIRR-531-06.2010.5.10.0011	69	AIRR-113200-04.2009.5.05.0002
18	AIRR-560-75.2011.5.04.0015	70	AIRR-115300-86.2009.5.02.0301

19	AIRR-591-60.2011.5.15.0057	71	AIRR-122900-71.2011.5.21.0007
20	AIRR-628-08.2011.5.15.0051	72	AIRR-125100-51.2011.5.21.0007
21	AIRR-699-54.2011.5.15.0101	73	AIRR-1327-2006-35-01-40-5
22	AIRR-821-97.2010.5.10.0018	74	AIRR-132900-77.2006.5.01.0035
23	AIRR-827-04.2010.5.10.0019	75	AIRR-137300-66.2009.5.05.0020
24	AIRR-880-52.2011.5.14.0402	76	AIRR-146900-71.2009.5.15.0008
25	AIRR-925-20.2011.5.11.0053	77	AIRR-147700-83.2009.5.11.0017
26	AIRR-951-95.2011.5.03.0067	78	AIRR-178200-36.2011.21.0001
27	AIRR-1071-25.2010.5.05.0195	79	AIRR-18630-65.2009.5.15.0017
28	AIRR-1105-22.2010.5.05.0026	80	AIRR-209200-47.2009.5.05.0461
29	AIRR-1130-20.2011.5.10.0007	81	AIRR-217500-64.2009.5.02.0078
30	AIRR-1138-19.2011.5.24.0003	82	AIRR-223700-96.2008.5.01.0451
31	AIRR-1142-56.2010.5.10.0011	83	AIRR-226300-58.2000.5.01.0224
32	AIRR-1148-39.2010.5.10.0019	84	AIRR-298700-91.2005.5.02.0027

33	AIRR-1303-60.2010.5.10.0013	85	AIRR-324485-37.2009.5.12.0027
34	AIRR-1312-13.2010.5.10.0016	86	AIRR-341300-18.2008.5.12.0004
35	AIRR-1538-17.2010.5.10.0011	87	AIRR-3025900-24.2009.5.09.0007
36	AIRR-1494-17.2010.5.15.0062	88	RR-50.17.2011.5.09.0664
37	AIRR-1496-54.2010.5.10.0020	89	RR-285-74.2010.11.0013
38	AIRR-1678-39.2010.5.15.0137	90	RR-1685-92.2010.5.10.0000
39	AIRR-1720-28.2010.5.10.0008	91	RR-4137-75.2010.5.10.0000
40	AIRR-1740-70.2010.5.09.0000	92	RR-16100-18.2009.5.01.0501
41	AIRR-1965-46.2009.5.10.0017	93	RR-17797-07-2010.5.04.0000
42	AIRR-1967-61.2009.5.10.0002	94	RR-69000-33.2008.5.02.0026
43	AIRR-1994-26.2011.5.03.0016	95	RR-93900-57.2009.5.19.0005
44	AIRR-2200-55.2009.5.15.0152	96	RR-101500-98.2011.5.21.0007
45	AIRR-2377-75.2010.5.15.0025	97	RR-1021.1994.053.09.40.2
46	AIRR-2448-93.2010.5.10.0000	98	RR-389-11.2010.5.01.0283
47	AIRR-2731-60.2011.5.12.0054	99	RR-266-28.2011.5.03.0011

48	AIRR-4600-11.2009.5.02.0441	101	RR-623-35.2011.5.22.0004
49	AIRR-8300-70.2009.5.01.0037	102	RR-57300-91.2009.5.17.0005
50	AIRR-18840-32.2006.5.10.0006	103	RR-114900-60.2010.5.17.0191
51	AIRR-20900-15.2010.5.21.0011	104	RR-130800-96.2009.5.17.0004
52	AIRR-21600-77.2009.5.05.0461	105	RR-170900-68.2008.5.12.0004
53	AIRR-25000-77.2009.5.07.0030	106	RR-181600-46.2009.5.15.0017

Com o mesmo tema – responsabilidade subsidiária –, um exemplo ainda mais recente, contudo sob um enfoque algo diverso, demonstra que o quadro continua inalterado.

PAUTA DE JULGAMENTO – 2ª T – 19.2.2014		
Número Processo	Tema	Fls. impressas
AIRR 1430-48.2010.5.02.0036	Responsabilidade subsidiária	2
AIRR 57-82.2010.5.02.0035	Responsabilidade subsidiária	2
AIRR 162-67.2012.5.04.0121	Responsabilidade subsidiária	1
AIRR 228-92.2012.5.04.0203	Responsabilidade subsidiária	1
AIRR 273-54.2011.5.04.0002	Responsabilidade subsidiária	1
AIRR 600-16.2010.5.01.026	Responsabilidade subsidiária	2
AIRR 736-87.2012.5.09.0659	Responsabilidade subsidiária	1
AIRR 859-85.2012.5.09.0659	Responsabilidade subsidiária	2

AIRR 862-07.2011.5.04.0015	Responsabilidade subsidiária	2
AIRR 925-87.2011.5.09.0663	Responsabilidade subsidiária	1
AIRR 943-15.2010.5.19.0001	Responsabilidade subsidiária	3
AIRR 1011-84.2012.5.14.0404	Responsabilidade subsidiária	1
AIRR 1051-63.2010.5.10.0011	Responsabilidade subsidiária	2
AIRR 1053-39.2011.5.15.0082	Responsabilidade subsidiária	1
AIRR 1150-86.2010.5.15.0013	Responsabilidade subsidiária	2
AIRR 1259-07.2010.5.19.0008	Responsabilidade subsidiária	1
AIRR 1293-05.2011.5.04.0512	Responsabilidade subsidiária	2
AIRR 1298-30.2011.5.04.0511	Responsabilidade subsidiária	1
AIRR 1357-69.2010.5.05.0561	Responsabilidade subsidiária	2
AIRR 1376-95.2011.5.10.0013	Responsabilidade subsidiária	1
AIRR 1457-22.2010.5.01.0048	Responsabilidade subsidiária	1
AIRR 1503-47.2011.5.09.0664	Responsabilidade subsidiária	1
AIRR 1534-79.2011.5.04.0511	Responsabilidade subsidiária	1
AIRR 1968-08.2011.5.15.0044	Responsabilidade subsidiária	1
AIRR 2300-79.2011.5.11.0013	Responsabilidade subsidiária	2
AIRR 66300-42.2007.5.02.0090	Responsabilidade subsidiária	1
AIRR 77800-76.2008.5.01.0065	Responsabilidade subsidiária	2
AIRR 92000-73.2012.5.17.0010	Responsabilidade subsidiária	1
AIRR 142600-66.2009.5.01.0037	Responsabilidade subsidiária	1

AIRR 181400-06.2008.5.02.0318	Responsabilidade subsidiária	2
AIRR 263300-52.2006.5.04.0018	Responsabilidade subsidiária	2
AIRR 326600-80.2009.5.04.0018	Responsabilidade subsidiária	2
AIRR 4000059-19.2011.5.03.0100	Responsabilidade subsidiária	1
RR 634-73.2011.5.03.0075	Responsabilidade subsidiária	1
RR 706-37.2010.5.05.0464	Responsabilidade subsidiária	1
RR 784-46.2012.5.03.0034	Responsabilidade subsidiária	1
RR 1251-50.2010.5.04.0201	Responsabilidade subsidiária	1
RR 1471-82.2010.5.03.0037	Responsabilidade subsidiária	2
RR 1603-45.2010.5.03.0036	Responsabilidade subsidiária	1
RR 2066-43.2011.5.03.0006	Responsabilidade subsidiária	1
RR 2138-42.2010.5.02.0087	Responsabilidade subsidiária	1
RR 97900-22.2009.5.02.0281	Responsabilidade subsidiária	2

Do total de 65 cotas – manifestações simplificadas da promotoria do trabalho –, 42, que representam 64%, tinham como tema a responsabilidade subsidiária, num total de 83 folhas utilizadas.

Da mesma fonte anuária da Justiça do Trabalho (2012), apenas em mais um exemplo, a “controvérsia em torno do recolhimento do FGTS em casos de contratação de servidor público” é responsável por um estoque de 7 mil processos no Tribunal Superior do Trabalho.

Não fosse suficiente essa amostragem, seria possível, a fim de superar qualquer resistência sobre o potencial prático da proposta de agilizar, ao menos um pouco, a “justiça do século XXI”, fazer uma remissão ao primoroso trabalho apresentado na monografia “Demandas repetitivas decorrentes de ações de omissões da adminis-

tração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição”, em que a autora faz uma demonstração qualitativa do número de processos repetitivos no tocante aos 28,86%<sup>10</sup> e aposentadoria especial<sup>11</sup>.

O panorama, seguindo a mesma trilha, não é menos extenso no Superior Tribunal de Justiça, pois, “mesmo com o rito processual que permite julgar casos-paradigma cujo tema de fundo se repete em centenas de milhares de processos a demanda aumentou” (ANUÁRIO DA JUSTIÇA DO TRABALHO, 2012, p. 15), sendo crível estimar que, naquele ramo do Judiciário, a Lei n. 11.672/2008, que já no ano de 2011 tinha filtrado 352 recursos<sup>12</sup>, *represou até o momento nos Tribunais de Justiça centenas de milhares de recursos especiais, todos, claro, contendo promoção ministerial*.

Estão vocacionados à manifestação ministerial antecipada não só os milhares de processos apreendidos pelos filtros das súmulas vinculantes, repercussão geral e recursos repetitivos, mas igualmente os que são objeto de enunciados de súmulas ou orientações jurisprudenciais dos tribunais superiores, dos tribunais de justiça dos estados ou regionais federais, os incidentes de unificação de jurisprudência, assim como todos aqueles, inclusive com tramitação em varas, que tratem de tema específico já pacificado e com *fattispècie* definida<sup>13</sup>.

10 Trata-se de matéria atrelada ao Direito Administrativo que diz respeito à remuneração de servidor público onde se pleiteia, com base na existência de omissão legislativa, a extensão do reajuste de 28,86% previsto nas Leis n. 8.622 e n. 8.627, ambas de 1993.

11 Em que se discutem judicialmente os parâmetros utilizados pelo Instituto Nacional para a concessão de aposentadoria com a conversão do tempo especial em comum pelo fator multiplicador previsto na legislação em vigor à época da atividade. Discussão a respeito do termo final da conversão.

12 “Quanto aos processos julgados sobre o rito dos recursos repetitivos – que orientam os tribunais do país acerca de matérias presentes em grande número de demandas – foram submetidos a julgamento 294 recursos [...]. Há ao todo 58 recursos repetitivos aguardando julgamento.” (Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 dez. 2011). Em 2013, o quadro, como era de se esperar, só se agravou, com 578 julgados e 127 aguardando julgamento.

13 Acrescentem-se outros exemplos de veio inescotável: cobrança de comissão de permanência em contratos bancários e direito dos defensores públicos estaduais

Destaque-se que, no Superior Tribunal de Justiça, têm adequação, por antonomásia à atuação ministerial antecipada, as matérias submetidas às Turmas julgadoras de Direito Público que, é comum observar – *verbi gratia*, na hipótese de cobrança de Imposto de Renda sobre valores de complementação de aposentadoria, ou da validade como notificação de lançamento tributário da remessa ao endereço do contribuinte do carnê de pagamento do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) –, têm a mesma hipótese legal com enquadramento fático invariável.

Observe-se que o agir proposto não precisa representar um fator de congelamento doutrinário do *Parquet*, pois pode ser, ao contrário, sincrônico à evolução jurisprudencial – “O Direito tem suas épocas. Divertida Justiça esta que um rio ou uma montanha baliza. Verdade aquém, erro além dos Pirinéus” (ENGLISH, 1983, p. 16) –, basta que, é algo por demais evidente, a instituição delibere seu acompanhamento<sup>14</sup>.

## 2 Suporte formal da proposta

Constituem suporte formal da proposta, na Carta de Outubro, o art. 5º, inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, e o art. 37, *caput*: “A admi-

---

de receber honorários advocatícios. Também se incluem aqui todos os interesses metaindividuais em áreas diversas, ainda que demandados em ações individuais e não ações civis públicas. Ainda, sistema financeiro de habitação; defesa dos investidores no mercado de capitais; deficientes físicos; criança e adolescente; defesa do consumidor, saúde pública; proteção ao idoso.

14 Calha pôr em destaque que aconteceu, em setembro de 2012, a 2ª Semana do Tribunal Superior do Trabalho, na qual houve, tão somente no tocante às súmulas, 68 propostas de revisão, 18 propostas de cancelamento, 14 propostas de edição e 3 propostas de restabelecimento, farta composição nova ou renovada de jurisprudência consolidada com importância relevante o suficiente para provocar no Ministério Público do Trabalho uma reflexão sobre a revisão da posição institucional que cada tema deve merecer. Posteriormente, em maio deste ano, pela Resolução n. 194, foi alterada a Súmula n. 262, convertidas treze orientações jurisprudenciais em súmulas e cancelado um número igual de orientações jurisprudenciais.

nistração pública [...] obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

Dão-lhe ainda sustentação, na legislação complementar, a Lei n. 75/1993, especialmente o inciso II do art. 83 e os incisos II e IV do art. 84; na legislação codificada, os arts. 154 e 285 do Código de Processo Civil; na legislação ordinária, a Lei n. 8.625/1993; o art. 38 da Lei n. 8.038/1990 e o art. 62 c/c art. 65 da Lei n. 9.099/1995; na normativa regimental tribunalícia, entre outros, o inciso IV, § 2º, do art. 83 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho; nos órgãos de controle externo da Justiça e do Ministério Público, a Recomendação n. 38 do Conselho Nacional de Justiça, de 3 de novembro de 2011; o Pedido de Providências n. 0.00.000.000915/2007-08 e a Recomendação n. 16, de 28 de abril de 2010, do Conselho Nacional do Ministério Público.

## 2.1 Análise do principal suporte formal

*Art. 5º, inciso LXXVIII:* “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

[...]

*Art. 37, caput:* “A administração pública [...] obedecerá aos princípios [...] (d) e eficiência.” (CR/1988)

A superioridade normativa da Constituição implica, como ensina Canotilho (2003, p. 1148), no princípio da conformidade de todos os atos do poder político com as normas e princípios constitucionais, entre estes, o da celeridade e eficiência nos julgamentos, e, entre aquelas, a do agir de uma instituição com assento constitucional e integrada por agentes com *status*, segundo reconhece a doutrina, de agentes políticos com “racionalidade e aproveitamento máximo das potencialidades existentes” (RODRIGUES, [2012?], p. 91).

Ressalte-se que a conformidade entre os princípios constitucionais ressaltados – sobretudo o da celeridade – e uma evolução no agir institucional é uma deferência que se há de prestar à racionalidade que vem

empolgando, ainda que passível de críticas, como se indicará em seu momento, inevitavelmente, todo o Judiciário brasileiro, como é exemplar, de *lege ferenda*, o art. 882 do projeto do Código de Processo Civil<sup>15</sup>.

*Lei n. 8.625/1993 e Lei Complementar n. 75/1993, especialmente o inciso II do art. 83 e os incisos II e IV do art. 84*

Tal como se verá na sequência, em razão do princípio da instrumentalidade, os atos e termos processuais não dependem de forma determinada e, com efeito, na Lei n. 8.625/1993 – que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados – não há dispositivo que trate da matéria, *dotando, portanto, de liberdade o modo operacional do ofício ministerial*.

Na Lei Complementar n. 75/1993, por sua vez, há um único dispositivo quanto à forma do ofício ministerial, no inciso IV do art. 84, que, na parte final, faz referência a emissão *de parecer escrito*. Essa circunstância poderia ser irrelevante para o presente estudo, já que a ferramenta ora proposta, como se verá a seu tempo, adota a forma escrita, não fosse a oportunidade para esclarecer, em campo próprio, uma importante conexão operacional do Ministério Público que decorre do modo de intervir e de se manifestar.

*Art. 154 do Código de Processo Civil:* “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir [...]”

Como é de conhecimento geral, os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, e, no caso do Ministério Público da União, só há regra que exige a forma escrita, mesmo assim na hipótese de intervenção para o Ministério Público do Trabalho no art. 84, inciso IV (LC n. 75/1993).

<sup>15</sup> “Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à Súmula da jurisprudência dominante.”

*Art. 285-A do Código de Processo Civil*

A Lei n. 11.277 de 2006, em mais uma resposta do legislador às constantes crises do Poder Judiciário brasileiro, marcadas pelo acúmulo crescente do volume de processos, acrescentou o artigo em comento à Lei n. 5.896/1973, cujo *caput* dispõe que quando “a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de *total improcedência em outros casos idênticos*, poderá ser dispensada a citação e proferida a sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada” [grifo nosso].

A despeito da consistência da crítica que se possa desferir em face do dispositivo em sede doutrinária, evidenciada por epítetos como “sentença emprestada”<sup>16</sup> ou sentença-tipo, o fato incontestável é que, hipótese *legis*, mesmo que se trate de causas de intervenção obrigatória pelo *Parquet* (art. 82 do Código de Processo Civil), o art. 84 do Código de Processo Civil está derogado.

O que de fato não pode ser negado é a evidência de que o *dictum* normativo – ainda que, insiste-se, sem aceitação tranquila de parte da doutrina que inquina a norma em comento de inconstitucional por alegada violação ao devido processo legal, ao acesso à Justiça, à ampla defesa e ao contraditório – radicalizou quanto à necessidade/obrigatoriedade da atuação do Ministério Público, tendência que já estava de algum modo presente como embrião, dependendo da fase de desenvolvimento do processo, no art. 330 do Código de Processo Civil.

*Art. 38 da Lei n. 8.038/1990*

A precedência no exame do art. 285-A sobre o ora em comento<sup>17</sup> não responde apenas ao estatuto de um Código de Processo Civil frente a uma lei esparsa.

<sup>16</sup> Por toda a crítica, inclusive à nova racionalidade processual configurada pelas alterações legislativas antes mencionadas: “Sentença emprestada: uma nova figura processual”, por Paulo Roberto Gouvêa Medina (RP 135/152); “A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro. Lei n.º 11.277”, por Jean Carlos Dias (RDDP 37/63).

<sup>17</sup> “Art. 38. O relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá de pleno o pedido ou recurso que haja perdido seu objeto, bem como

Isso porque, sob o enfoque processual, se os dispositivos são semelhantes quando autorizam o julgamento sumário do mérito do processo, sem que haja sequer a citação do réu, e a *fortiori* sem audiência do Ministério Público, a diferença reside no fato de que, neste nos Tribunais Supremo e Superior de Justiça, as súmulas são aplicáveis não só a si próprios mas também aos demais órgãos jurisdicionais, sob o pálio do § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil.

A precedência, portanto, do art. 285-A em relação ao art. 38 da Lei n. 8.038/1990 deve-se a sua radicalidade, pois o desfecho do processo no primeiro grau ocorre como se vigente o sistema de súmula vinculante, porém, sem súmula.

*Art. 62 c/c art. 65 da Lei n. 9.099/1995*

Dispõe o art. 62 que o processo perante o Juizado Especial, onde tem assento o Ministério Público pelo art. 11<sup>18</sup> e parágrafo único do art. 57<sup>19</sup>, orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e *celeridade*, enquanto o art. 65, fazendo remissão aos critérios constantes do primeiro, estipula que os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados.

Apela o legislador, portanto, apoiado no princípio da celeridade, à efetiva cooperação processual do Ministério Público com o Judiciário, e não a um reclamo abstrato de promoção individual e formalizada.

*Art. 83, § 2º, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho*

O reconhecimento de que determinada *vexata questio* enquadra-se em tema pacificado na jurisprudência atrai a incidência do não envio do processo à Procuradoria-Geral do Trabalho, conforme a parte final

negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou imprecedente, ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.”

<sup>18</sup> “Art. 11. O Ministério Público intervirá nos casos previstos em lei.”

<sup>19</sup> “Parágrafo único. Valerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.”

(“processos de remessa facultativa que exijam urgência no julgamento ou que versem sobre tema pacificado na jurisprudência”) do § 2º, inciso II, art. 83, do Regimento Interno desta Corte, a critério do Relator, e, a fortiori, se remetido, a desnecessidade de promoção ministerial.

*Recomendação n. 38, de 3.11.2011, do Conselho Nacional de Justiça*

A recomendação de cooperação judiciária entre os órgãos do Poder Judiciário se estende, conforme expressão literal da Recomendação n. 38, “com a finalidade de institucionalizar meios para dar maior fluidez e agilidade à *comunicação entre os órgãos judiciários e outros operadores sujeitos ao processo*, não só para cumprimento de atos judiciais, mas também para harmonização e *agilização de rotinas e procedimentos forenses*” (inciso I).

“Os pedidos de cooperação jurisdicional”, que deverão ser prontamente atendidos, consoante o art. 2º do anexo da recomendação em tela, são o instrumento ideal para viabilizar o registro da manifestação-tipo, ou, numa expressão mais acertada, para uma manifestação-hipótese do *Parquet*, principalmente nas ações repetitivas.

*Pedido de Providências*<sup>20</sup> n. 0.00.000.000915/2007-08 e *Recomendação do CNMP n. 16, de 28 de abril de 2010*

Racionalizar e efetuar estudos sobre os resultados do Ministério Público deve estar na ordem diária das Administrações da Instituição com o apoio do Conselho Nacional. Nesses trabalhos, deve a Instituição estar atenta à importância da atuação no segundo grau. Sugerindo a reflexão sobre o tema, não se quer, de forma alguma, mitigar o que não pode ser mitigado ou deixar de atuar no que tem, realmente, repercussão social e interesse público. (Conselheiro do CNMP Cláudio Barros Silva)

A Comissão de Preservação da Autonomia do Ministério Público, no Pedido de Providências n. 0.00.000.000915/2007-08, que, conforme anota sua ementa<sup>21</sup>, trata da atuação dos membros do

<sup>20</sup> A cópia consultada não possui numeração.

<sup>21</sup> Na íntegra: “**EMENTA** PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. ATUAÇÃO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO SEGUNDO GRAU. NECESSIDADE DE PERMANENTE DISCUSSÃO INTERNA DOS MEMBROS E DA INSTITUIÇÃO. INICIATIVA DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO

Ministério Público no segundo grau, cuja *ratio*, porém, determina a generalização, provoca a instituição a “romper com praxes ultrapassadas, burocráticas e desassociadas de sua atuação, *em busca de novas práticas, por vezes até desconhecidas*, mas mais próximo da realidade social e da efetividade do direito”<sup>22</sup>.

Segue-se que, na mesma convocação,

[...] a velocidade imposta à vida contemporânea, que se manifesta pelas transformações sociais, pela virtualidade das comunicações e do próprio processo, exige a efetiva adequação institucional ao seu tempo. Anseia a sociedade por uma justiça menos burocratizada, construída ao longo do tempo em modelos anacrônicos e excessivamente formais, onde a adequação ao mundo contemporâneo se faça presente, efetivamente<sup>23</sup>.

Acrescente-se, ainda da mesma fonte, à guisa de conclusão deste raciocínio preambular sobre o exame do conjunto dessa normativa, que

[...] questões referentes à atuação do Ministério Público em segundo grau [*rectius*: em todos os graus do Judiciário], inegavelmente, são de grande relevo e importância nas discussões institucionais. Cada vez mais deve o Ministério Público brasileiro privilegiar o exame desse tema e análise dos seus dados e dos seus resultados, em razão dos seus movimentos, refletindo sobre o custo social da Instituição e sobre a repercussão de suas práticas no contexto social brasileiro.

Idêntica orientação se pode extrair dos *considerandos* que justificam a Recomendação do CNMP n. 16, de 28 de abril de 2010, a

---

PÚBLICO PARA ESTABELECEER SUGESTÕES PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE DISCUSSÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ANÁLISE DE INFORMAÇÕES SOLICITADAS E REPASSADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO. PROPOSTA PARA ENCAMINHAMENTO E CONSTRUÇÃO DE NOVO MODELO PARA O APROVEITAMENTO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE ATUAM NO SEGUNDO GRAU, POR SEU PREPARO TÉCNICO E EXPERIÊNCIA. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS JULGADO PROCEDENTE”.

<sup>22</sup> Pedido de Providências n. 0.00.000.000915/2007-08.

<sup>23</sup> Item 2 da Ementa. A cópia consultada também não possui numeração.

qual dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil. Transcreve-se:

CONSIDERANDO a necessidade de *racionalizar* a intervenção do Ministério Público no Processo Civil, notadamente em função da utilidade e efetividade da referida intervenção em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis; CONSIDERANDO a necessidade e, como decorrência, a imperiosidade de (re)orientar a atuação ministerial em respeito à evolução institucional do Ministério Público e ao perfil traçado pela Constituição da República (artigos 127 e 129), que nitidamente priorizam a defesa de tais interesses na qualidade de órgão agente; [...] [grifo nosso].

A proposta que ora se apresenta é exatamente a de uma ruptura com um modelo que, se não anacrônico para algumas hipóteses de processos, pode ao menos ser aperfeiçoado com a implementação de uma racionalidade que evite a remessa desnecessária, ainda que num futuro imediato somente virtual<sup>24</sup>, de processos para emissão de pareceres em matérias que se inscrevam na tipologia recortada por “questões predominantemente de direito”; repetitivas; matéria controversa unicamente de direito; tema pacificado e afins. Racionalidade ou irracionalidade, que parece já ocorrer<sup>25</sup>, para o bem ou para o mal<sup>26</sup>,

24 Não se desconhece que os tribunais superiores, a exemplo do Tribunal Superior do Trabalho, estão em estágio avançado na implantação do PJe; porém, também não se pode desconhecer as dificuldades, não só internas (implantação do mesmo sistema nas mais de mil varas espalhadas pelo País) como externas (disseminação da banda larga).

25 “Também, ao examinar as informações que foram repassadas, destaca-se o número dispare de manifestações, por membro do Ministério Público com atuação em segundo grau. Em algumas unidades, como, por exemplo, o Ministério Público do Estado de Alagoas e do Estado do Amazonas, o volume médio mensal de processos por membro é muito pequeno. No Ministério Público alagoano foram feitas no período, em média, no cível, 7,83 manifestações por membro e, no crime, 11,63 manifestações. No Ministério Público amazonense, no período examinado, foram feitas 9,05 manifestações no cível, em média por membro, 12,78 em matéria criminal e 20,60 em matéria especializada.” (Pedido de Providência n. 0.00.000.000915/2007-08, cópia sem numeração).

26 “Não há como se pensar que se tenha estrutura formal, com profissionais extremamente qualificados e experientes, com suporte técnico dos serviços auxiliares, que caracterizam a qualificação dos recursos humanos que dispõe o Ministério Público, para atuação

em vários ramos do Ministério Público, como se extrai das informações constantes das notas 25 e 26 aqui citadas, e registradas no Pedido de Providência n. 0.00.000.000915/2007-08.

Justo por isso, preconiza, ainda uma vez, o conselheiro Cláudio Barros Silva em relação ao Ministério Público brasileiro, que

[essas] questões devem ser objeto de exame mais apurado, onde deveria ser destacada a necessidade de estruturação com recursos materiais e humanos, que permitiria melhores resultados, com custos menores e, também, a otimização, em razão do custo da instituição e do comprometimento com os percentuais da Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>27</sup>.

Conforme Recomendação n. 16 do CNMP, fl. 10,

Impõe-se, por conseqüência, que tenhamos a noção clara e exata do limitado tamanho da Instituição e o que, necessariamente, deve ser feito pelos seus membros, a fim de que o Ministério Público possa ser, realmente, essencial, não pela quantidade de suas intervenções, mas sim, e especialmente, pela qualidade da sua presença, em função da sua utilidade e da sua efetividade e, também, pela presença marcante na defesa dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis.

A essas razões, que parecem ser suficientes para um “posicionamento funcional mais crítico”, ainda se poderia acrescentar, necessariamente por força da fonte de que dimanam, o que consta nos arts. 6º e 7º, respectivamente, da Recomendação CNMP n. 16, à folha 13. Transcreve-se em nota<sup>28</sup>.

em ambientes próprios, com estrutura material necessária, para atuação, como em algumas unidades dos Estados, de média mensal, por membro, entre dez (10) e vinte (20) pareceres por mês”. No Estado do Ceará, perante “as Câmaras Cíveis reunidas atuam duas (2) Procuradoras de Justiça que participam da distribuição e recebem cada, em média, dois (2) processos por mês.” (Pedido de Providência n. 0.00.000.000915/2007-08, cópia sem numeração – grifo nosso).

27 Pedido de Providências n. 0.00.000.000915/2007-08.

28 “Art. 6º Recomenda-se, ainda, que as unidades do Ministério Público, respeitada a autonomia, disciplinem a matéria da intervenção cível, também por ato interno, preservada a independência funcional dos membros da Instituição, sem caráter normativo ou vinculativo, nos termos acima referidos.

### 3 Suporte doutrinário

Na doutrina jurisprudencial colhe-se, mesmo no campo penal, onde a aplicação de uma atuação prévia deve ser concretizada com as cautelas derivadas de uma tipologia mais rígida, as palavras do relator ministro Nelson Jobim<sup>29</sup>, cujo caráter pedagógico aconselha sua transcrição, se pensadas para o fenômeno da demanda massificada, *verbatim*: “são absolutamente inadequados os instrumentos tradicionais que vêm de um fundamentalismo acadêmico que nada tem a ver com a realidade histórica [...]”.

Segue na mesma alheta e também na ADIn citada o posicionamento do ministro Sepúlveda Pertence ao elucidar que, “aliás, esse vício de tratar fenômenos de massa como se fossem individuais não para no processo penal. Veja Vossa Excelência a discussão sobre a proposta de Súmula Vinculante”<sup>30</sup>.

A lição citada serve para demonstrar a aplicação da proposta de manifestação antecipada também no processo penal, ainda que *cum grano salis*, como por exemplo nas varas especializadas no julgamento de processos contra integrantes do crime organizado<sup>31</sup>, cuja criação foi saudada pelo ex-secretário de Reforma do Judiciário Pierpaolo Bottini como positiva por favorecer um “olhar mais contextualizado”,

---

Art. 7º Recomenda-se que as unidades do Ministério Público, no âmbito de sua autonomia, priorizem o planejamento das questões institucionais, destacando as que, realmente, tenham repercussão social devendo, para alcançar a efetividade de suas ações, redefinir as atribuições através de ato administrativo, ouvidos os Órgãos Competentes, e, também, que repensem as funções exercidas pelos membros da Instituição, permitindo, com isto, que estes, eventualmente, deixem de atuar em procedimentos sem relevância social, para, em razão da qualificação que possuem, direcionar, na plenitude de suas atribuições, a sua atuação na defesa dos interesses da sociedade”.

29 ADI 1.570/UF, p. 79.

30 Idem.

31 O STF declarou, na ADIn n. 4.414, válida a Lei n. 6.806/2007 do Estado de Alagoas, que abre precedente para outros Estados criarem varas colegiadas destinadas exclusivamente a processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas.

já que, “ao se especializarem, os juízes [*rectius*: promotores] acumulam conhecimento, o que facilita o julgamento”<sup>32</sup>.

Desta constatação – a especialização como fator importante não só para a celeridade como também para a eficiência – decorre logicamente a probabilidade da cristalização de entendimento ministerial sobre determinado tema, possibilitando seu registro no cartório e a desnecessidade de atuação individualizada em cada processo.

Pela mesma razão nuclear, as atuações das promotorias do trabalho junto às Varas Especializadas em Acidentes do Trabalho e de Execução Fiscal na Justiça Especializada<sup>33</sup>, que tendem a aumentar, são clientela natural da proposta ora lançada.

Em insuperável reforço a toda argumentação desenvolvida, colhe-se, *verbatim*:

Deixei de ouvir o Ministério Público Federal, uma vez que em inúmeros outros casos que versavam sobre a mesma questão, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela legitimidade do *Parquet* para propor ação civil pública contra os TARES, firmados entre o DF e empresas privadas, tendo em vista a defesa do patrimônio público. Menciono, dentre outros, os seguintes processos: [...] (RE n. 576.155/DF, rel. min. Ricardo Lewandowski).

### 4 Ferramenta processual

Nos limites gizados para esta oportunidade, é de se admitir que o caminho mais prático para o registro da posição institucional do Ministério Público em processos repetitivos é aquele, ou similar,

---

32 STF valida vara de crime organizado. *Correio Braziliense*, Brasília, 1º jun. 2012. 1º Caderno, p. 8.

33 Resolução n. 63, de 28 de maio de 2010, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Observando-se que nas Varas de Execução Fiscal, em coerência com o que consta abaixo com relação às contribuições previdenciárias do INSS, ter-se-ia manifestação ministerial exclusivamente com relação à execução de multas administrativas decorrentes de infração à legislação trabalhista.

que foi em certa oportunidade utilizado pela Procuradoria-Geral do Trabalho<sup>34</sup>, relativo aos processos do INSS<sup>35</sup>.

A diferença de qualidade entre o precedente citado e a presente proposta é que, embora em ambas as hipóteses não haja remessa do processo ao Ministério Público, no precedente não há promoção, enquanto na presente proposta haverá anotação da manifestação pelos tribunais ou varas nos respectivos acórdãos e sentenças da posição enunciativa ministerial sobre o tema, uniforme e antecipadamente registrada nos cartórios ou secretarias por qualquer meio oficial, inclusive por ofício.

À míngua, todavia, por qualquer razão do referido instrumento ou de qualquer outro entabulado entre o órgão judiciário e o *Parquet* que adjunto oficia, há a conveniência de se utilizar do protesto ou notificação previsto no art. 867 do Código de Processo Civil (“Todo aquele que deseja prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal [...]”), que ostenta caráter de jurisdição voluntária e permite a expressão ou a comunicação de vontade da pessoa ou instituição tão somente para manifestar qualquer intenção de modo formal.

Sem dúvida, o aspecto mais relevante é precisamente a dispensa da manifestação do *Parquet* se ligar a determinado processo, *seja atual, seja ulterior*, e toda providência se esgota no encaminhamento ao requerido

<sup>34</sup> Foi informado ao Tribunal Superior do Trabalho, por meio do ofício n. 95/2009, pelo Procurador-Geral do Trabalho, que “os Procuradores que atuam nesta Procuradoria-Geral manifestaram entendimento de que não serão exarados pareceres nos processos onde figure como parte ou terceiro interessado o INSS ou União, representada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, quando a discussão se referir a crédito tutelável mediante execução fiscal, tendo por objeto o recolhimento de contribuição previdenciária”. Posteriormente, o TST, por meio de Ato da Presidência, deixou de remeter esses processos ao Ministério Público.

<sup>35</sup> Na mesma Sessão do TST que serviu de referência para a elaboração da tabela anteriormente estampada, havia 11 processos do INSS para os quais, em razão do expediente descrito acima, foi desnecessária a promoção: AIRR-1366-16.2010.04.0381; AIRR-1708-88.2010.5.12.0030; AIRR-2635-15.2010.5.6.0000; AIRR-13800-03.2011.5.13.0009; AIRR-52500-85.1997.5.04.0010; AIRR-67500-88.2010.5.21.0013; RR-123200-49.2009.5.02.0066; RR-170900-61.2009.5.02.0085; RR-223900-40.2009.5.15.0076; RR-59500-90.2006.5.02.0491; RR-71700-78.2007.5.04.0026.

da manifestação apresentada pelo notificante que, sendo o *Parquet*, está por certo isento de custas (art. 872, CPC) e, dada sua característica não especificamente cautelar, está fora de cogitação a aplicação do art. 806 do Código de Processo Civil.

Autorizada literatura não rejeita, ainda que excepcionalmente, os efeitos jurídicos na sua atividade conservativa no campo processual<sup>36</sup>, tal como se pretende para a hipótese proposta.

#### 4.1 Manifestação e intervenção: dois modos distintos de ofício ministerial

Malgrado não conste da LOMPU uma menção expressa, convém extrair uma nítida linha de demarcação entre duas distintas atividades que o Ministério Público exerce no processo na função de *custos legis*, que são a manifestação e a intervenção.

A construção linguística, com campo semântico bem delimitado, como se buscará demonstrar, apesar de particularizada, uma vez que consta da seção I, Capítulo II, Título II, da Lei Complementar n. 75/1993, que trata do Ministério Público do Trabalho, *deve ser aplicada a todos os ramos do Ministério Público brasileiro em razão da aplicação do princípio constitucional da unidade*.

A distinção, como norma implícita e atendendo à exigência de validade<sup>37</sup>, pode ser deduzida do texto legal<sup>38</sup> – inciso II, art. 83 –,

<sup>36</sup> “Tanto o processo protestativo quanto o notificativo e o interpretativo são produtivos de efeitos jurídicos no plano do direito material, *raramente no processual*.” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 160).

<sup>37</sup> Riccardo Guastini, ao tratar das classes de normas implícitas, elenca como primeira aquela “norme che possono essere validamente inferite a partire dalle norme esplicite secondo schemi di ragionamento logicamente validi e senza l’aggiunta di ulteriore premese (cioè senza l’impiego di premesse che non siano norme esplicite)” (*Teoria e dogmatica delle fonti*, p. 18).

<sup>38</sup> “Art. 83 [...] II – manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção.”

mas não só, já que é possível demonstrar sua coerência sistêmica com o inciso IV do art. 84 da lei antes referida, quando estabelece a obrigatoriedade de que o *Parquet* trabalhista seja cientificado “pessoalmente das decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, nas causas em que o órgão tenha *intervindo* ou emitido parecer por escrito” [grifo nosso].

Nesse inciso, no qual o significado categorial<sup>39</sup> da conjunção alternativa que enlaça as unidades “que tenha *intervindo*” e “parecer por escrito” exprime equivalência, a razão da exigência de intimação pessoal é o exame, para efeito de eventual recurso, da repercussão da proposta prescritiva<sup>40</sup>, anteriormente feita pela promotoria do trabalho, na decisão *sub examine*.

Não sendo possível ignorar que os discursos prescritivo e descritivo são, segundo o ponto de vista pragmático, reciprocamente excludentes, parece oportuno dar nomes distintos a atividades da promotoria do trabalho fundamentalmente diferentes.

Extraindo da norma que a intervenção é a participação da promotoria que contenha ao menos uma proposição prescritiva, ou seja, ao menos a proposição de um comportamento, essa expressão será reservada à formalização pelo Ministério Público de uma conduta, processual ou material, entendida como aquela cuja execução possa ser empiricamente verificável.

Quando existente uma fiscalização aprovativa, tácita ou expressa, com o emprego de uma proposição descritiva ou uma atividade meramente enunciativa, utilizar-se-á a expressão *manifestação*, introduzindo uma terminologia só parcialmente *ad hoc*, porque foi empregada, nesse sentido, pelo legislador na hipótese do inciso II do art. 83 da LOMPU.

<sup>39</sup> Significado categorial, segundo a definição de Evanildo Bechara, é o que corresponde ao como da apreensão do mundo extralinguístico, a forma de intuição da realidade ou, ainda, o modo de ser das palavras no discurso. (*Moderna Gramática Portuguesa*, p. 109).

<sup>40</sup> “Generalmente parlando, si dice prescrittivo (direttivo, precettivo, imperativo) un enunciato la cui funzione sia non già quella di formulare e trasmettere informazioni e conoscenze, bensì quella di modificare, dirigere, influenzare il comportamento degli uomini.” (GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, p. 24).

Por ser norma de Direito formal, é valioso conferir a redação do inciso em tela:

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: [...]; II - *manifestar-se* em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a *intervenção*; [...] [grifos nossos].

Nesse inciso, o legislador, combinando um recurso de dicotomia nominal de natureza lógica e uma técnica redacional repleta de consequências, inseriu duas normas, uma que diz respeito à manifestação, em qualquer fase do processo trabalhista, outra concernente à intervenção quando a promotoria do trabalho entender existente o interesse público.

Por sua vez, no inciso XIII do mesmo artigo, o legislador usou apenas o verbo *intervir* para prescrever a obrigatoriedade da participação da Promotoria do Trabalho “em todos os feitos quando a parte for pessoa jurídica de Direito Público, Estado estrangeiro ou organismo internacional”.

A particularidade do recurso técnico usado na composição redacional no inciso II – motivada, permita-se suspeitar, por uma relevante racionalidade – está dada pelo fato de que a *manifestação* pode, se, e somente se, justificado o interesse público, converter-se em uma *intervenção* e, nesta hipótese, gerar importantes consequências no plano processual e para a proposta ora esboçada, como se verá nos passos ulteriores.

Ao se tratar analiticamente as proposições normativas contidas nos incisos II e XIII, tem-se como elemento geral a finalidade de defesa do interesse público pelo *Parquet* no processo, e, como elemento particular, duas formas de defesa de naturezas marcadamente distintas, exigindo diferentes análises com relação às consequências que determinam no processo.

O inciso XIII do art. 83 da Lei Complementar n. 75, que atribui competência ao Ministério Público do Trabalho junto aos órgãos da Justiça do Trabalho, dispõe ser obrigatória “a intervenção da promotoria do trabalho, em todos os feitos no segundo e terceiro graus

de jurisdição, quando a parte for pessoa jurídica de Direito Público, Estado estrangeiro ou organismo internacional”.

A determinação categórica utilizada na norma pressupõe que o legislador considerou a participação do Ministério Público, além do elemento de relevância fiscalizadora no processo – como acontece com a manifestação tratada na primeira parte do inciso II do mesmo artigo –, uma intervenção indispensável ao aprofundamento e certeza da lide controvertida, quando no processo se apresentam as pessoas qualificadas na norma.

Enquanto o citado inciso XIII evidencia a preocupação em proporcionar um maior controle do Estado, por meio do Ministério Público, em litígios que, em razão da qualidade das pessoas envolvidas, o legislador considerou, sem desembaraçar-se de cargas inúteis da tradição<sup>41</sup>, haver interesse público, no inciso II do mesmo artigo, o legislador achou por bem facultar ao *Parquet* uma dupla via: a manifestação e a intervenção.

A instância judicial, sem retirar a autonomia do Ministério Público no exercício da sua função, ou, em outros termos, sem vincular a convicção do *Parquet* na identificação do interesse público em cada caso concreto, além de possibilitar à instituição articular a dupla via mencionada, parece ter justificativa no fato de que, em determinados processos, nos quais aparentemente a decisão possa repercutir no interesse público, o magistrado, obrigado a manter-se reservado, pela exigência de comportamento imparcial, tanto sobre o conflito formalizado quanto sobre as manifestações das partes no processo, provoque o Ministério Público para participar, abstendo-se de tomar iniciativas que revelem, ainda que indiretamente, a formação progressiva de sua convicção.

41 Substancialmente porque, se a União conta para representá-la com a Advocacia-Geral (art. 131 da Constituição da República), os Estados e o Distrito Federal, com seus procuradores (art. 132, *idem*), e as demais pessoas jurídicas de direito público têm suas próprias procuradorias, com advogados recrutados, nos termos da Constituição de 1988 (inciso II, art. 37), por concurso, não há motivo para o exercício de uma intervenção do Ministério Público da União em razão da qualidade das pessoas, como ocorria ao tempo das Constituições Federais de 1946 (art. 126, parágrafo único) e 1967 (art. 138, parágrafo 2º), bastando a manifestação (função de fiscalização) do *Parquet*.

Descer ao étimo *intervenire*, vir por dentro, contribui para compreender a *ratio distinguendi* entre a manifestação e a intervenção que compartilhem o inciso II, pela qual a linha divisória é traçada pela medida do interesse público envolvido, que pode limitar-se à função fiscalizadora da regularidade processual, tácita ou expressa, porém sem proposição quanto ao interesse público material, em posição externa, portanto, à dialética do processo, ou pode vir por dentro, internalizada na dialética, deduzindo uma proposição teleológica.

Um olhar para a expressão *intervir* nos arts. 82 e 83 do Código de Processo Civil, sobretudo o modo imperativo no primeiro (“Compete ao Ministério Público intervir”) e a expressão literal constante do segundo (“Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público [...]), ratifica a distinção aqui preconizada.

Para confirmar que o paralelismo entre intervenção e audiência não é uma passagem de *coq à l'âne*, recorre-se novamente, em razão da sua fecundidade explicativa, ao inciso IV, art. 84, da LOMPU. A norma contida nesse inciso só faz sentido – “ser cientificado pessoalmente das decisões proferidas pela Justiça do Trabalho” – desde que não se force em nenhuma medida sua literalidade – mediante a presença das razões pelas quais o juiz rejeitou a intervenção ou “parecer” emitido “por escrito” do Ministério Público<sup>42</sup>.

Ao fiscalizar o processo, é de igual importância tanto a manifestação quanto a intervenção do Ministério Público, bifurcação que, longe de ser apriorística, somente é possível, ou é justamente determinada, no momento mesmo da irrupção do juízo, pelo membro do Ministério Público, sobre o concreto interesse público.

Não se pode perder de vista que a estrutura do raciocínio, embora voltada para a legislação de mais de 20 anos, antes, portanto, do início das ondas reformistas do processo civil, é rigorosamente válida para os recursos repetitivos, que devem ter sua contrapartida na manifestação padrão do Ministério Público.

42 Em oposição ao parecer verbal, cuja forma fluida inviabilizaria uma rejeição fundamentada pelo juiz, exceto se tomada a termo, assumindo, portanto, a forma escrita.

Tal como literalmente articulado antes em toda extensão, se a exigência metodológica racional da *intervenção* do Ministério Público só se faz necessária em presença de uma proposição formal sobre o interesse público material ou processual, se já existente jurisprudência consolidada nos tribunais sobre esse mesmo interesse, é suficiente que o Ministério Público emita manifestação enunciativa, não prescritiva.

Em epítome, por uma circunstância acidental – formação de jurisprudência consolidada –, não há objeto juridicamente relevante a ser submetido à *intervenção*, e *sim* à *simples manifestação do Ministério Público*.

## 5 O princípio da unidade

Antes de concluir, evidencia-se que a pedra angular de todo o edifício de racionalização do Ministério Público brasileiro exige uma mudança cultural dos seus integrantes, já que qualquer instituição que deva intervir em políticas públicas, ainda que instrumentais ao processo, não se desenvolverá se não houver tensão dialógica na fixação de um discurso único, eliminando-se, na medida do possível, a mera representação ou ideação individual<sup>43</sup> – algo como “o direito segundo o pensamento” da cada membro da instituição.

## 6 Conclusão

A autorização para repensar a atuação do Ministério Público junto ao Judiciário não exige modificação legislativa, principalmente “*considerando a exclusividade do Ministério Público na identificação*

<sup>43</sup> Crítica que tem tido repercussão na sociedade e no Judiciário: “Essa era a questão, por isso estes autos fizeram todo esse passeio. Inicialmente, a Justiça estadual mandou o processo para a Justiça Federal de primeiro grau que, depois, suscitou conflito negativo de competência. E foi mantido, mas a jurisprudência que se firmou neste Tribunal é no sentido de que, independentemente do provimento ou não de recursos, tendo em vista o interesse da União na matéria, é questão da Justiça Federal. *Até para ter um pouco de coerência, o Ministério Público deveria zelar para que seus pronunciamentos fossem coerentes com a ideia de unidade da Instituição.*” (STF, 2ª Turma, ministro Gilmar Mendes. Relator do Habeas Corpus n. 10.077/Goias. p. 7/11. Grifo nosso).

*do interesse que justifique a intervenção da Instituição na causa*”<sup>44</sup>, liberdade de inovação (“novas práticas, por vezes até desconhecidas” in PP n. 0.00.000.000915/2007-08) tão adequadamente destacada no multicitado Pedido de Providências<sup>45</sup>, que autoriza, parafraseando o relator Cláudio Barros da Silva, ressaltar que, diante da insana quantidade de processos distribuídos nas diversas instâncias do Judiciário, não há mais motivo ou justificativa para evitar a tarefa de repensar a atuação como *custos legis*, que pode ser algo complexo, mas que não só é inevitável como poderá dar alento vital aos membros do Ministério Público brasileiro antes que sucumbam “assoberbado[s] pelo volume processual” (Rec. n. 16, fl. 15).

## Referências

ANUÁRIO DA JUSTIÇA DO TRABALHO 2012. São Paulo: Conjur, 2012.

BECHARA, Evanildo. *Moderna gramática portuguesa*. 37. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lucerna, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CHURCHILL, Winston. *Jamais ceder! os melhores discursos de Winston Churchill*. Selecionado e organizado pelo seu neto Winston S. Churchill. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005.

<sup>44</sup> Sexto CONSIDERANDO da Recomendação CNMP n. 16, de 28 de abril de 2010.

<sup>45</sup> “Todavia, a modificação legislativa das leis de organização, no panorama político-institucional, torna-se praticamente inviável. Assim, o acertamento objetivo das atribuições e das funções, como outros acertamentos democráticos necessários, deve merecer a atenção e a capacidade de criação do Ministério Público nas suas necessárias reflexões voltadas à construção e à consolidação das atribuições dos membros da Instituição. Por certo, será dentro deste espaço de regras de organização institucional que terá de ocorrer o repensar da atuação do Ministério Público em segundo grau. Cabe, no entanto, ressaltar que não há mais motivo ou justificativa para evitar esse trabalho que será extremamente difícil e árduo, mas que poderá dar novo ânimo ao trabalho dos membros da Instituição”.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1983.

GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 2. ed. Martins Fontes: São Paulo, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Vânia Cardoso André de. *Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*. Brasília: CJF, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo: a atual missão institucional. In: LOPES, Cláudio Soares; JATAHY, Carlos Roberto. (Orgs.). *Ministério Público: o pensamento institucional contemporâneo*. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais [2012?].

STF VALIDA VARA DE CRIME ORGANIZADO. *Correio Braziliense*, Brasília, 1º jun. 2012. 1º Caderno, p. 8.

## Características e atribuições do Ministério Público chileno. Breve estudo analítico e comparativo com o Ministério Público brasileiro

Samuel Arruda

Procurador da República em Fortaleza. Professor associado do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Ceará. Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Público pela UFC. Bacharel em Direito e Engenharia Civil.

**Resumo:** O presente artigo busca apresentar as características do Ministério Público chileno cotejando-as com a formação constitucional e legal dada ao Ministério Público brasileiro. São discutidas as formas de recrutamento e as prerrogativas do Fiscal Nacional, as atribuições gerais do Ministério Público chileno e as prerrogativas de seus membros em cada patamar da carreira. Em seguida, abordam-se as vedações, os deveres e responsabilidades dos fiscais chilenos. O escopo principal do trabalho é evidenciar as diferenças existentes entre a organização das instituições nos dois países, permitindo uma compreensão do modelo adotado pelo Chile.

**Palavras-chave:** Ministério Público. Chile. Atribuições. Prerrogativas.

**Abstract:** This article outlines the characteristics of the Chilean Public Prosecutor's Office comparing it with the constitutional and legal framework given to the Brazilian counterpart. It discusses the nature of recruitment and the powers of the Attorney General, the general attributes of the Chilean institution and the powers of its members at each level of authority. The article, then, discusses the prohibitions, duties and responsibilities of the Chilean prosecutors. The main objective of the paper is to show the differences between the legal structure of the institution in the two countries, permitting an understanding of the model adopted by Chile.

**Keywords:** Public Prosecutor's Office. Chile. Attributes. Powers.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Referência constitucional: a lei constitucional n. 19.519 de 1997. 2.1 Do fiscal nacional e da sua designação e destituição. 2.2 Atribuições e prerrogativas do Fiscal Nacional. 2.3 Conselho Geral. 3 Atribuições gerais do Ministério Público chileno. 3.1 A direção da investigação criminal pelo Ministério Público no Chile. 3.2 A titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público chileno e suas peculiaridades. 3.3 O papel do Ministério Público chileno na proteção a vítimas e testemunhas. 4 Órgãos de execução: fiscais regionais e fiscais adjuntos. 4.1 Da escolha dos fiscais regionais e dos atributos desse cargo. 4.2 Fiscais adjuntos. 5 Das proibições, deveres e responsabilidades dos fiscais. 6 Dos vencimentos, direitos e vantagens dos membros do Ministério Público chileno. 7 Conclusão.

## 1 Introdução

Até recentemente, o sistema processual penal chileno fundava-se essencialmente em um modelo inquisitivo clássico, no qual as funções de investigação, acusação e julgamento concentravam-se num órgão judicial<sup>1</sup>. Como se pode imaginar, e como foi sendo paulatinamente reconhecido um pouco por todo o mundo, tal sistema pecava, sobretudo, pela parcialidade do magistrado, que acabava por ficar vinculado psicologicamente à investigação e à acusação que promovera<sup>2</sup>. Sob outro ponto de vista, a ausência de um órgão especializado em funções investigativas e persecutórias diminuía a eficiência do sis-

<sup>1</sup> Para uma breve análise da evolução do sistema processual penal chileno, ver POSTIGO, Leonel González. La oralidad en la etapa recursiva del proceso penal chileno. *Boletín Nexos – CEJA*, Santiago, Diciembre 2014. O autor cita a influência do modelo processual espanhol colonial na estruturação do sistema processual penal inquisitivo no Chile e demonstra que tal modelo foi mantido ao longo de quase todo o século XX e inclusive reforçado nas reformas processuais penais que se fizeram. Apenas em 2005, com o início da vigência das novas regras processuais em Santiago, se pode dizer que o sistema acusatório foi efetivamente implantado em todo o Chile.

<sup>2</sup> Na doutrina brasileira, Grinover, Cintra e Dinamarco (2005, p. 59 e 60) fazem dura crítica ao sistema inquisitivo. Dizem que tal sistema mostrou-se “sumamente inconveniente pela constante ausência de imparcialidade do juiz” e que “por contingências históricas, o processo inquisitivo apresenta as seguintes características: é secreto, não-contraditório

tema, uma vez que os magistrados nem sempre possuíam a formação, a vocação e o tempo adequados para o desempenho dessas atribuições simultâneas. À luz de semelhante modelo, não havia sequer espaço para o florescimento e o desenvolvimento de uma instituição como o Ministério Público<sup>3</sup>.

É mister também recordar que no passado recente o Chile esteve submetido a um brutal regime de exceção, dos mais violentos da América Latina, o que tolheu por longos anos a possibilidade de aperfeiçoamento das instituições democráticas, razão acessória para a tardia reforma constitucional que viabilizou a criação do Ministério Público chileno.

Alguns anos após a redemocratização, o país debatia-se com um crônico problema de ineficiência do sistema judicial. A situação parecia especialmente mais grave no âmbito da justiça penal, o que levou o então presidente da República a afirmar que o quadro “impedia o desenvolvimento econômico do país”, reconhecendo que havia se instalado um modelo de “penalização informal”, associado a um alto número de detenções que simplesmente não eram informadas aos juízos e não decorriam de processo judicial<sup>4</sup>. O diagnóstico parece bastante acurado, principalmente quando se sabe que a ineficiência judicial dá causa à formação dos chamados circuitos de derivação: a utilização de outros meios de obtenção da justiça. Na seara penal,

---

e escrito”. Esses autores acabam por afirmar que em um tal sistema sempre faltarão requisitos essenciais ao reconhecimento do devido processo legal.

<sup>3</sup> Embora no modelo brasileiro o Ministério Público exerça uma série de outras atribuições de grande relevância no plano cível, sobretudo na proteção do patrimônio público e social e na defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, a Constituição Federal brasileira estabelece como função institucional privativa a promoção da ação penal pública. Será esta, sem dúvida, a atribuição mais emblemática do órgão. Daí se conclui que a ausência de atribuição penal esvaziaria de tal forma a instituição que sua essência estaria descaracterizada. É compreensível, portanto, que, em um ambiente de exercício da persecução penal pelo próprio juízo, não haja espaço para o desenvolvimento da instituição do Ministério Público como o conhecemos no Brasil.

<sup>4</sup> Sobre o assunto, ver *Analizando la reforma a la justicia criminal en Chile: un estudio comparativo entre el nuevo y el antiguo sistema penal*, División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión – Ministerio Público de Chile e Vera Institute of Justice, Santiago de Chile, 2004, p. 7.

como o exemplo brasileiro contemporâneo parece demonstrar, o quadro leva à proliferação da mera vingança privada, que estimula a espiral de violência e impede a pacificação social.

Urgia, pois, empreender uma corajosa reforma. As dificuldades, como se pode supor, eram imensas e as resistências apreciáveis, uma vez que havia praticamente 100 anos que não se alterava de forma significativa o processo penal chileno.

Deve-se destacar que todas as mudanças foram exaustivamente debatidas com a sociedade e especialmente com os acadêmicos. Embora patrocinadas e estimuladas pelo Governo, as modificações derivaram em larga medida de sugestões discutidas, maturadas e aperfeiçoadas em fóruns representativos de amplos espectros da sociedade.

Nesse contexto, é importante frisar que a criação do Ministério Público chileno está intrinsecamente relacionada à reforma processual penal. Embora à luz do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro essa tão estreita ligação entre o MP e o processo penal aponte para um estágio preliminar no desenvolvimento das atribuições do órgão<sup>5</sup>, não se pode deixar de considerar que a instituição nem sequer existia no ordenamento chileno, o que torna sua própria criação – por emenda constitucional – um marco considerável no desenvolvimento das instituições naquele país.

## **2 Referência constitucional: a lei constitucional n. 19.519 de 1997**

O Ministério Público do Chile foi criado por meio da Lei Constitucional n. 19.519, de 1997, que introduziu o capítulo VII, “Do Ministério Público”, na Carta Magna chilena. Do ponto de vista topológico, verifica-se que o constituinte pretendeu instituir um

<sup>5</sup> Para uma retrospectiva constitucional do Ministério Público nas Constituições brasileiras e uma análise das funções institucionais do Ministério Público no Brasil, confira SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao art. 127 da Constituição Federal. In: CANOTILHO et al. (Coordenadores científicos) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1519 e seguintes.

organismo autônomo, não ligado diretamente aos demais poderes do Estado. Tanto é assim, que houve uma clara opção de criar um capítulo independente na Constituição, ao lado dos capítulos tradicionais que tratam do “Poder Judicial”, do “Congresso Nacional”, do “Tribunal Constitucional” e do “Governo”.

A própria exposição de motivos do projeto, encaminhada ao Congresso chileno pelo Presidente da República, deixa clara a intenção de estabelecer um órgão “independente em relação aos demais poderes do Estado”<sup>6</sup>. Tal circunstância é enfatizada no corpo do artigo 83 da Constituição, que diz ser o Ministério Público um “órgão autônomo e hierarquizado”. Não se pode, portanto, considerá-lo como um órgão vinculado ou subordinado ao Executivo ou ao Judiciário. Dito isto, é forçoso reconhecer, contudo, que a independência da instituição acaba por ser sensivelmente mitigada pela influência exógena na designação da cúpula do Ministério Público. Tal circunstância é tanto mais grave quanto se observa que o fiscal nacional e os fiscais regionais não são necessariamente membros de carreira da instituição ministerial e detêm o poder de ingerir na atividade processual dos demais membros. Pode-se dizer, inclusive, que o legislador parece haver sido mais zeloso na preservação dessa característica hierárquica do que propriamente na tarefa de assegurar uma plena autonomia da instituição. Maurício Duce destaca que o Ministério Público chileno é uma “organização de caráter piramidal amparada no princípio da obediência hierárquica dos funcionários inferiores com relação a seus superiores”. O mesmo autor ressalta a existência de algumas exceções a tal regra, especialmente nos casos em que as instruções sejam “manifestamente arbitrárias ou atentem contra a lei ou a ética profissional” (DUCE, 2011, p. 134). Tais exceções, contudo, não desnaturam a hierarquização e tornam a instituição chilena marcadamente distinta de sua congênere brasileira.

De toda sorte, o modelo brasileiro, que prestigia a autonomia e a independência do membro em detrimento da hierarquia, sofre

<sup>6</sup> Ver especialmente o Capítulo III da mensagem do presidente da República. O texto completo pode ser consultado em Miquel (2003, p. 15 e ss.).

também críticas da doutrina nacional. Para Marques Neto (2010, p. 156-157), a “exacerbação da autonomia transforma cada promotor num núcleo de exercício autônomo do poder atribuído à instituição”, conduzindo a uma verdadeira apropriação privada do poder. Ambos os extremos são claramente indesejáveis, havendo que coordenar, no Ministério Público brasileiro, os princípios da independência funcional e da unidade da instituição.

## 2.1 Do fiscal nacional e da sua designação e destituição

O Ministério Público chileno é chefiado por um fiscal nacional designado pelo presidente da República com base em lista quántupla elaborada pela Corte Suprema. Conforme se verifica a seguir, o Chile adotou um modelo bastante heterogêneo de designação do chefe do *Parquet*, já que previu a participação de todos os poderes estatais no processo, embora não tenha contemplado uma fase de consulta aos próprios membros ministeriais de carreira. Tal fato decorre, provavelmente, da necessidade de fundar-se e estabelecer-se um órgão completamente novo, cujos membros foram quase todos selecionados simultaneamente, após a efetiva instalação do Ministério Público, e já depois de designado o primeiro fiscal nacional.

Segundo o artigo 87 da Constituição chilena, o procedimento de escolha tem início com a convocação pela Corte Suprema de um “concurso público de antecedentes” para a escolha do fiscal nacional, abrindo inscrições aos candidatos interessados no preenchimento do cargo. Podem postular a função os cidadãos chilenos, com mais de quarenta anos de idade e que tenham obtido habilitação para advogar há pelo menos dez anos, sendo vedada a participação de parentes do presidente da República, até o quarto grau, ou de membros ativos ou aposentados do Poder Judiciário. Como se vê, não há exigência de que o candidato seja membro efetivo da carreira ministerial<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> A percepção dos fiscais chilenos é de que há uma tendência futura de alterar o dispositivo para exigir que o fiscal nacional seja um membro do Ministério Público de carreira. Presentemente, contudo, inserir tal requisito na Constituição seria difícilimo,

A lista quántupla será formada por votação única de todos os integrantes da Corte Suprema, que poderão escolher três candidatos. Integrarão a lista os candidatos que obtiverem a maioria absoluta dos votos. Em caso de empate, realizar-se-á sorteio para definir o(s) último(s) integrantes do rol. Após a formação da lista, esta é encaminhada ao presidente da República, que deve submeter o nome de um de seus integrantes à aprovação do Senado. O fiscal nacional precisa ser chancelado por dois terços dos senadores chilenos, reunidos em sessão especial para apreciação do nome apontado pelo presidente da República. Segundo entendemos, o quórum qualificado para aprovação da escolha do fiscal nacional é bastante salutar. Com isso, exige-se do presidente da República redobrada cautela na escolha e evita-se a excessiva partidarização do processo. De fato, um nome com ligações demasiadamente próximas a um ou outro grupo político dificilmente obterá aprovação de tão elevado número de integrantes do Senado. Em caso de recusa do nome indicado pelo presidente da República, a Corte Suprema deve escolher mais um integrante para completar a lista quántupla, que será novamente submetida ao presidente, repetindo-se o processo até que um dos escolhidos seja aprovado.

Característica interessante do sistema chileno é o elevado grau de participação do Poder Judiciário na escolha do fiscal nacional e dos fiscais regionais. Tal fato, inusitado à luz do sistema brasileiro, parece constituir um resquício do modelo inquisitório, mitigando de certa forma a separação entre as funções de acusação e julgamento, dada a grande ingerência do Poder Judiciário na designação da cúpula do Ministério Público. Daí decorre a relevância da regra que impede a candidatura de magistrados judiciais – da ativa ou aposentados – ao cargo de fiscal nacional. O mecanismo de nomeação do fiscal nacional é criticado por Duce (2011, p. 145-146), que vê uma “tutoria” da Suprema Corte sobre o Ministério Público em contrapartida a um escasso papel do Executivo na nomeação do fiscal nacional. Além disso, e agora analisando os aspectos práticos do procedimento de escolha, o autor constata que nos dois procedimentos de escolha de

especialmente em face da pouca experiência institucional e da baixa idade média dos membros do Ministério Público chileno, todos eles nomeados recentemente.

fiscal nacional, em 1999 e, em menor medida, em 2007, foram observadas dificuldades que demonstram a fragilidade do sistema.

O fiscal nacional será designado para o exercício de um mandato de oito anos, vedada a recondução. O prazo nos parece excessivamente longo, mas tem a virtude de separar completamente o designado da pessoa ou do Governo que o nomeou<sup>8</sup>. No curso de seu mandato, o fiscal nacional só poderá ser destituído do cargo por decisão da Corte Suprema, nas hipóteses de incapacidade, mau comportamento ou negligência manifesta no exercício de suas funções. O requerimento de destituição, que deverá conter uma exposição clara do fato imputado, apenas pode vir a ser efetuado pelo presidente da República, pela Câmara dos Deputados ou por dez dos membros da Corte Suprema. O Tribunal deverá conhecer do pedido em sessão especialmente designada para esta finalidade, e a destituição deverá ser determinada pela maioria absoluta dos membros da Corte, assegurado o exercício do direito de defesa. Como se vê, e ao contrário do que ocorre no sistema brasileiro, a destituição do chefe do Ministério Público é tomada sob forma bem mais técnico-jurídica do que propriamente política, como parece ser o modelo de destituição do procurador-geral adotado na Constituição brasileira<sup>9-10</sup>.

## 2.2 Atribuições e prerrogativas do fiscal nacional

De acordo com a Lei Orgânica do Ministério Público Chileno (Lei n. 19.640/1999), o fiscal nacional concentra um amplo espectro

<sup>8</sup> A Constituição Chilena previa originalmente um mandato de dez anos, que foi reduzido para oito a partir da Lei Constitucional n. 20.050, de agosto de 2005, e que passou a valer para a nomeação do próximo fiscal nacional.

<sup>9</sup> É interessante notar que, no Chile, o requerimento de destituição pode ser efetuado por membros da própria Corte Suprema. Nesse caso estamos diante de um procedimento com nuance inquisitivo: os membros da Corte efetuam o requerimento e ao final o julgam.

<sup>10</sup> Sobre a destituição do procurador-geral da República no sistema brasileiro, confira García, Emerson, *Ministério Público organização, atribuições e regime jurídico*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 157-158.

de poderes e atribuições de ordem administrativa. Assim, compete-lhe, por exemplo, “administrar os recursos assinalados ao Ministério Público”, “controlar o funcionamento administrativo das *fiscalías*”, fixar políticas de investimento e de desenvolvimento institucional e determinar a forma de funcionamento das unidades ministeriais. Tais responsabilidades nos parecem inerentes ao exercício do cargo de chefe da instituição e correspondem, de certa forma, às atribuições conferidas aos chefes do Ministério Público brasileiro.

Há, contudo, prerrogativas que se relacionam ao exercício da atividade-fim do Órgão Ministerial e que nos parecem limitar de certa maneira a independência dos membros. Segundo o artigo 17, *a*, da Lei Orgânica, o fiscal nacional pode ditar “instruções gerais” que estime necessárias ao “adequado cumprimento” das tarefas de condução da investigação e do exercício da ação penal. Assim, em tese, o fiscal nacional pode determinar sejam adotados procedimentos investigatórios padronizados em determinados casos, bem como poderá estabelecer entendimentos jurídicos vinculantes no que diz respeito, por exemplo, à tipificação de determinadas condutas. É vedado ao fiscal nacional dar ordens diretas e específicas a um fiscal determinado, mas nada obsta que sejam fixadas algumas determinações genéricas aplicáveis a casos semelhantes. Essa previsão normativa tem o propósito de velar por uma atuação mais isonômica e uniforme do Ministério Público, diminuindo a possibilidade de ações díspares em situações de fato assemelhadas, mesmo que tal se faça à custa da autonomia do promotor natural<sup>11</sup>.

A lei previu ainda uma possibilidade de avocação, pelo fiscal nacional, das ações penais e procedimentos a cargo dos membros, como forma de preservar a “independência e a autonomia” do Ministério Público. O artigo 18 da Lei Orgânica, que fundamenta essa medida, diz que o fiscal nacional poderá, excepcionalmente, assumir a “direção da investigação e o exercício da ação penal pública” sempre que a posição ou cargo ocupado pelo investigado ou pela vítima tornarem

<sup>11</sup> As instruções gerais do fiscal nacional poderiam ser analogicamente compreendidas como uma “súmula vinculante ministerial”.

a medida necessária para garantir que essas “tarefas se cumprirão com absoluta independência e autonomia”. A medida, assim, poderia ser vista sob um prisma positivo, se a aceitarmos como meio adequado a defender os membros de pressões exógenas ou impedir atuações politicamente motivadas. Contudo, nada garante que a atuação do fiscal nacional preservará melhor a autonomia da instituição. Ao contrário, quer nos parecer que o fiscal nacional se sujeita igualmente – ou ainda em maior grau – a tais pressões, à vista da proximidade do meio político, e pode também, em tese, agir com motivações espúrias ou politicamente orientadas. A avocação, portanto, não deixa de ser uma medida violenta e desproporcional que em nada contribui para garantir a imparcialidade do órgão. É conveniente crescer que as atuações descabidas dos membros sujeitam-se, como é óbvio, à correição e às regras de disciplina, o que permitiria punir o fiscal cuja conduta se mostrasse indigna, sem comprometer de forma tão flagrante a autonomia dos membros.

Não bastasse isso, a lei conferiu, ainda, ao fiscal nacional, a prerrogativa de designar *em caráter excepcional* um fiscal regional determinado, sem atenção às regras ordinárias de atribuição e distribuição dos feitos, para atuar em um caso concreto, seja dirigindo uma investigação, seja promovendo uma ação penal pública. Tal previsão, a nosso juízo, fere de morte o princípio do Promotor Natural e chancela a existência de um verdadeiro “Promotor de Exceção”. Ainda mais quando se considera que a medida poderá ser tomada sempre que “a gravidade dos fatos delitivos ou a complexidade da investigação” o justificarem. Como se vê, a lei deu ao fiscal nacional uma muito ampla discricionariedade, permitindo-lhe não só avocar processos como retirá-los do promotor natural e repassá-los a fiscal certo e determinado, em desatenção à regra da impessoalidade. Ressalte-se ainda que ao fiscal nacional cabe também nomear os fiscais regionais, com base em lista tríplice. Como se verá em outro tópico, tal atribuição lhe garante uma larga influência sobre os únicos órgãos de execução da instituição ministerial.

Todas essas prerrogativas permitem constatar que há uma hipertrofia dos poderes do fiscal nacional chileno, em detrimento das garantias que deveriam ser asseguradas diretamente aos membros.

## 2.3 Conselho Geral

Embora a Constituição do Chile não tenha feito referência ao Conselho Geral, o legislador entendeu conveniente estabelecer um colegiado de assessoria e colaboração ao fiscal nacional. Integram-no, além do chefe do *Parquet* chileno, todos os fiscais regionais.

Como vimos acima, o fiscal nacional concentra variados e amplos poderes de gestão e mesmo de ingerência na atividade-fim do Ministério Público. Teria sido, portanto, bastante conveniente que tais poderes fossem mitigados por meio da criação de um órgão colegiado, representativo dos demais fiscais, que dividisse com o fiscal nacional uma parcela dessas atribuições. No modelo brasileiro, embora os procuradores-gerais detenham prerrogativas e atribuições bastante amplas, muitas decisões relevantes são tomadas pelos Conselhos Superiores do Ministério Público, órgãos chamados a manifestar-se, por exemplo, acerca de promoções e punições disciplinares dos membros.

Quando da discussão da Lei Orgânica do Ministério Público chileno, havia quem pretendesse que o Conselho Geral se convertesse em um *contrapeso* às largas faculdades já cometidas ao fiscal nacional (MIQUEL, 2003, p. 315). Não foi, contudo, esse o modelo que findou por prevalecer, já que o colegiado acabou por ter apenas funções opinativas. Compete-lhe, basicamente, opinar a respeito dos critérios de atuação do Ministério Público, ouvir opiniões relativas ao funcionamento do Ministério Público e assessorar o fiscal nacional em outras matérias, quando por este solicitado. Como se vê, o Conselho Geral funciona como mero órgão consultivo, não tendo suas decisões ou pronunciamentos um caráter vinculante.

## 3 Atribuições gerais do Ministério Público chileno

Segundo o artigo 83 da Constituição do Chile, o Ministério Público tem três atribuições precípua: a direção *exclusiva* da investigação dos fatos delituosos, o exercício da ação penal pública e a proteção de vítimas e testemunhas. No mesmo artigo, o constituinte entendeu por bem vedar de forma expressa ao órgão o desempe-

nho de qualquer função jurisdicional<sup>12</sup>. Como se vê, o Ministério Público chileno é uma instituição voltada de maneira quase exclusiva ao exercício de misteres criminais e neles focada. Quando se compara um tal dispositivo com as normas constitucionais e legais que estabelecem as funções e poderes do Ministério Público no Brasil, vê-se que o constituinte chileno foi bastante tímido, tolhendo um sem-número de possíveis atribuições cíveis, na defesa de direitos difusos e coletivos, notadamente na área do meio ambiente e do patrimônio público.

É bom ter em mente, contudo, que o modelo chileno reproduz a experiência de outros países latino-americanos e europeus, e mesmo dos Estados Unidos, cujas legislações igualmente concentram as atribuições do Ministério Público na esfera criminal. Feita essa importante ressalva quanto à ausência de atribuições de tutela coletiva, é relevante reconhecer que no âmbito criminal à instituição foram concedidos poderes bastante amplos.

### 3.1 A direção da investigação criminal pelo Ministério Público no Chile

Como a própria Constituição chilena esclareceu de forma cristalina, ao MP compete a direção – e a direção exclusiva – da investigação dos fatos criminosos. A discussão análoga travada no Brasil nem mesmo poderia se colocar à luz do sistema chileno, o que constitui considerável avanço institucional.

Visando demarcar claramente os poderes ministeriais num modelo processual ainda em gestação, o constituinte entendeu relevante estabelecer também que “o Ministério Público poderá emitir ordens diretas às Forças de Ordem e Segurança (Polícias) durante a investigação”. Naturalmente, excepcionam-se, de uma maneira geral, as ordens que podem restringir direitos fundamentais do investigado

<sup>12</sup> É uma tentativa explícita de exorcizar de vez o passado inquisitório. No Brasil fizemos o mesmo, no art. 129, IX, da CF, ao romper com nossa tradição de associar o Ministério Público aos órgãos de defesa judicial e consultoria do Estado.

ou de terceiras pessoas. Para esses casos exige-se expressa autorização judicial, por meio dos denominados *juizados de garantia*.

Antevendo a possibilidade de recalcitrância das autoridades policiais, o próprio constituinte fez incluir na Carta chilena que a autoridade requerida deverá cumprir as ordens ministeriais sem fazer questionamentos quanto a seu fundamento, oportunidade, justiça ou legalidade, limitando-se a solicitar a exibição de ordem judicial prévia, se esta se mostrar necessária.

Na doutrina chilena, os processualistas louvaram a concentração dos poderes de direção da investigação na instituição ministerial e explicam que um semelhante modelo tem como objetivo “estabelecer uma persecução penal coerente e não dispersa, como seria a que dependesse de várias autoridades; lograr uma supervisão e um controle adequado da investigação criminal; e alcançar uma unidade para enfrentar a complexidade e a especialização do delito” (MEDINA; MORALES; DORN, 2005, p. 225). Tais conclusões, de lógica irrefutável, têm validade em qualquer ordenamento. Com efeito, é a investigação que fornecerá a prova utilizada na ação penal. Assim, evidentemente, o titular dessa ação não pode estar alheio à antecedente produção da prova<sup>13</sup>.

Dito isso, é importante também esclarecer que a assunção definitiva e exclusiva dessas prerrogativas investigatórias impõe pesadíssimas responsabilidades. Ao analisar o modelo chileno utilizando-se a lente da realidade e da estrutura do Ministério Público brasileiro, pode-se logo verificar que a recepção plena da atribuição investigatória – mesmo que limitada à *direção* da investigação como se faz no Chile

<sup>13</sup> Ademais, é natural que um órgão voltado exclusivamente à investigação – como o é a polícia judiciária – possua uma ideia menos completa do que efetivamente constituirá evidência necessária ao bom andamento da ação penal. Haverá aí também uma diversidade de objetivos e propósitos: os órgãos exclusivos de investigação estão sempre mais preocupados em bem esclarecer o fato criminoso, apresentando suas descobertas à sociedade. O objetivo maior das polícias acaba por ser apenas o de desvendar o crime. Contudo, a conclusão das investigações, com a decretação de medidas de cautela provisórias, não constituem fins em si mesmas; o que deve interessar à sociedade é a conclusão eficiente da investigação *associada* a uma justa aplicação da lei penal.

– é tarefa que exigiria profunda reformulação da instituição brasileira, mormente no que diz respeito aos aspectos operacionais. Aliás, segundo se pode perceber da análise da realidade chilena, a necessidade de estabelecer uma instituição nova e com responsabilidades criminais muito amplas – o que requeria uma estrutura inicial bastante bem desenvolvida – pode estar na gênese da motivação para uma limitação da atuação do MP ao campo criminal. De fato, são tão elevadas e exigentes as atribuições do órgão na esfera penal, que lhe repassar outras funções cíveis seria tarefa a demandar o estabelecimento de uma instituição com dimensões superlativas e hipertrofiadas.

Convém lembrar, inicialmente, que os fatos delituosos – em especial aqueles ligados à criminalidade violenta – ocorrem principalmente à noite ou em finais de semana, o que exige/exigiria um trabalho exaustivo dos membros ministeriais no acompanhamento dessas ocorrências no momento em que esses fatos se produzem ou se tornam do conhecimento da Polícia. Esta última instituição, tradicionalmente, já está dotada dos meios e do pessoal necessários ao funcionamento em regime de plantão, à noite, nos finais de semana e feriados. No caso do Ministério Público chileno, os membros se desdobram para atender as necessidades de acompanhamento das ocorrências em tempo real. Para tanto, instituiu-se em Santiago um muito eficiente sistema de comunicações telefônicas entre a Polícia e o Ministério Público. Cada uma das *fiscalías* de Santiago possui um *call center* que funciona ininterruptamente e que atende a todo o momento as chamadas dos policiais. É bom esclarecer que a própria prisão em flagrante dos investigados depende em um primeiro momento da chancela ministerial, sendo que o Código de Processo Penal chileno fixa um prazo de doze horas para comunicação da detenção ao Ministério Público. Em virtude disso, os policiais se veem compelidos, constantemente e em tempo real, a consultar o Ministério Público sobre a legalidade de uma detenção e sobre a conveniência da adoção de providências investigatórias iniciais. O que torna efetivamente urgente o intercâmbio de informações entre a polícia e o Ministério Público é o exíguo prazo de duração das detenções em flagrante no Chile. Como regra, o detido deve ser apresentado em juízo até vinte e quatro horas depois

da prisão para comparecer a uma audiência de controle da detenção. Tal prazo pode ser renovado por uma única vez, em circunstâncias excepcionalíssimas. A regra é a de que não podendo apresentá-lo em tempo hábil, a prisão se torne ilegal e seja imediatamente relaxada. A jurisprudência chilena evoluiu muito rapidamente para uma posição de intolerância absoluta ao descumprimento desse prazo, o que nos parece louvável. Isso fez com que o Poder Judiciário também acabasse por ter de se adaptar a uma realidade de atuação constante e fora dos horários regulares de funcionamento do serviço público. Entretanto, o fato é que, em menos de vinte e quatro horas, o membro ministerial tem de estar preparado para apresentar o flagranteado em juízo, requerendo a continuidade da detenção ou a adoção de uma medida cautelar alternativa. Entendendo descabida ou desnecessária a manutenção da prisão, basta ao fiscal que determine a imediata colocação do flagranteado em liberdade.

Evidentemente, as funções de *direção* da investigação não implicam na assunção pelo Ministério Público de todas as atividades investigatórias. É óbvio que os policiais devem ter – e têm – inclusive maior qualificação técnica para a realização de determinados atos investigatórios. O que o Ministério Público chileno detém é uma prerrogativa de dirigir e orientar a investigação. Isso não implica também em subordinação administrativa da Polícia ao MP. Os policiais continuam submetidos a uma cadeia hierárquica, mas sujeitam-se às determinações dos fiscais no que diz respeito aos rumos da investigação. Em um certo sentido, a realidade chilena deveria assemelhar-se a algumas nuances do sistema brasileiro, já que em tese o Ministério Público brasileiro requisita diligências à autoridade policial e pode estabelecer os meios de prova que pretende ver produzidos. A diferença – e substancial diferença – é que no modelo chileno a atuação é absolutamente concertada. A competição transformou-se em efetiva cooperação, a benefício da investigação e do processo. Os fiscais valem-se da experiência e do conhecimento dos policiais, mas desempenham também atividades ditas investigatórias de forma direta: a oitiva de uma testemunha importante, a requisição de um documento etc. Tudo a depender das necessidades da investigação e em prol de sua eficiência.

### 3.2 A titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público chileno e suas peculiaridades

À semelhança do que ocorre no Brasil, no Chile a ação penal é em regra de titularidade exclusiva do Ministério Público. Há, contudo, especificidades que caracterizam o sistema chileno e o diferenciam sobremaneira do brasileiro. Existe na legislação daquele país (artigo 167 do Código de Processo Penal) a possibilidade de o próprio Ministério Público determinar o “arquivamento provisório” de um procedimento criminal, sempre que não houver suficientes informações que permitam dar início a uma investigação viável. Ao analisar as estatísticas de uma *fiscalía* em Santiago, verifica-se que a imensa maioria dos procedimentos criminais iniciados é arquivada em poucos dias sob esse fundamento<sup>14</sup>. Um estudo apressado das estatísticas poderia indicar uma baixa eficiência da atividade persecutória do Ministério Público chileno, uma vez que quase a metade dos procedimentos é sumariamente arquivada. A conclusão mais correta, contudo, é a de que este dispositivo garante um melhor controle das ocorrências penalmente relevantes e dá ao *Parquet* o poder de selecionar os casos em que se devem concentrar os esforços investigatórios, otimizando, portanto, as ações dos órgãos persecutórios.

De fato, como responsável maior pelas investigações criminais, o Ministério Público chileno é comunicado – praticamente em tempo real – de *todas* as ocorrências que podem ter reflexo jurídico-penal. Assim, se uma pessoa tem o telefone celular furtado no metrô de Santiago e só se apercebe do fato minutos depois, havendo comunicação à Polícia, esta informação é imediatamente repassada à *fiscalía* competente. Uma tal ocorrência, ausentes outros indicativos que possam levar à autoria da infração, será dificilmente solucionada, mesmo que sejam envidados os maiores esforços na investigação. Assim, o promotor chileno, embora reconheça a ocorrência de fato em tese criminoso,

<sup>14</sup> Para que se tenha alguma ideia das estatísticas, no primeiro semestre de 2006, cerca de 63,1% dos procedimentos criminais no país foram encerrados no âmbito do próprio Ministério Público, sendo que em 47,6% dos casos se aplicou a regra do arquivamento provisório. Os dados estão contidos no *Boletim Estadístico Primer Semestre 2006 Ministerio Público*.

arquiva o procedimento instaurado ao argumento de que o esforço investigatório a ser despendido é desproporcional ao resultado que se presume possa ser alcançado. Note-se que aqui não se tem propriamente uma restrição ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, mas sim o reconhecimento antecipado da inutilidade da investigação.

Traçando um paralelo com o modelo brasileiro, o fato criminoso que chega ao conhecimento da autoridade policial – geralmente por meio da lavratura de um boletim de ocorrência – muitas vezes nem sequer é comunicado ao Ministério Público e acaba por não ser controlado, seja pelo Judiciário ou pelo próprio *Parquet*. A verdade é que no Brasil a Polícia acaba por ser senhora soberana e incontrolada do que convém, interessa ou é possível ser apurado. Se o inquérito policial não for aberto, não se tem sequer conhecimento do cometimento da infração e nem meios para cobrar ou aferir a atuação policial. Mormente no âmbito da Polícia Civil, o descompasso entre o número de boletins de ocorrência registrados com relato de infração e o número de inquéritos policiais efetivamente instaurados é enorme<sup>15</sup>. Pode-se dizer, portanto, que informalmente já efetuamos no Brasil a mesma filtragem que o MP chileno realiza. A diferença é que o fazemos de forma desregulamentada e descontrolada, tudo no âmbito da instituição policial. Tal praxe, embora não possa ser simplesmente rechaçada, comporta regulação. De toda forma, a visão tradicional de que a conclusão da investigação se sujeita a referendo judicial é apenas parcialmente verdadeira, já que a regra tem aplicação limitada aos casos em que se instaurou inquérito policial.

<sup>15</sup> Muito embora, em termos formais e legais, a autoridade policial esteja compelida a instaurar inquérito policial sempre que tiver ciência da ocorrência de um crime (art. 5º, § 3º do CPP). Na doutrina, Mirabete (2005, p. 90) esclarece que “tendo o conhecimento da existência de um crime que se apura mediante ação penal pública por qualquer das formas mencionadas, a autoridade policial tem o dever de instaurar [o inquérito]”. Diz o art. 5º que, nessa hipótese, o inquérito policial *será instaurado pela autoridade*. Infelizmente, não há estatísticas confiáveis com relação ao número de boletins de ocorrência registrados nas delegacias, mas a experiência de qualquer membro do Ministério Público Estadual ou delegado de Polícia Civil pode confirmar a enorme disparidade entre os inquéritos instaurados e os crimes comunicados, mormente nas infrações de caráter patrimonial.

O modelo chileno, neste ponto, parece-nos incomparavelmente mais vantajoso do que o brasileiro. Em primeiro lugar, deve ser realçada a transparência que caracteriza o instituto do arquivamento provisório. A decisão de não prosseguir na investigação não se toma de forma arbitrária ou à sorrelfa; o que se faz é uma análise de viabilidade à luz das características da infração e das capacidades dos órgãos investigadores, tudo de forma clara e fundamentada. Entretanto, além disso, o arquivamento é sempre comunicado à vítima ou a seus representantes legais, que detêm a prerrogativa de recorrer às instâncias superiores do Ministério Público em caso de inconformidade. Cabe-lhes, também, requerer a reabertura do procedimento, se houver motivação para tanto.

Naturalmente, esse modelo concentra poderes consideráveis nas mãos dos representantes ministeriais e do Ministério Público enquanto instituição, uma vez que a decisão sobre o arquivamento não passa pelo crivo de qualquer autoridade judicial. Daí a necessidade da previsão de um recurso hierárquico às instâncias superiores do *Parquet* e a justificativa para a exigência de uma homologação do fiscal regional às decisões de arquivamento provisório. Se tais regras limitam a autonomia do membro ministerial, a decisão, por sua gravidade e seu caráter definitivo, não poderia ficar alheia a um controle da autoridade hierárquica superior.

### 3.3 O papel do Ministério Público chileno na proteção a vítimas e testemunhas

O constituinte chileno teve a louvável preocupação de atribuir ao Ministério Público um relevante papel de protetor das vítimas e testemunhas dos delitos. A só menção à figura da vítima no texto constitucional já sinaliza uma intenção de humanizar o processo penal, resguardando a posição do ofendido. Afinal, é este quem efetivamente sofre de forma direta as consequências do evento criminoso. Amiúde, tais consequências são ignoradas quando não desprezadas pelos profissionais ligados ao Ministério Público e à Polícia. O crime é muitas vezes também uma tragédia pessoal: destrói vidas, corrói patrimônio,

rouba a saúde, a honra e o bom nome. A busca da punição dos responsáveis não pode se dar de forma dissociada da preservação dos direitos, interesses e, sobretudo, da dignidade da vítima.

O que se procura evitar é principalmente que a vítima seja vista como mero objeto do processo, fonte generosa de informações – uma vez que, com frequência, é testemunha ocular do crime – ou pessoa que pode *auxiliar* na obtenção da condenação, o que é, para alguns membros do Ministério Público, reconheça-se, o fim último do processo. A pretensão do sistema chileno é ver a proteção dos interesses da vítima como uma das finalidades da própria atuação ministerial. E isso, na prática, passa por medidas simples, como exigir da Polícia – que trava um primeiro contato com as vítimas – respeito à sua posição, seu sofrimento e suas necessidades<sup>16</sup>. Evita-se, assim, a chamada *dupla vitimização*: as humilhações e sofrimentos pelos quais passam as vítimas em delegacias, fóruns e tribunais se sobrepõem aos traumas do evento delituoso.

Seguindo a linha traçada pelo constituinte, o legislador erigiu a proteção à vítima pelo Ministério Público à categoria de *princípio básico* do processo penal chileno (artigo 6º do CPP) e considerou o ofendido como sujeito processual<sup>17</sup>. A par dessas disposições mais gerais, o Código de Processo Penal reservou toda uma seção à conceituação de *vítima* para efeitos processuais e à enunciação de seus direitos.

No âmbito do Ministério Público e visando nortear o cumprimento dessa obrigação do *Parquet*, o fiscal nacional expediu o *Instructivo General n. 11*, por meio do qual detalha o comportamento a ser seguido pelos diversos fiscais regionais e fiscais adjuntos na defesa e proteção das vítimas. Do ponto de vista da organização institucional, foram estabelecidas diversas Unidades Regionais de Atenção às Vítimas e Testemunhas, as quais funcionam vinculadas a cada *fiscalía* regional.

<sup>16</sup> Nesse aspecto, o Código de Processo Penal chileno exige que a polícia outorgue à vítima um tratamento condizente com sua situação “procurando facilitar ao máximo sua participação nos trâmites em que deva intervir” (artigo 6º do CPP).

<sup>17</sup> O CPP chileno não se refere apenas à vítima enquanto querelante. Reconhece-a como sujeito autônomo, independentemente de figurar no polo ativo da ação penal. Há, pois, distinta regulação das figuras da vítima e do querelante.

A atuação dos membros ministeriais em relação às vítimas dos delitos divide-se em duas vertentes principais: ações de atenção e orientação e ações de proteção à vítima. No primeiro caso, as intervenções do Ministério Público passam pela informação acerca dos direitos da vítima, mormente no que concerne à reparação dos danos e à participação no processo. Mas incluem, também, a necessidade de ouvir a opinião da vítima e comunicá-la de decisões, como o arquivamento do procedimento ou a aplicação de algum benefício processual. Como já dissemos acima, há no ordenamento chileno a previsão da interposição de recurso pela vítima, quando inconformada com essas decisões. No que concerne às medidas de defesa, o ordenamento chileno possibilita ao Ministério Público a adoção direta – sem a necessidade de intervenção judicial – de diversas providências, como a colocação da vítima sob proteção policial, a transferência da vítima a uma casa de acolhimento provisório, o estabelecimento de uma linha de contato telefônico prioritário entre a vítima e a polícia, a realização de rondas policiais periódicas no local de residência da vítima, entre muitas outras. O Ministério Público poderá também, nesses casos com autorização judicial, impor a aplicação de medidas cautelares pessoais em defesa da vítima, que vão desde a colocação do réu em prisão preventiva até a fixação de uma proibição de aproximar-se da vítima ou comunicar-se com ela de qualquer forma.

#### 4 Órgãos de execução: fiscais regionais e fiscais adjuntos

As atribuições do Ministério Público chileno são exercidas pelos diversos fiscais regionais, na forma da divisão administrativa prevista na legislação. O país divide-se em 16 *fiscalías* regionais, sendo uma para cada região administrativa e quatro especialmente para a região metropolitana de Santiago. As *fiscalías* regionais são subdivididas (em regra por um critério territorial) em *fiscalías* locais, que assim correspondem a parte do território de uma *fiscalía* regional, sendo dirigidas por fiscais adjuntos.

De acordo com a Lei Orgânica do Ministério Público, é o fiscal regional quem exerce as atribuições e prerrogativas do órgão. Segundo

a lei chilena, essas atribuições podem ser exercidas diretamente pelo fiscal regional, ou, indiretamente, por meio dos fiscais adjuntos. Vale dizer, assim, que a atribuição natural para todos os casos em investigação e processos em trâmite no âmbito do território de uma *fiscalía* regional concentra-se no fiscal regional. Evidentemente, na prática, há uma descentralização da atuação, sendo os fiscais adjuntos – os verdadeiros membros de carreira do Ministério Público – os que representam o órgão perante os juízos e tribunais. Nada obsta, contudo, que o fiscal regional assumira diretamente a condução de uma investigação ou o exercício da titularidade de uma ação penal.

Tal regra cria enorme barreira hierárquica: a autonomia dos fiscais adjuntos é claramente limitada, uma vez que só agem por delegação do fiscal regional respectivo. O estabelecimento dessa rígida hierarquia nos parece ainda mais inadequado quando se observa a forma de designação e investidura dos fiscais regionais, o que faremos a seguir.

#### 4.1 Da escolha dos fiscais regionais e dos atributos desse cargo

Como vimos acima, os fiscais regionais detêm a mais expressiva parcela de atribuições no âmbito do Ministério Público chileno. E aqui mais uma vez é forçoso constatar que esse largo feixe de prerrogativas não estará necessariamente concentrado nas mãos de um membro ministerial de carreira. Com efeito, o cargo de fiscal regional é de provimento transitório, sendo exercido por mandato de 8 anos, a exemplo do que ocorre com o fiscal nacional. Também nessa hipótese não se exige que a pessoa designada para tão importante cargo seja membro titular e efetivo do Ministério Público, podendo ser nomeado aquele que preencher os requisitos elencados no artigo 31 da Lei Orgânica. São eles: estar no gozo dos direitos políticos; ter, há mais de 5 anos, habilitação como advogado; idade mínima de 30 anos; e não incorrer em qualquer das hipóteses gerais de incompatibilidade ao cargo previstas na lei.

Os fiscais regionais são escolhidos pelo fiscal nacional, com base em lista tríplice formada pela Corte de Apelações das respectivas regiões. Assim, havendo vaga a preencher, a Corte abrirá o que a lei chilena

denomina *concurso público de antecedentes*, no qual podem inscrever-se as pessoas que preencham os requisitos legais para o exercício do cargo. Analisando os *antecedentes* e o currículo dos candidatos, a Corte elaborará a lista, considerando-se nela incluídos os três candidatos que alcançarem o maior número de votos dos juízes, desde que tenham obtido, no mínimo, o correspondente à maioria absoluta dos membros desse tribunal. Cada membro da Corte pode votar em até dois candidatos.

Formada a lista, as Cortes a remetem ao fiscal nacional, que, nos trinta dias subsequentes, nomeará o fiscal regional para mandato de 8 anos, vedada a recondução. O fiscal regional deverá deixar o cargo, independentemente do término do mandato, ao completar a idade de 75 anos. No curso de seu mandato, os fiscais regionais só poderão ser destituídos pela Corte Suprema, seguindo-se o mesmo procedimento adotado no caso de destituição do fiscal nacional. Idênticas também serão as hipóteses que justificam a destituição. A única diferenciação procedimental digna de nota diz respeito aos legitimados para o requerimento de destituição: no caso dos fiscais regionais, podem requerê-la o presidente da República, a Câmara dos Deputados, dez membros da Corte Suprema e o fiscal nacional.

Na prática, em muitos casos, os fiscais regionais têm sido escolhidos entre os fiscais adjuntos que atuam na região respectiva, mas há diversos fiscais regionais sem vínculo definitivo com a instituição ministerial.

Uma análise do procedimento adotado pelo legislador chileno para designação dos fiscais regionais permite que se chegue a algumas conclusões. Em primeiro lugar, constata-se mais uma vez a forte ingerência que o Poder Judiciário conserva na escolha dos mais importantes cargos do Ministério Público. Entretanto, além disso, não se pode deixar de considerar que o fiscal nacional, a par dos já vastíssimos poderes advocatórios e decisórios de que dispõe, concentra a valiosa atribuição de escolher os chefes de todas as *fiscalías* regionais, os quais detêm, por sua vez, larga influência sobre os fiscais adjuntos.

Aos fiscais regionais correspondem os poderes estipulados no artigo 32 da Lei n. 19.640/1999, entre os quais se cita: conhecer de reclamações contra os fiscais adjuntos lotados na região respectiva,

propor a localização e a lotação das diversas *fiscalías* locais e supervisionar e controlar as atividades administrativas da *fiscalía*. Para além desses, cumpre reiterar que os fiscais regionais detêm a prerrogativa de chamar para si um qualquer caso determinado, podendo não só investigá-lo ou processá-lo diretamente, mas também repassá-lo a fiscal de sua escolha.

Convém esclarecer, finalmente, que os cargos no Ministério Público chileno não acompanham o modelo judicial. Como se sabe, no Brasil, o MP mantém uma estrutura em tudo similar à do Judiciário. Os membros do Ministério Público distribuem-se pelas diversas instâncias judiciais, considerando-se como o cargo inicial da carreira o de membro que atua junto ao juízo de primeiro grau, e cargos subsequentes os de atuação no segundo grau de jurisdição e nos tribunais superiores. Um tal modelo reflete melhor as peculiaridades, necessidades e a própria lógica do sistema judicial. Vistas as coisas sob a óptica das funções e prerrogativas do Ministério Público, muitas vezes a atribuição principal e mais importante do *Parquet* dá-se mesmo em primeira instância, no momento em que se realiza a investigação e se prepara o ajuizamento de uma ação. Portanto, os membros do MP que atuam nos tribunais por vezes passam a exercer atribuições mais tímidas do que a dos procuradores e promotores que se situam nos primeiros degraus da carreira.

Assim, no Brasil, o procurador regional (da República) nada mais é do que o procurador que atua exclusivamente perante um Tribunal Regional Federal. No modelo chileno, por sua vez, o fiscal regional persiste sendo um membro ministerial que atua na primeira instância – diretamente ou por meio dos fiscais adjuntos que o coadjuvam. É bom frisar também que no sistema processual chileno a atuação no campo recursal é ainda mais tímida, visto que as decisões dos tribunais de juízo oral (órgão colegiado que profere a maior parte das decisões criminais de primeira instância) não podem ser impugnadas em recurso ordinário, mas apenas em recurso de nulidade. Assim, a esmagadora maioria das decisões se torna definitiva já em primeira instância. Portanto, se houvesse uma hierarquização acompanhando os órgãos judiciais, os membros do Ministério Público com atuação

nas instâncias judiciais superiores teriam atribuições excessivamente mais limitadas do que os fiscais de primeira instância.

## 4.2 Fiscais adjuntos

Os fiscais adjuntos no ordenamento chileno correspondem aos membros ministeriais efetivos, de carreira, com atuação na primeira instância de julgamento. Seu âmbito de atuação são as *fiscalías* locais, que, por sua vez, são dirigidas por um fiscal adjunto-chefe, designado pelo fiscal nacional, com base em proposta do fiscal regional respectivo.

### 4.2.1 Formas de ingresso na carreira ministerial e requisitos para o exercício do cargo de fiscal adjunto

O ingresso no cargo efetivo de membro do Ministério Público chileno dá-se por meio de um procedimento complexo que conjuga a prévia aprovação em concurso público com a escolha discricionária do fiscal nacional. Ainda aqui, vê-se a prevalência da regra hierárquica na própria seleção e nomeação dos membros ministeriais, em detrimento, reconheça-se, de uma análise abstrata de mérito. Com efeito, a Lei Orgânica do MP determina que os fiscais adjuntos serão nomeados pelo fiscal nacional com base em uma lista tríplice elaborada pelo fiscal regional, conforme o resultado de um concurso público. O concurso deverá reger-se por regras ditadas pelo fiscal nacional e inclui provas escritas e orais bem como uma análise dos títulos, considerando-se a experiência acadêmica e laboral dos candidatos.

Os requisitos para o cargo são fixados no artigo 42 da Lei n. 19.640/1999 e incluem estar no gozo dos direitos políticos, possuir o título de advogado, não estar incurso em quaisquer das cláusulas de impedimento e incompatibilidade previstas em lei e reunir atributos de experiência e formação especializada. Nomeado fiscal adjunto, o membro do Ministério Público só deixa o exercício do cargo voluntariamente – por renúncia – ou compulsoriamente, aos 75 anos, ressalvadas as hipóteses naturais de incapacidade física ou morte. Há também previsão de perda do cargo por avaliação deficiente do desempenho

funcional. Nesse aspecto, não se pode considerar que os membros do MP chileno sejam propriamente “vitalícios”, na acepção que se dá no Brasil a este termo. É que a perda do cargo independe de ação judicial transitada em julgado, podendo embasar-se em simples decisão administrativa fundada na avaliação de desempenho.

### 4.2.2 Das atribuições dos fiscais adjuntos e do seu exercício

Aos fiscais adjuntos competirá o exercício direto das atribuições típicas assinaladas ao Ministério Público chileno. Assim, lhes caberá, por exemplo, dirigir investigações de fatos delituosos e exercer a titularidade da ação penal. Contudo, tais atribuições se exercem em conformidade com as instruções gerais que, dentro de suas respectivas competências, estabelecerem o fiscal nacional e os fiscais regionais. Na maior parte dos casos, os fiscais adjuntos agem como meros delegados dos fiscais regionais. Assim, conforme a Lei Orgânica, os fiscais adjuntos estarão compelidos a obedecer “as instruções particulares que o fiscal regional lhes dirija a respeito de um caso” determinado, “a menos que estimem que tais instruções são manifestamente arbitrárias ou atentem contra a lei ou a ética profissional”. Nessa última hipótese, o fiscal poderá opor objeção ao cumprimento da instrução, fazendo-o por escrito e apresentando suas razões ao fiscal regional, que deverá deliberar sobre o mérito da objeção. Caso acolha o arrazoado do fiscal adjunto, este procederá no desempenho de suas funções guiando-se pelas regras normativas gerais e desvinculado da instrução dada. Em não sendo aceita a objeção, o fiscal adjunto fica obrigado ao cumprimento da instrução, mas se presume que o fiscal regional que a expediu assume plena responsabilidade por seu conteúdo e consequência.

A só possibilidade da expedição dessas instruções em casos particulares diz muito acerca do grau de subordinação dos fiscais adjuntos. Se merece encômios em muitos aspectos de sua estrutura organizacional e na estipulação de atribuições gerais, o Ministério Público do Chile sofre de um mal crônico: a hipertrofia de poderes do fiscal nacional e dos fiscais regionais e a quase total ausência de independência dos efetivos membros da instituição, que são os fiscais adjuntos. Quer nos

parecer que o legislador preocupou-se muito mais em garantir uma autonomia institucional – em relação aos demais órgãos estatais – do que efetivamente uma autonomia dos próprios membros ministeriais. Pensamos que essa falta de independência dos fiscais adjuntos pode propiciar uma ingerência descabida da cúpula ministerial na atividade-fim de seus membros. Embora na prática as intervenções possam ter motivação nobre – uma orientação em busca da eficiência ou mesmo uma padronização de procedimentos em benefício da isonomia –, nada impede que finalidades espúrias as movam.

De uma certa maneira, a regra justifica-se em face da existência de uma verdadeira “ficção legal”: o reconhecimento de que as atribuições ministeriais enfeixam-se quase sempre na figura do fiscal regional. Ora, a lógica permite deduzir que se os fiscais adjuntos agem como *longa manus* do fiscal regional, devem estar sujeitos às orientações e determinações do titular da competência delegada. Em uma analogia válida com o Ministério Público brasileiro, se o procurador-geral da República detém a atribuição de funcionar com exclusividade perante o Supremo Tribunal Federal, a atuação dos subprocuradores-gerais nessa Corte vai sujeitar-se à sua aprovação (ver os arts. 47, *caput*, e 48, parágrafo único, da Lei Complementar n. 75/1993).

Ocorre, contudo, que a regra concentra nas mãos de uma única autoridade a atribuição para processar e investigar todos os casos ocorridos em uma dada região. E está-se a falar de uma atribuição inicial, em instância ordinária. Evidentemente, não podem os fiscais regionais exercer diretamente essas vastíssimas atribuições que a lei pretendeu lhes confiar. Assim, vendo as coisas por outro lado, verifica-se que o legislador lhes deu um enorme poder de interferência no exercício das funções que deveriam ser ordinárias e naturais dos fiscais adjuntos, já que o exercício direto das prerrogativas que a lei lhes confiou é tarefa virtualmente inabarcável aos fiscais regionais. O sistema chileno caracteriza-se, pois, pela extrema hierarquização e concentração de poderes. E isto se deveu a uma escolha, clara, consciente e bem debatida no âmbito legislativo. Com efeito, quando o projeto de criação do Ministério Público tramitava no Senado, entenderam os congressistas que a independência dos fiscais adjuntos deveria ser “relativa”

“com vistas a obter uma maior eficiência e um controle adequado do desempenho dessas funções” (MIQUEL, 2003, p. 69-70). Assim, os fiscais adjuntos deveriam depender dos fiscais regionais respectivos “o que se justifica como um modo de racionalizar o uso dos recursos” e a condução de casos de maior notoriedade (MIQUEL, 2003, p. 69-70). O informe da Comissão de Constituição e Justiça do Senado chileno chega a afirmar que ao se conceder plena autonomia aos fiscais adjuntos – nos moldes da independência garantida aos magistrados judiciais – os fiscais regionais e o próprio fiscal nacional ficariam limitados ao exercício de funções administrativas.

Embora os legisladores não o tenham expressamente reconhecido, parece-nos evidente que a estruturação do Ministério Público chileno foi influenciada de maneira marcante pelo modelo norte-americano. É que nos Estados Unidos, como regra geral, os *district attorneys* concentram a atribuição de exercer a ação penal pública no território de sua jurisdição. Para tanto, valem-se, como é óbvio, do concurso de seus inúmeros *deputy district attorneys* que agem por delegação do procurador titular. Contudo, os poderes ministeriais estão investidos – de forma bastante concentrada – na figura do *district attorney* da área. Uma diferença que nos parece fundamental, e que aparta o modelo chileno do norte-americano, é o fato de que na maior parte dos Estados norte-americanos o *district attorney* é eleito pelo voto popular e, assim, presta contas à população do distrito periodicamente. Ora, parece-nos que se o Procurador se sujeita a um controle popular sazonal, sendo responsabilizado diretamente pela condução das funções ministeriais num dado distrito, é de lhe ser dada também uma ampla discricionariedade de ação e estruturação da Procuradoria. Dentro da lógica da democracia representativa, ao representante são confiados os poderes necessários ao bom exercício de seu mandato, sendo natural que haja a possibilidade de o Procurador eleito estabelecer diretrizes para seus assistentes e mesmo assumir diretamente a titularidade de uma ação que seja emblemática ou mais sensível. Pode-se dizer que a independência dos promotores-assistentes é limitada pelos próprios eleitores, que são os titulares diretos dos poderes temporariamente assinalados ao *district attorney* e a quem este deverá responder ao cabo de seu mandato. Na doutrina norte-americana, (MA, 2011, p. 34) há quem

realce tal peculiaridade, afirmando que “no sistema norte-americano o controle sobre o poder acusatório encontra-se, em última análise, na responsabilidade do promotor perante seu eleitorado”. Embora se discuta a eficiência de um tal controle, o fato é que o modelo norte-americano limitou a estruturação hierárquica nacional, em nome de um controle social local.

No modelo chileno, ao contrário, tem-se a limitação das prerrogativas e da independência dos fiscais adjuntos, sem que haja a contrapartida de um controle popular direto, como ocorre no Direito norte-americano. Realmente, e como vimos acima, no Chile os fiscais regionais são escolhidos por via um tanto tortuosa, em processo que conta com a participação do Poder Judiciário e do fiscal nacional. A falta de uma legitimação popular direta, os largos poderes que o legislador enfeixou nos fiscais regionais buscam sua legitimidade no próprio princípio da hierarquia do Ministério Público, uma vez que esses fiscais são escolhidos e se acham de certa maneira subordinados ou sujeitos à orientação do fiscal nacional. Embora pessoalmente não considere adequado submeter o exercício dos misteres do MP a controle popular direto – já que o correto exercício dessas funções nem sempre se sintoniza com os desejos da maioria –, é necessário reconhecer que a sistemática norte-americana dá justificativa mais lógica para a concentração dos poderes ministeriais e não se limita a submeter esse poder concentrado a controles burocrático-judiciais como o fez o legislador chileno.

## 5 Das proibições, deveres e responsabilidades dos fiscais

No que diz respeito às diversas proibições a que se sujeitam os fiscais chilenos, pensamos que pelo menos três merecem menção específica. A lei vedou aos membros do Ministério Público o exercício da profissão de advogado, atividade cuja incompatibilidade com a função ministerial deveria ser de irretorquível e cristalina lógica. Contudo, tal vedação não é absoluta. Permitiu-se que o membro ministerial litigue em defesa própria, do cônjuge ou de seus descendentes e ascendentes em linha reta. Pensamos que as

exceções previstas na lei chilena são justificadas e oportunas. E, neste ponto, poderíamos nos beneficiar se incorporássemos dispositivo semelhante à legislação brasileira. É que nos parece pouco compreensível que o membro do Ministério Público, querendo e tendo a habilitação técnica para tanto, não se possa defender de acusações que lhe são impingidas, muitas vezes pelo só exercício correto de seu mister. A autodefesa ou a defesa de filhos e cônjuges não nos parece colidir com o exercício das atribuições ordinárias do MP e evitaria o constrangimento de recorrer a advogados para o patrocínio de uma causa nobre e, com frequência, para agir em defesa da honra agravada<sup>18</sup>.

Veda-se também aos fiscais o exercício de qualquer atividade político-partidária. O legislador diz expressamente que o fiscal não pode participar de reuniões, manifestações ou atos de caráter político, limitando-se a emitir seu voto pessoal nas eleições. A norma nos parece ainda mais restritiva do que a correspondente regra brasileira e visa afastar de forma definitiva e clara o membro do Ministério Público das atividades políticas.

Por derradeiro, entendo importante comentar uma outra vedação: a de que os fiscais se abstenham de emitir opinião acerca dos casos que têm a seu cargo. Parte imparcial que é, o membro do *Parquet* deve ser sempre comedido em suas manifestações públicas, mormente quando dizem respeito a investigações em curso ou a pretensões deduzidas em juízo. Creio salutar que reflitamos sobre o tema à luz de uma regra abstrata prevista em um ordenamento estrangeiro. Com isso, podemos verificar com isenção se é conveniente ao acusador que detrate em praça pública o acusado – ou se é lícito ao investigador que norteie a investigação com base em pré-compreensões já externadas à mídia. Note que o legislador chileno

18 A 1ª Turma do STF, por maioria, no julgamento do HC n. 7.6671/RJ (*DJ* de 10 ago. 2000), teve a oportunidade de firmar o entendimento de que a apresentação de defesa preliminar em causa própria por membro do Ministério Público é causa de nulidade do feito, por impossibilidade do exercício da autodefesa, uma vez que a peça é privativa de advogado, e os membros do Ministério Público não podem exercer tal atividade, ainda que em causa própria e para se defenderem em procedimento criminal.

não proibiu que o fiscal desse explicações abstratas ou mesmo concretas sobre um dado caso; proibiu-lhe que “emitisse opinião”. São as hipóteses em que há as antecipações de julgamento, os comentários acerca do caráter ou da personalidade do inculcado, ou mesmo reflexões acerca da conveniência ou licitude dos comportamentos em análise. A existência de uma tal norma e seu fiel cumprimento, ao contrário do que se poderia pensar, serve para incrementar a credibilidade institucional e não para limitar supostas prerrogativas individuais dos membros.

No que diz respeito à disciplina dos membros, é importante esclarecer que não há no Chile a noção de vitaliciedade como a conhecemos no Direito brasileiro. A perda do cargo pode dar-se administrativamente e os fiscais sujeitam-se a avaliações de desempenho periódicas, as quais nos parecem feitas com bastante critério e esmero<sup>19</sup>.

A demissão ocorre em quatro hipóteses bem demarcadas, que são arroladas a seguir: incapacidade, mau comportamento ou negligência manifesta no exercício de suas funções; improbidade, vias de fato, injúrias ou conduta imoral grave, devidamente comprovadas; ausência injustificada ao trabalho, sem prévio aviso, se ocasionar prejuízo grave às tarefas encomendadas; descumprimento grave de obrigações, deveres e proibições.

É válido, ainda, frisar que a Lei Orgânica chilena proíbe expressamente aos servidores e membros do Ministério Público que se declarem em estado de greve. Aos membros é permitida apenas a adesão a “grêmios associativos”, que não devem ter caráter sindical.

<sup>19</sup> Vale referir que a administração pública chilena, de uma maneira geral, dá grande relevância a essas avaliações de desempenho. Os membros são todos anualmente avaliados, sendo os fiscais regionais avaliados pelo fiscal nacional e os fiscais adjuntos pelos respectivos fiscais regionais. Ao mesmo tempo em que se prestam para subsidiar eventual punição aos desidiosos, as avaliações fundamentam a concessão de bônus salariais, servindo como um estímulo à eficiência. Embora essa praxe tenha sido também introduzida no serviço público brasileiro, a seriedade com que as avaliações são tratadas no Chile é exemplar. É válida uma reflexão, especialmente quando sabemos que os membros do Ministério Público brasileiro estão já habituados a avaliar, mas talvez não tolerassem ser avaliados.

## 6 Dos vencimentos, direitos e vantagens dos membros do Ministério Público chileno

No que diz respeito aos vencimentos dos membros do Ministério Público, o legislador chileno previu, como regra geral, uma equiparação entre os membros do *Parquet* e os magistrados do Poder Judiciário. Assim, ao fiscal nacional vai corresponder uma remuneração equivalente à de presidente da Corte Suprema, aí consideradas todas as vantagens assinaladas a esse cargo. Os fiscais regionais terão remuneração idêntica à dos presidentes das Cortes de Apelação da região respectiva, enquanto os fiscais adjuntos terão vencimentos estipulados dentro da escala remuneratória do Poder Judiciário (magistrados de primeira instância)<sup>20</sup>. A lei previu, ainda, que os fiscais adjuntos viessem a ser contemplados com bônus por desempenho individual e bônus de gestão institucional, concedidos com base na avaliação de desempenho e do cumprimento de metas funcionais pré-estabelecidas, respectivamente.

Visando estimular a capacitação e o aperfeiçoamento de membros e servidores do Ministério Público, o legislador incumbiu o fiscal nacional de promover programas com essa finalidade, franqueando o acesso igualitário a todos os interessados. Nos casos em que a frequência a cursos de capacitação e aperfeiçoamento impossibilite o regular exercício das atividades laborais, os membros e servidores poderão se afastar do exercício do cargo com direito a percepção de seus vencimentos. Nessas hipóteses, além de se obrigarem a frequentar os cursos, os fiscais deverão permanecer desempenhando suas funções no Ministério Público por tempo superior ao dobro do prazo de duração da capacitação.

Em relação às férias, os membros do *Parquet* sujeitam-se às regras gerais do Estatuto Administrativo (Lei n. 18.834/1989), válidas para todos os servidores públicos chilenos. Assim, os membros com menos de 15 anos de serviço fazem jus a 15 dias úteis de férias

<sup>20</sup> Nesse ponto pode haver alguma diferença remuneratória, pois se aplica aos membros do MP apenas parte da escala remuneratória da magistratura.

por ano-calendário. Aqueles que contarem mais de 15 e menos de 20 anos de serviço têm direito a 20 dias úteis de férias anuais, e os servidores e fiscais com mais de 20 anos de serviço gozarão 25 dias úteis de férias a cada ano. Vale ressaltar que para o cômputo do tempo de serviço deve-se acrescentar eventual período em que o membro ou servidor tenha trabalhado em outro cargo, ou mesmo na iniciativa privada. O modelo chileno de férias parece-nos bastante interessante, pois concede uma paulatina extensão das férias de acordo com o tempo de serviço. Para os servidores mais antigos, assim, as férias podem chegar a abranger um período de até 37 dias corridos. Transpondo a regra chilena para o padrão brasileiro, vê-se, portanto, que o período de férias anuais vai variar entre um mínimo de 23 e um máximo de 37 dias.

A lei confere, ainda, aos membros do Ministério Público o direito de exigir da instituição que os defenda e persiga a responsabilização civil e penal de quem quer que haja atentado contra sua liberdade, vida, patrimônio, integridade física ou psíquica e honra, quando esses bens jurídicos forem ofendidos no exercício das funções ministeriais.

## 7 Conclusão

O Ministério Público chileno é uma instituição recente e ainda em estágio de conformação e desenvolvimento. O sistema processual penal chileno foi totalmente reformado e migrou de um modelo inquisitivo puro para um sistema que dá aos membros ministeriais o protagonismo na investigação e no exercício da ação penal.

Nesse primeiro momento de configuração constitucional, o legislador chileno preocupou-se em assegurar amplas prerrogativas no âmbito penal, mas foi limitadíssimo na concessão de atribuições cíveis ao Ministério Público.

Se comparado com o modelo brasileiro, o MP chileno diferencia-se sobretudo pela ausência de independência funcional dos membros, que se subordinam de maneira direta a seus superiores hierárquicos.

## Referências

DUCE, Maurício. Ministério Público no Chile: modelo institucional e funções. *Revista do CNMP*, Brasília, n. 1, p. 128-165, 2011.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MA, Yue. Explorando as origens da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos. *Revista do CNMP*, Brasília, n. 1, p. 12-42, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Entre independência institucional e neopatrimonialismo: a distorção da doutrina do promotor natural. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

MEDINA, Rodrigo; MORALES, Luis; DORN, Carlos. *Manual de derecho procesal penal*. Santiago: LexisNexis, 2005.

MINISTERIO PÚBLICO. *Boletim estadístico primer semestre 2006*. Santiago, 2006.

MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE; VERA INSTITUTE OF JUSTICE. DIVISIÓN DE ESTÚDIOS, EVALUACIÓN, CONTROL Y DESARROLLO DE LA GESTIÓN. *Analizando la reforma a la justicia criminal em Chile: un estudio comparativo entre el nuevo y el antiguo sistema penal*. Santiago, 2004.

MIQUEL, Cristian Maturana. *Reforma procesal penal*. Tomo IV. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

POSTIGO, Leonel González. La oralidad en la etapa recursiva del proceso penal chileno. *Boletín Nexos – CEJA*. Santiago, Diciembre 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao art. 127 da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (Coordenadores científicos). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

**Direito Administrativo**

# A submissão da Administração Pública ao princípio da eficiência visando à satisfatória consecução de seus fins

Carla Machado Flesch

Servidora do MPU lotada na Procuradoria Regional do Trabalho da 9ª Região/MPT. Graduada em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná.

*É necessário que o príncipe proceda de maneira temperada com a prudência e humanidade, a fim de que confiança em demasia não o torne imprudente e que desconfiança em excesso não o torne intolerável.*

(Nicolau Maquiavel)

**Resumo:** Hoje, mais do que nunca, a Administração Pública tem o dever de produzir resultados mais satisfatórios. Este artigo versa sobre a aplicação do princípio da eficiência como forma de servir ao interesse público da melhor maneira possível. Como princípio jurídico, a eficiência retrata o valor social que exige da Administração a excelente realização de suas finalidades. O objetivo é analisar as maneiras de viabilizar o cumprimento eficaz do novo princípio constitucional e avaliar em que medida a adaptação à prestação de serviços adequados ao cidadão é viável para que haja o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração Pública. Encontrar a solução mais adequada às necessidades da Administração é prestigiar a eficiência.

**Palavras-chave:** Princípio constitucional. Eficiência. Administração Pública.

**Abstract:** Nowadays, more than ever, Public Administration has the duty of providing satisfactory results. This article discusses about the efficiency principle, as a way to serve public interest in the best way

possible. As a legal principle, the efficiency portrays the social value which demands from the Administration to excel in the achievement of its functions. The goal is to evaluate ways to feasibly and efficiently fulfill the new constitutional principle, and also to assess the feasibility of the balance between the services provided to the citizens and the rights of Public Administration. Finding the most adequate solution to the needs of the Administration is to value the efficiency.

**Keywords:** Constitutional principle. Efficiency. Public Administration.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Os princípios do Direito Administrativo. 2.1 Os princípios constitucionais. 2.2 Os princípios da Administração Pública. 3 O princípio da eficiência na Administração Pública. 3.1 Os antecedentes da eficiência. 3.2 O conceito de eficiência. 3.3 A eficiência como princípio. 3.4 O dever de boa administração. 4 Os aspectos basilares da eficiência: ideia nuclear. 4.1 A eficácia. 4.2 A eficiência *stricto sensu*. 4.3 A produtividade. 4.4 A economicidade. 4.5 A qualidade. 4.6 A celeridade e a presteza. 4.7 A continuidade na prestação dos serviços públicos. 4.8 A desburocratização. 5 Conclusão.

## 1 Introdução

A concepção de defesa do bem comum como finalidade básica da Administração Pública decorre da própria existência do Estado, estando implícita em todo o ordenamento jurídico.

Este artigo tem como objetivo analisar as maneiras de viabilizar o cumprimento eficaz do princípio da eficiência e avaliar em que medida a adaptação à prestação de serviços adequados ao cidadão é viável para que haja o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração Pública.

O dever de eficiência no Brasil já estava consagrado no Decreto-Lei n. 200/1967 como o dever de boa administração. Na Constituição, existiu de forma implícita até 1998, quando, por meio da Emenda Constitucional n. 19, o princípio da eficiência foi incluído de forma expressa no rol dos princípios constitucionais a serem obedecidos pela Administração Pública, ao lado da legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade. Prestar serviços eficientes não é apenas capricho, e sim

uma necessidade do Estado, que tem o dever de acompanhar as novas tendências e de adaptar-se à prestação de serviços adequados ao cidadão.

Não basta adotar uma solução possível; deve-se encontrar a solução que seja a melhor para o caso concreto. A Administração Pública tem o dever de agir de modo rápido e preciso para obter o máximo resultado de um programa a ser realizado. Para que isso ocorra, reclama-se do Estado que aperfeiçoe seu agir e otimize os meios adequados em busca do atendimento às necessidades da comunidade de forma ótima.

A Administração é responsável pela execução das metas estabelecidas por um governo em face de um determinado modelo de Estado, em que deve buscar continuamente o ponto de equilíbrio entre o interesse público e o privado, para poder alcançar seu fim maior, que é suprir as necessidades da coletividade.

Ademais, o princípio da eficiência reforça a possibilidade de o Ministério Público, com base em sua função constitucional de zelar pelo respeito dos poderes públicos aos direitos assegurados na Constituição, promover as medidas necessárias a sua garantia, inclusive responsabilizando as autoridades omissas. Respeito ao cidadão é motivo suficiente para se atuar com eficiência e presteza.

## 2 Os princípios do Direito Administrativo

A Constituição contém determinados princípios que devem ser adotados pelos agentes administrativos no exercício de suas atividades (art. 37, *caput*). São os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

### 2.1 Os princípios constitucionais

Os princípios constitucionais, explícitos ou não, podem ser considerados a síntese dos valores abrangidos no ordenamento jurídico. Eles dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes, além de atenuarem tensões normativas. Desempenham papéis

de condensar valores, dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete.

Os princípios admitem aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes. Esses limites jurídicos que restringem a otimização do princípio podem ser regras que o excepcionam em algum ponto ou outros princípios opostos que procuram se maximizar, daí a necessidade eventual de ponderá-los.

A função dos princípios constitucionais é a de “assegurar unidade ao sistema jurídico fundamental, oferecendo objetividade e segurança ao modelo ético e político adotado pela sociedade estatal, e permitindo a integração e harmonia permanente e atualizada do sistema de direito positivado” (ROCHA, 1994, p. 28).

Para a legitimidade da lei não basta mais a sua forma, é necessário que seu conteúdo realize a justiça esperada pela sociedade, tornando o direito legítimo, social e juridicamente eficaz, ou seja, o princípio da legalidade estrita cedeu espaço ao princípio da legalidade ampla, também conhecido como princípio da juridicidade. O Estado Democrático de Direito caracteriza-se pelo *império da justiça*, com a justiça que satisfaz as aspirações sociais e o interesse mundial em bens como saúde, meio ambiente e direitos humanos.

## 2.2 Os princípios da Administração Pública

Di Pietro (2010) ensina que os princípios, no Direito Administrativo, devem funcionar como uma balança equitativa entre os direitos garantidos aos administrados e as prerrogativas correspondentes da Administração Pública.

Os princípios servem, principalmente “para possibilitar a solução de casos não previstos, para permitir melhor compreensão dos textos esparsos e para conferir certa segurança aos cidadãos quanto à extensão dos seus direitos e deveres” (MEDAUAR, 2006, p. 121).

Princípios moribundos do Direito Administrativo são reiterados mesmo após a substituição do Estado Liberal pelo Social, em que alguns

velhos conceitos liberais se mantêm. Ao administrado concedem-se direitos, ao cidadão eles são reconhecidos e não apenas concedidos. Afirma Rocha (1994, p. 61) que:

A substituição da ideia de cidadão pela de administrado, ainda hoje presente no Direito Administrativo, traduz às vezes preconceito, pois o cidadão, como parte necessária da relação política da qual é o outro polo o Estado, não é submisso, subordinado ou participante menor da função decisória da entidade pública.

Enfim, para conferir validade à atividade estatal, é preciso que a aplicação dos princípios da Administração Pública esteja em conformidade com os princípios constitucionais.

## 3 O princípio da eficiência na Administração Pública

A eficiência sempre existiu na Administração Pública, nunca se concebeu a possibilidade de o administrador público ser ineficiente.

### 3.1 Os antecedentes da eficiência

O princípio da eficiência não é inédito no direito comparado, podendo ser encontrado em diversos países, como na Espanha, na Argentina, no Uruguai e no Peru. O *dever de eficiência* já estava consagrado no Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, como o *dever de boa administração* (BACELLAR FILHO, 2009).

O segmento comum está na necessidade de modernizar a Administração Pública, para que ela possa atender ao fim constitucional maior.

Importante frisar que, antes da reforma, o princípio da eficiência já existia implícito na Constituição, ao prever um sistema de controle interno com o fim de comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração Federal. O

Superior Tribunal de Justiça também reconhecia a existência desse princípio como um dos regentes da administração.

Na década de 1990, houve um amplo movimento de reforma no Estado, trazendo mudanças econômicas, fiscais, tributárias, previdenciárias e judiciárias que, aliadas à crise financeira do Estado e ao descontentamento da sociedade com a atuação do setor público, impulsionou o processo de modernização da Administração Pública.

Uma das ideias-força da reforma administrativa foi a inclusão expressa, por meio da Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998, do princípio da eficiência no rol dos princípios constitucionais a serem obedecidos pela Administração Pública – legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade. Essa emenda, que modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, gerou maior oportunidade para os indivíduos exercerem a sua cidadania diante das falhas e omissões do Estado.

### 3.2 O conceito de eficiência

O administrador privado pode fazer tudo que a lei não proíbe, enquanto o administrador público só pode fazer o que a lei permite. Para Custódio Filho (1999, p. 216), “a lei corresponde ao limite até onde a eficiência deve chegar”.

O princípio da eficiência, para Di Pietro (2010, p. 83), apresenta dois aspectos, podendo ser avaliado quanto ao modo de atuação do agente público, no qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, e quanto ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, ambos com o objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço à coletividade.

Embora não seja possível fazer tudo, deve-se fazer bem aquilo que for feito. Dallari assegura “que as necessidades a satisfazer são sempre maiores que as disponibilidades, até porque o atendimento daquilo que é premente desperta ou avisa novas aspirações”. Afirma o autor (1994, p. 33-41) que “quando não for possível fazer o ótimo, que

se faça o bom, mas quando a Administração assume um encargo, ela assume também a obrigação de ser eficiente”.

O Estado de Direito deve atuar sob a luz da lei. A atividade administrativa eficiente visa a alcançar benefícios à coletividade. Daí o dever de o administrador público ser eficiente.

#### 3.2.1 Os parâmetros normativos do princípio

Por se tratar de conceito jurídico indeterminado, é importante o legislador estabelecer normas para que o princípio da eficiência tenha aplicação parametrizada. Tal princípio, de acordo com Moreira (2007, p. 171), “exige configuração precisa e minuciosa, mediante pautas de comportamento predefinidas – que estabeleçam normativamente o alcance de específicos resultados e a utilização dos recursos certos”. Tal princípio deve ter força normativa, não podendo ser meramente decorativo.

Kelsen (1991, p. 367-368) observa que a necessidade de interpretação do princípio “[...] resulta justamente do fato de a norma aplicar ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto, ou seja, não conterem ainda qualquer decisão sobre a questão de saber qual dos interesses em jogo é o de maior valor [...]”.

A adequada aplicação do princípio da eficiência precisa de objetividade, que são as metas de desempenho já previstas constitucionalmente, “o que pressupõe que elas venham a ser estabelecidas de modo que a quantidade e a qualidade dos índices escolhidos indiquem, adequadamente, a variação no cumprimento das metas de eficiência estabelecidas” (MOREIRA NETO, 2007, p. 396).

O princípio da eficiência reforça a possibilidade de o Ministério Público, com base em sua função constitucional de zelar pelo respeito dos poderes públicos aos direitos assegurados na Constituição, promover as medidas necessárias a sua garantia. Dentro dessa nova ótica constitucional, verifica-se um reforço à plena possibilidade de o Poder Judiciário, em defesa dos direitos garantidos na Carta Magna, garantir a eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública, inclusive responsabilizando as autoridades omissas (MORAES, 2008, p. 332-333).

### 3.3 A eficiência como princípio

Ao tornar o princípio da eficiência explícito, com seu acréscimo na Constituição, o objetivo foi demonstrar a redobrada importância que passou a ter. Se a “mera formalidade burocrática for um empecilho à realização do interesse público, o formalismo deve ceder diante da eficiência” (FERRAZ; DALLARI, 2000, p. 77-78). Ou seja, de acordo com Bacellar Filho (2007, p. 25-26), “não faz sentido emperrar a Administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei”; é preciso, sim, buscar, entre as soluções possíveis, diante do caso concreto, a mais eficiente, que melhor atinja os resultados para a devida satisfação do interesse público.

O princípio da eficiência ficou consagrado no direito positivo brasileiro pelo Decreto-Lei n. 200/1967, que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a reforma administrativa. Planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle foram elencados como seus princípios fundamentais. Estabeleceu-se que o controle das atividades seria exercido em todos os níveis e em todos os órgãos. O trabalho administrativo seria racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de excessivo controle. O sistema de mérito foi fortalecido, sujeitando toda a atividade da Administração Pública ao controle de resultados. Com relação à administração indireta, a supervisão ministerial assegurará que os objetivos fixados nos atos de constituição da entidade sejam realizados, que haja harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade, além de garantir a eficiência administrativa e a autonomia operacional, administrativa e financeira da entidade. Foi imposta a necessidade de instauração de processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável que fosse ineficiente ou desidioso no cumprimento de sua função.

A Lei n. 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal, também inseriu a eficiência como um dos princípios norteadores da Administração Pública, ao lado de outros princípios já existentes no ordenamento jurídico, como o princípio da finalidade e do interesse público.

Conjunto de princípios de matriz constitucional que sustenta todo o Direito Administrativo, o regime jurídico-administrativo “baseia-se na supremacia do interesse público sobre o particular e na indisponibilidade do interesse público pela Administração” (BACELLAR FILHO, 2009, p. 32). Bandeira de Mello (2009, p. 35) é claro quando aduz que “as pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização”. Justen Filho (1997, p. 34) defende que “supremacia do interesse público não significa nem acarreta ilicitude dos interesses particulares: significa apenas maior valoração, para fins de disciplina normativa, ao interesse público”.

A Administração não atua porque quer, mas porque o ordenamento determina que o faça, estabelecendo também os motivos e as finalidades. O princípio da finalidade decorre do princípio da legalidade. Bandeira de Mello (1983, p. 107) ensina que o administrador público deve atuar com rigorosa obediência à finalidade, “não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrangida na lei a que esteja dando execução”.

Freitas (2008, p. 9) é categórico ao afirmar que a legitimidade do Estado está calcada na eficiência administrativa e no resultado de suas ações, e que

[...] impõe-se controlar (ou, ao menos, mitigar) os contumazes vícios forjados pelo excesso degradante, pelos desvios ímprobos ou pela omissão desidiosa. Faz-se cogente, sem condescendência, enfrentar todo e qualquer “demérito” ou antijuridicidade das escolhas e políticas públicas, para além do exame adstrito a aspectos meramente formais.

Para análise da realização do interesse público, objetivamente demonstrável, no momento da aplicação da norma, deve ser considerada a sintonia da modificação na realidade com as necessidades sociais, bem como a forma adequada, o custo razoável e os resultados abrangentes.

O administrador da *res pública* precisa ser eficiente, produzindo bom resultado e exercendo suas atividades de modo a velar pela objetividade, imparcialidade e igualdade de todos perante a lei, e assim atingir a finalidade de preservar o interesse público.

De acordo com o princípio da eficiência, a Administração deve atuar de modo ágil e preciso para produzir resultados que atendam às necessidades da população, com produtividade e economicidade, o que significa executar os serviços com presteza, perfeição e rendimento funcional, além de exigir que se elimine o desperdício de recursos públicos.

Tal princípio curva-se à razão e fim maior do Estado, que é a prestação dos serviços essenciais à população, pela adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum. O princípio da eficiência deve valer-se de critérios legais e morais para utilizar, da melhor maneira possível, os recursos públicos, evitando desperdícios e procurando garantir maior rentabilidade social. Tal princípio impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes “a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade” (MORAES, 2008, p. 326).

Uma das características básicas do princípio da eficiência, o direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, está disposta no inciso IV do art. 3º da Constituição, que estabelece que a República Federativa do Brasil tem como objetivo, entre outros, a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito. Esse objetivo fundamental do Estado Social de Direito deverá servir como vetor de interpretação na edição e na aplicação das leis e atos normativos, bem como em todas as situações concretas de atuação da Administração Pública.

Ao mudar, a Administração induz a mudanças no ambiente e no comportamento de seus usuários, e estes, ao mudarem sua forma de relacionamento com aquela, passam a exigir mudanças na forma de atuação do setor público (LIMA, 2007).

Nos dias de hoje, o administrado é coautor das leis e cogestor da Administração Pública, e o cidadão é partícipe político e responsável da coisa pública, proporcionando interação permanente entre administrador e administrado. Isso faz dele mais participante do que subordinado e mais responsável do que reclamante. Rocha (1994) frisa que

a atividade administrativa desenvolvida pelo Estado é tanto mais legítima quanto mais efetiva e eficiente for a participação na gestão. Isso se dá pela participação popular, com a presença dos cidadãos a cobrar eficiência e conhecimento dos motivos, dos fins e dos resultados das práticas públicas.

### 3.4 O dever de boa administração

O administrador público no exercício da atividade administrativa tem o dever jurídico de escolher e aplicar a medida mais eficiente na situação concreta entre as soluções prestadas ou autorizadas em abstrato pela lei, para alcançar o resultado esperado pelo corpo social. A eficácia real ou concreta é dever jurídico do agente público, precisando sua conduta ser pautada pelo *dever da boa administração* (expressão adotada no direito italiano por Guido Falzone), “o que não quer dizer apenas obediência à lei e honestidade, mas também produtividade, profissionalismo e adequação técnica do exercício funcional à satisfação do interesse público” (PAZZAGLINI FILHO, 2000, p. 32-33).

Além do direito italiano, também a doutrina espanhola utiliza-se do *dever da boa administração*, identificando eficiência e boa administração com o dever de adequação entre meios e fins (RICO, 1997, p. 160). Como observa Moreira (2000, p. 49-51), o princípio da eficiência é conhecido como *Princípio da Eficácia* na doutrina espanhola (art. 103, 1, da Constituição da Espanha) e *Princípio do Bom Andamento ou da Boa Administração* na doutrina italiana (art. 97 da Constituição da Itália).

Para Bandeira de Melo (1983, p. 1-15), “o dever de boa administração consiste na escolha adequada dos meios e no alcance, com sucesso, do resultado”. A legalidade estrita e a atuação mecanizada devem ser substituídas pela juridicidade da Administração – sujeição ao direito e não à legalidade estrita, baseando-se nos elementos finalidade, eficiência e resultados. Implementar ações corretivas para o alcance de resultados e melhora de desempenho da atuação administrativa em termos materiais, nisso consiste o verdadeiro direito fundamental à boa Administração Pública (MOREIRA NETO, 2008).

O direito fundamental à boa Administração Pública possui caráter vinculante, direta e imediatamente aplicável, englobando princípios e regras. Freitas (2008, p. 20) apresenta o conceito síntese de tal direito fundamental 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.

O autor assegura que, “observado de maneira atenta, o direito fundamental à boa administração é lídimo plexo de direitos, regras e princípios”, e decorre dele o direito à administração pública imparcial, proba, transparente, respeitadora de uma legalidade temperada – juridicidade – precavida, eficaz e preventiva, pois comprometida com os objetivos fundamentais da Constituição (FREITAS, 2008, p. 20-23).

Norma implícita, de eficácia direta e imediata, apta a ensejar o controle das atuações, o direito fundamental à boa administração tem sua caracterização dada a partir do controle da Administração e do princípio da eficiência, com a mensuração de resultados de atuações (FREITAS, 2008). Nesse ponto, a clássica lição de Gabardo (2002, p. 100), ao afirmar que a “eficiência compreende os já tradicionais princípios do bom andamento e da boa administração, embora Celso Antônio Bandeira de Mello prefira o caminho inverso”. Para Bandeira de Mello (1983, p. 112), o princípio da eficiência é uma faceta do princípio da *boa administração*, princípio mais amplo já tratado no direito italiano.

Inspirada na doutrina europeia, a tradição brasileira confirma a equivalência entre os conceitos de boa administração, bom andamento e eficiência, mesmo antes da constitucionalização do princípio da eficiência (GABARDO, 2002, p. 103). Para Gasparini (2011, p. 53), o dever de eficiência, traduzido do princípio do bom andamento ou da boa administração, implica evitar gastos desnecessários, além da realização rápida, responsável, maximizada, perfeita e abrangente da atividade administrativa.

## 4 Os aspectos basilares da eficiência: ideia nuclear

O princípio constitucional da eficiência possui caráter multiforme e matiz cambiante. O grau de eficiência exigido varia conforme a atividade pública, além de sofrer alterações ao longo do tempo, de acordo com o contexto político, os recursos tecnológicos disponíveis, as aspirações sociais da sociedade; por isso, pode-se afirmar que eficiência é um conceito jurídico indeterminado, que permite sua precisão apenas quando da aplicação aos casos concretos. Não devem ser desprezadas as multiformidades da realidade, o atendimento aos diversos aspectos da ideia central de eficiência e a multiplicidade de interesses postos (BATISTA JUNIOR, 2004, p. 213).

Fazer de modo certo é ser eficiente. Fazer o máximo com os recursos disponíveis tem relação com a produtividade, com qualidade e excelência dos relacionamentos, internos e externos, na entrega dos serviços aos destinatários. Tal capacidade implica “organizar racionalmente as operações do processo, de forma a empregar da melhor forma possível os recursos disponíveis: tempo, dinheiro, conhecimento, energia, instalações, equipamentos e humor” (LIMA, 2007, p. 7).

O resultado isolado não é suficiente para justificar os meios empregados, sob pena de abalar o Estado de Direito. Tampouco é bastante o resultado em si mesmo para concluir pela capacidade do administrador. O conceito de efetividade deve ser visto como a consagração de meios e fins mais apropriados para nortear a conduta da Administração (RAMOS, 2001).

Batista Junior (2004) destaca a eficácia e a eficiência *stricto sensu*, cada uma com suas diversificadas facetas, como aspectos centrais do princípio da eficiência.

### 4.1 A eficácia

A eficiência deve maximizar o bem comum, sopesando os interesses envolvidos, mas sem deixar de lado a verificação dos meios escassos disponíveis, ou seja, deve-se fazer uma valoração compa-

rativa a fim de adotar a melhor solução para o caso concreto. Boas ideias e bons planos às vezes são inviabilizados por falta de pessoal qualificado no quadro do serviço público, ou então os servidores não conseguem conduzir o plano da melhor forma por falta de preparo ou de pessoal ou mesmo de meios para buscar a melhor alternativa. O mandamento constitucional de maximizar a prossecução do bem comum diz respeito à eficiência *lato sensu*, e para isso é preciso haver a síntese equilibrada dos interesses públicos (BATISTA JUNIOR, 2004).

Percebe-se que, na concepção bruta da Ciência da Administração, a eficiência (*stricto sensu*) tem a ver com a melhor utilização dos meios (recursos disponíveis). A eficácia ocorre quando “as preocupações se voltam para os fins, isto é, quando nos referimos ao alcance dos objetivos por meio dos recursos disponíveis” (BATISTA JUNIOR, 2004, p. 217).

Enfim, a eficiência *lato sensu* da atuação da Administração Pública exige que se observe tanto a eficácia da sua atuação, coordenando os interesses envolvidos de forma a maximizar a satisfação do bem comum, quanto a eficiência *stricto sensu*, verificando e articulando os meios disponíveis para o alcance do melhor resultado concernente ao bem comum (SIMON, 1965).

Batista Junior (2004, p. 220) afirma que “[...] o norte final balizador da eficácia está exatamente no grau de satisfação do bem comum”. O bem comum é o conjunto das condições da vida social que favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana. E se o norte balizador é o bem comum, o referencial das aferições de eficácia está no ser humano, que precisa ter as condições de vida social favorecidas de forma integral, ou seja, o referencial não pode estar na própria Administração Pública, mas fora dela. Atender às necessidades do cidadão deve ser o foco da atividade das organizações governamentais, e jamais a conveniência dos burocratas.

Canotilho e Moreira (1993, p. 927), atentos a essa preocupação, referindo-se aos aspectos atinentes ao princípio da eficiência, assinalam que a burocracia da Administração Pública deve ser evitada, referindo-se à:

[...] burocracia administrativa, considerada como entidade substancial, impessoal e hierarquizada, com interesses próprios, alheios à legitimação democrática, divorciados dos interesses da população, geradora dos vícios imanentes às estruturas burocráticas, como mentalidade de especialistas, rotina e demora na resolução de assuntos dos cidadãos.

A universalidade dos resultados é uma faceta do aspecto eficácia no que diz respeito à eficiência jurídica pública. Não pode haver clientes preferenciais na prestação de serviços públicos. O princípio da eficiência deriva do princípio da prevalência do interesse público e da preservação da dignidade da pessoa humana e deve obedecer aos mandamentos constitucionais. Abrucio (apud BRESSER PEREIRA; SPINK, 1998, p. 188-189) considera que a distinção entre eficiência pública e privada deve ser cuidadosamente aferida, visto que o destinatário do serviço público, como consumidor, pode se aglutinar em grupos de interesses, perante a limitada possibilidade de recursos, gerando uma quebra da equidade na prestação dos serviços públicos, podendo conferir a uns a condição mais intensa de cidadão que a outros, como clientes preferenciais do serviço público.

#### 4.2 A eficiência *stricto sensu*

Trata-se da busca da confluência ajustada dos meios aos fins, e não da carência ou suficiência desses meios (PAREJO ALFONSO, 1995, p. 93). É a relação mais adequada que se pode esperar entre os bens e serviços produzidos (*outputs*) e os fatores produtivos utilizados para obtê-los (*inputs*) (LÓPEZ GONZÁLEZ, 1989, p. 78). A eficiência *stricto sensu* está relacionada com a melhor maneira pela qual as tarefas devem ser executadas a fim de otimizar os resultados, levando em consideração os meios escassos e as necessidades sociais, que precisam ser atendidas da forma mais célere possível. As facetas dessa eficiência *stricto sensu*, para Batista Junior (2004), são: produtividade, economicidade, qualidade, celeridade e presteza, continuidade e desburocratização.

### 4.3 A produtividade

A produtividade requer a otimização da relação entre alcance dos fins e emprego dos meios, o que se dá pela minimização do emprego de recursos escassos (*Minimalprinzip*) para certos benefícios preestabelecidos e da maximização dos resultados (*Maximalprinzip*).

O princípio da eficiência não espelha qualquer redução de custos, de demissão de servidores públicos, de redução de carga tributária, de política econômica recessiva. Nos termos expressos pelo art. 3º da Constituição, há obrigação de reduzir a desigualdade social, combater a pobreza e promover o desenvolvimento nacional; ou seja, percebe-se que é, sim, necessária a maximização da produtividade da máquina pública visando à redução da injustiça social.

A ideia de economia deve ser afastada da ideia de eficiência, principalmente porque não leva em conta o alcance dos fins, não centra seu foco na relação meio-fim, porém, apenas no emprego dos meios. É inconcebível, para Leisner (1971, p. 49), deixar de lado a questão dos fins para o direito público, que é essencialmente estabelecido pela necessidade de prossecução dos interesses públicos.

### 4.4 A economicidade

A economicidade diz respeito ao aspecto econômico da eficiência *stricto sensu*, e refere-se à otimização dos recursos financeiros, à adequação da relação custo x benefício, a fim de minimizar os custos financeiros para certo resultado almejado e combater o desperdício. Sob um enfoque mais global, a economicidade requer a eficiência da gestão financeira e da execução orçamentária, fundamentada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação. Essa maximização da receita não significa garantir a maior carga tributária possível, mas sim minimizar a distância entre a tributação juridicamente devida e o aporte real de recursos tributários aos cofres públicos. Em uma microvisão, as atividades da Administração Pública precisam adequar-se ao benefício social que proporcionam, em razão do custo econômico; decorre daí a

necessidade de buscar a melhor alternativa para se efetuar a despesa pública, otimizando-se, em cada atividade, a equação custo x benefício (BATISTA JUNIOR, 2004, p. 671).

As diretrizes, prioridades e recursos financeiros disponíveis devem ser respeitados, sem deixar de lado o princípio da eficiência.

Cumpra salientar que a adoção simplista da equação “funciona melhor – custa menos” pode gerar graves distorções. Muitas vezes, a inação ocorre nas condutas de quem apresenta os menores custos econômicos. Embora nada fazer possa ser a pior alternativa a ser adotada pela Administração e a mais ineficiente para a prossecução do bem comum, pode ser a mais econômica (ACHTERBERG, 1986, p. 359-360).

Economicidade é a otimização das despesas e não a minimização de custos, é a majoração dos benefícios e da utilização e não o simples “barateamento”. Parejo Alfonso (1989, p. 52) observa que:

Eficiencia, economia o productividad no son, en modo alguno, sinonimos de ahorro. La regla aquí expresada no significa minimización del gasto, sino optimización de éste. El objetivo es, en efecto, la consecución del beneficio o la utilidad mayores, no de la máxima baratura.

Teses administrativo-gerenciais aplicáveis às empresas privadas devem ser vistas com ressalvas e ponderadas pela Administração Pública. O lucro, nesta, jamais pode ser encarado como fator de eficiência da atuação, como se fosse empresa capitalista.

Percebe-se o princípio da eficiência em sua faceta economicidade expresso no art. 70, *caput*, da Constituição, ao prever que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida mediante controle externo pelo Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, e pelo controle interno da própria Administração Pública. No art. 74, o Constituinte determinou a implantação de sistema de controle interno para comprovação da legalidade e avaliação dos resultados quanto à eficácia e à eficiência da gestão, bem como para a aplicação dos recursos públicos por particulares.

## 4.5 A qualidade

A faceta qualidade do princípio da eficiência requer a otimização de resultados, melhores produtos e serviços e atendimento igualitário das necessidades e interesses, que satisfaçam a pessoa humana potencial usuária dos serviços públicos. O usuário desses serviços não é, necessariamente, aquele que paga por eles, nem o contribuinte de impostos, nem os usuários habituais dos serviços, podendo ser os usuários carentes e que deles necessitem para sobreviver ou viver dignamente. A atuação da Administração Pública deve orientar-se em direção à pessoa humana, visto que o ordenamento jurídico-político está centrado na garantia da dignidade da pessoa humana, na vida em sociedade, e nela tem seu fundamento (REALE, 1999).

Motta (1998, p. 10) identifica duas vertentes da atuação da Administração Pública pelo princípio da eficiência: uma “burocrática, voltada para a legalidade, para os procedimentos corretos, para a ritualística e para os controles; outra, tecnocrática, de sentido mais amplo e ambicioso, voltado para a qualidade final dos serviços públicos e para a satisfação do usuário”.

Embora apresente visão de eficiência pública distorcida ao tomar referenciais privados, a exigência de maior qualidade na prestação dos serviços públicos está presente no ordenamento jurídico brasileiro, como na Lei n. 8.987, de 13.2.1995 – Lei de Concessões e Permissões –, e na Lei n. 8.078, de 11.9.1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC).

A Lei de Concessões e Permissões (Lei n. 8.987/1995), que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição, especifica em seu art. 6º o serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, e, no art. 7º, estabelece os direitos e obrigações dos usuários, entre os quais se encontra o de receber serviço adequado.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ao disciplinar as relações de consumo, descreve no art. 4º, VII, a racionalização e a melhoria dos serviços públicos como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo.

No art. 6º, X, o CDC determina que a prestação eficiente dos serviços públicos é direito básico do consumidor. O art. 22 da mesma lei, ao dispor sobre a responsabilidade por vício do produto e do serviço, determina que a Administração Pública é obrigada a oferecer serviços de forma eficiente, podendo até ser responsabilizada pela ausência da prestação eficiente.

Ao regular a ordem econômica e financeira, a Constituição disciplina os princípios gerais da atividade econômica, entre eles os direitos dos usuários e a obrigação de prestar os serviços com qualidade (art. 175).

A Emenda Constitucional n. 19/1998 estabeleceu que, dentro de cento e vinte dias de sua promulgação, o Congresso Nacional deveria elaborar lei de defesa do usuário de serviços públicos, similar ao código de defesa do consumidor no âmbito privado, o que não ocorreu (art. 27). A existência de um código de defesa do usuário de serviços públicos poderá servir como mecanismo de reforço para a busca da qualidade na atuação da Administração Pública, por meio de instrumentos de cobrança ou de aferição de qualidade nos serviços prestados, como ocorre com o CDC na esfera civil.

A EC n. 19/1998 trouxe, ainda, mecanismos permanentes de avaliação de desempenho e resultados de órgãos e servidores públicos, com o propósito de aprimorar a qualidade do atendimento e da prestação do serviço público.

## 4.6 A celeridade e a presteza

Demora no atendimento público, com filas intermináveis, atendimento descortês, regras arbitrárias, papelada excessiva, demora no processo, enfim, tudo isso faz parte de um cenário mais ou menos corriqueiro para aqueles que procuram os serviços da Administração Pública e deve ser mudado. A ideia de tempo introduzida pelo avanço tecnológico requer celeridade na atuação administrativa.

Otimização na solução impõe aprimorar a relação tempo x custo x benefício na atuação administrativa, ou seja, envolve rapidez na solução e agilidade no atendimento.

Além de estar prevista a criação de lei de defesa do usuário dos serviços públicos, que deve contemplar a questão das facetas celeridade e presteza, pode-se perceber o mandamento celeridade nas leis, regulamentos e estatutos que disciplinam o serviço público, pela fixação de prazos para o atendimento do serviço ou petição.

Bacellar Filho (1998) é categórico ao afirmar que o princípio da eficiência, no âmbito da atividade administrativa, impõe regras de celeridade, informalismo, simplicidade e economia processual.

O excesso de burocracia e seus prazos de decisão muito dilatados são incompatíveis com a eficiência administrativa. Moncada (1997) defende que a busca da eficiência administrativa passa pela mínima formalização do procedimento, como já foi sinalizado em diversos outros países. Percebe-se que os gestores norte-americanos, igualmente, são atingidos pela falta de celeridade na Administração Pública. O *National Performance Review* (1996, p. 89), programa de modernização da administração pública norte-americana, documentou que habitualmente a administração compra os mais modernos computadores, mas que devido ao rápido avanço tecnológico, “se tornam quase obsoletos quando chega a altura da entrega. Esse fenômeno conduz àquilo que um observador chamou de *comprar um 286 ao preço de um 486*”.

Exemplo de celeridade pode ser observado na Lei n. 11.419, de 19.12.2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial e institui o processo eletrônico, além de ampliar o acesso à justiça e tornar mais célere e efetiva a prestação jurisdicional.

O aspecto celeridade também é trazido pela Emenda Constitucional n. 45, de 8.2.2004, ao acrescentar o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição, fazendo com que esse direito fundamental seja eficiente no que se refere ao acesso à justiça para enfrentar lesões e ameaças a direito, englobando os processos que tramitam na via judicial e na administrativa, tentando conter a excessiva demora na prestação. Para maior efetividade dessa disposição, tratou o art. 7º da referida emenda de instalar comissão especial mista para elaborar projetos de lei que regulamentassem o que foi ali disciplinado.

As facetas celeridade e presteza do aspecto eficiência *stricto sensu* são primordiais para a agilização do atendimento das necessidades dos usuários dos serviços públicos, porém precisam ser encaradas com cautela, já que o princípio da eficiência não se resume a essas facetas.

#### 4.7 A continuidade na prestação dos serviços públicos

A eficiência exige a busca do bem comum de forma permanente e contínua para garantir a efetividade da satisfação das necessidades coletivas de segurança e bem-estar. Resultados otimizados são atingidos continuamente, sem interrupções ou atrasos, ou seja, não podem ser isolados ou esporádicos. A Administração Pública não pode ser inerte, sob pena de quebra do dever de bem atuar e de perseguir sempre o bem comum.

A faceta da continuidade também pode ser observada de forma expressa no ordenamento jurídico. O art. 22 do CDC dispõe sobre a obrigatoriedade de os órgãos públicos fornecerem serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, este último no caso de serviços essenciais. Cumpre ressaltar que, por princípio, todos os serviços públicos devem ser contínuos, e não apenas os essenciais. O art. 6º, § 1º, da Lei de Concessões e Permissões também obriga os serviços a apresentarem condições de regularidade e continuidade ao definir serviço adequado.

A Constituição, ao tratar do direito de greve, dispõe que a lei definirá os serviços ou atividades essenciais, visando a garantir a continuidade do atendimento das necessidades da coletividade (art. 9º). O direito de greve dos servidores públicos é assegurado na Carta Maior, o que gera certa descontinuidade do serviço, mas não pode afetar o atendimento das necessidades inadiáveis na prestação do bem comum.

#### 4.8 A desburocratização

Procedimentos longos e lentos não propiciam decisões céleres, e estruturas complexas muitas vezes distanciam-se da eficiência. Confusões burocráticas geram distorções no fluxo de informações

e tendem a fazer com que o sistema crie seus próprios pontos de autorreferência às diretrizes políticas, além de facilitar que as determinações gerenciais se percarn, na medida em que descem na cadeia hierárquica. Para que a eficiência seja alcançada, é preciso que haja desburocratização tanto no procedimento administrativo quanto na estrutura administrativa.

Caso o ordenamento jurídico não regule de modo diverso, a autoridade administrativa, tendo em vista o fim que lhe foi atribuído, tem o poder de auto-organização. O poder de auto-organização administrativa funda-se na possibilidade de adequação dos meios aos fins, ou seja, na faculdade elástica de criação ou modificação de órgãos, para permitir que se adaptem às necessidades da realidade cambiante (ALVAREZ RICO, 1997).

Para Gordillo (1969, p. 19), o enxugamento de escalões burocráticos, com a atribuição do poder decisório aos escalões mais próximos à população, faz com que a solução adotada pelo agente público seja mais fiel às necessidades reais dos cidadãos, e também facilita o acesso destes à formatação das decisões.

Para legitimar a atuação administrativa, tendo em vista a margem de poder discricionário concedido ao administrador, torna-se essencial uma maior participação e intervenção dos cidadãos na gestão da coisa pública, por meio de canais diretos de comunicação com a Administração, debates, consultas e audiências públicas. A aproximação da Administração Pública aos usuários é importante subsídio para auxiliar o agente público a adotar a solução mais eficiente para o caso concreto. Como bem dispõe Amaral (1998, p. 726):

O princípio da aproximação dos serviços às populações não quer dizer aproximação apenas geográfica, mas psicológica e humana, no sentido de que os serviços devem multiplicar os contatos com as populações e ouvir os problemas, as suas propostas e queixas, funcionando para atender às aspirações e necessidades dos administrados, e não para satisfazer os interesses ou os caprichos do poder político ou da burocracia.

A desburocratização pode ser encaixada na faceta da economicidade ou da celeridade, pois delas parece derivar.

A reforma administrativa teve o objetivo de tornar a Administração Pública mais eficiente e oferecer ao cidadão serviços adicionais e com maior qualidade.

## 5 Conclusão

Por se tratar de conceito jurídico indeterminado, a eficiência como princípio constitucional não tem conteúdo definido, mas há que obedecer a um parâmetro mínimo de vetores axiológicos. Deve atender ao bem comum, com o respeito à dignidade humana. Sua finalidade primária deve ser a satisfação das necessidades dos usuários dos serviços públicos.

O critério para a verificação da eficiência pública é a medida da satisfação dada ao bem comum, o nível de atendimento dos objetivos postos pelo ordenamento jurídico para a Administração Pública. A aplicação do princípio da “boa administração” ou direito fundamental à boa administração, com o atendimento às necessidades sociais e a consequente busca do bem comum e da satisfação dos administrados, deve ser a finalidade maior da Administração Pública.

Como princípio jurídico, a eficiência retrata o valor social que exige da Administração Pública o excelente cumprimento de suas finalidades. É importante salientar que, como todo princípio, deve ter seus valores ponderados. O bem comum mediante o equilíbrio entre as prerrogativas administrativas e as garantias dos entes privados precisa ser alcançado, não podendo a eficiência sobrepor-se aos demais princípios normativos.

Atualmente o Estado tem o desafio de reafirmar sua autoridade e, ao mesmo tempo, cumprir sua finalidade de garantir ao cidadão o acesso à informação, à educação, à participação nas decisões e às liberdades. A efetividade desse conjunto de condições depende de uma série de fatores, entre os quais figura a eficiência da Administração Pública, eficiência essa que vem qualificar o serviço público e aprimorar as ações dos administrados na busca da qualidade das ações administrativas.

A proclamação constitucional desse princípio pode solucionar o clássico defeito da Administração Pública na prestação de serviços públicos, garantindo o controle dos atos da Administração e caracterizando a negação da eficiência como improbidade administrativa.

Conforme Moraes (2008), se o usuário do serviço público se sente não atendido e desrespeitado pela inatividade da Administração e não há um remédio jurídico para se socorrer, ele tende a acudir-se em pressões políticas, corrupção, tráfico de influência e outros tipos de violência, gerando intranquilidade social e pondo em dúvida a própria utilidade do Estado.

Introduzido na Constituição pela Emenda n. 19/1998, o princípio da eficiência visa a alcançar a otimização dos resultados, servindo ao interesse público da melhor maneira possível.

O princípio da eficiência compreende as facetas da eficácia, eficiência *stricto sensu*, produtividade, economicidade, qualidade, celeridade e presteza, continuidade na prestação dos serviços públicos e desburocratização, que devem ser observadas.

Somente a mudança de pensamento com a introdução de nova filosofia, o tratamento adequado e a transformação do servidor público podem efetivar avanços na Administração Pública brasileira.

## Referências

ACHTERBERG, Norbert. *Allgemeines Verwaltungsrecht – ein Lehrbuch*. 2. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1986.

ALVAREZ RICO, Manuel. *Principios constitucionales de organizacion de las administraciones públicas*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1997.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed., v. I. Coimbra: Almedina, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BRASIL. *Cadernos MARE da Reforma do Estado*. Brasília, DF: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, n. 06, 1997-1998.

BRESSER PEREIRA; SPINK, Peter (Coord.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A emenda constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, v. 7, n. 27, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. Administração pública no Estado de Direito. *Revista trimestral de direito público*, v. 94, n. 5, São Paulo, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FLESCH, Carla Machado. *A valorização do servidor público: um caminho para a eficiência*. Curitiba: UFPR, 2012.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o direito administrativo brasileiro do século XXI. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro, setembro, 2008. Disponível em: <<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GORDILLO, Augustin A. La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Público*, São Paulo, ano III, v. 10, out./dez. 1969.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LEISNER, Walter. Effizienz als Rechtsprinzip. *Recht und Staat*. Heft 402/403, Tübingen; J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971.

LIMA, Paulo Daniel Barreto. *A excelência em gestão pública: a trajetória e a estratégia do Gespública*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2007.

LÓPEZ GONZÁLEZ, Enrique. Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración pública. *Revista Documentación Administrativa*, do Instituto Nacional de Administración Pública do Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid. n. 218-219, abr./set. 1989.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O controle judicial dos atos administrativos. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 152, abr./jun. 1983.

MONCADA, Luís Cabral de. *Direito público e eficácia*. Lisboa: Pedro Ferreira, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Princípio da eficiência e a Lei 9.784/99. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, v. 7, n. 3, Brasília, MPAS/INSS, out./dez. 2000.

\_\_\_\_\_. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Reforma administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

National Performance Review. In: AL GORE (Dir.). *Reinventar a administração pública – da burocracia à eficácia – Relatório sobre o estado da administração pública americana e as opções fundamentais para a sua reforma*. 3. ed. Lisboa: Quetzal, 1996.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Eficácia y administración – tres estudios*. Madrid: Imprensa Nacional del Boletín Oficial del Estado,

Instituto Nacional de Administración Pública – Ministerio para las Administraciones Públicas, 1995.

\_\_\_\_\_. La eficácia como principio jurídico de la actuación de la administración pública. *Revista Documentación Administrativa*. Instituto Nacional de Administración Pública do Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid. n. 218-219, abr./set. 1989.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública*. São Paulo: Atlas, 2000.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na administração pública*. São Paulo: LTR, 2001.

REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito de ideologias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RICO, Manuel Alvarez. *Principios Constitucionales de Organización de las Administraciones Públicas*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SIMON, Herbert Alexander. *Comportamento administrativo: estudo dos processos decisórios nas organizações administrativas*. Tradução de Aluizio Loureiro Pinto. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1965.

Acesse o *Boletim Científico ESMPU* em formato eletrônico no endereço  
<<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br>>.